



IV CONGRESO INTERNACIONAL

SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

La constitucionalización del Derecho



CUARTO CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE
DERECHO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

“LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO”

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
REPÚBLICA DOMINICANA
2021

O
CIONAL
STITUCIONAL:
IZACIÓN
ERECHO



Título de la obra:

Cuarto Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional

Primera edición:

Julio, 2021

Esta es una publicación de:



Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Avenida 27 de Febrero esquina avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos 809-274-4445 y 809-274-4446
www.tc.gob.do

Coordinador de la Comisión Organizadora: Justo Pedro Castellanos Khoury

Cuidado de la edición: Leonor Tejada

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Enrique Read

Corrección de estilo: Eduardo Díaz Guerra

ISBN: 978-9945-6104-4-4

Impreso en República Dominicana
Todos los derechos reservados

Las opiniones expresadas en esta publicación son las de los autores y no representan necesariamente las del Tribunal Constitucional y sus magistrados.

CONTENIDO

- 13** **Palabras de presentación del**
Magistrado presidente Milton Ray Guevara

**PRIMERA JORNADA:
19 DE SEPTIEMBRE DE 2018**

- 17** **Palabras de bienvenida**
Lic. David Collado
República Dominicana
- 21** **Discurso de apertura**
Magistrado Milton Ray Guevara
República Dominicana
- 29** **Conferencia inaugural: La constitucionalización
del derecho**
Mag. Pedro González Trevijano
España
- 51** **Explicación de la Metodología del Congreso**
Mag. Justo Pedro Castellanos Khoury
República Dominicana



- 57** **Constitucionalización del derecho y jurisdicción. La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La experiencia española**
Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla
España
- 75** **Constitucionalización del derecho y jurisdicción. La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La experiencia dominicana**
Magistrado Lino Vásquez Samuel
República Dominicana
- 91** **La constitucionalización de la vida económica**
Dr. Oscar Dejuán Asenjo
España
- 125** **La constitucionalización de la vida económica, con especial referencia al caso dominicano**
Dr. Eduardo Jorge Prats
República Dominicana

SEGUNDA JORNADA:
20 DE SEPTIEMBRE DE 2018

- 187** **La constitucionalización de la vida política**
Dr. Roberto Gargarella
Argentina
- 219** **La constitucionalización de la vida política: Avances y retos en la República Dominicana (Panel)**
Dr. Julio César Castaños Guzmán
Dr. Flavio Darío Espinal
Dr. Marisol Vicens
Dr. Cristóbal Rodríguez
República Dominicana

- 307 La constitucionalización del derecho administrativo. El camino hacia el control de la administración**
Dr. Andry Matilla Correa
 República Dominicana
- 323 La constitucionalización del derecho administrativo. El camino hacia el control de la administración: Avances y retos en la República Dominicana (Panel)**
Mag. Rafael Vásquez Goico
Dr. Olivo Rodríguez Huertas
Mag. Mildred Hernández Grullón
Dra. Rosina de la Cruz Alvarado
 República Dominicana
- 415 La constitucionalización del derecho civil y del proceso civil**
Mag. José Manuel Bandrés
 España

**TERCERA JORNADA:
 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018**

- 443 La constitucionalización del derecho penal y del proceso penal**
Mag. Gloria Stella Ortiz Delgado
 Colombia
- 469 La constitucionalización del derecho penal y del proceso penal: Avances y retos en la República Dominicana (Panel)**
Mag. Rafael Díaz Filpo
Mag. Yeni Berenice Reynoso
 República Dominicana
- 511 La constitucionalización del derecho laboral**
Dr. Patricia Tatiana Ordeñana Sierra
 Ecuador



523 La constitucionalización del derecho laboral, con especial referencia al caso dominicano

Mag. Manuel Ramón Herrera Carbuccia

República Dominicana

545 Constitucionalización del derecho y cultura constitucional

Dr. Lucio Pegoraro

Italia

597 Expectativas y retos en la constitucionalización del derecho

Dra. Ana Virginia Calzada

Costa Rica

615 Relatoría del Congreso

Félix Tena de Sosa

Patricia M. Santana Nina

Juan Vizcaíno

Mayra Cabral

Juan Nivar

Laia Rojas

William Vizcaíno

República Dominicana

629 Discurso de clausura

Magistrado Milton Ray Guevara

República Dominicana

PALABRAS DE PRESENTACIÓN

El Tribunal Constitucional surgió en 1920, como una fórmula jurídica ideada por el ilustre jurista austríaco Hans Kelsen, para resguardar a la Constitución de los abusos y excesos del poder político. El Tribunal Constitucional surge desde entonces como un *guardián de la Constitución*. Cien años después, la jurisdicción constitucional emerge con un nuevo rol: ser el *apóstol de la constitucionalización del derecho*.

La supremacía constitucional es, sin dudas, el “Santo Grial” del constitucionalismo moderno. Este importante principio de la Democracia Constitucional no se protege solamente *anulando* normas jurídicas que se contrapongan al contenido de la Constitución; sino también *constitucionalizando* o irradiando el sustrato del texto constitucional en los distintos ámbitos del derecho.

Como bien diría el honorable magistrado y destacado jurista español, Don Pedro Trevijano-Gonzalez, la constitucionalización del derecho cambió el punto referencial en los procesos judiciales que se ha trasladado desde el legiscentrismo tradicional hacia al bloque de constitucionalidad como eje central del debido proceso y que se ha transformado hoy en día en la piedra angular de todo juicio en los tribunales.

Esa constitucionalización del derecho, sin embargo, no solo se consolida a golpe de mallette, mediante una política jurisprudencial consistente de los Tribunales Constitucionales; existe otro modo muy efectivo para lograr el efecto de la constitucionalización del derecho: además de la *jurisprudencia constitucional*, se precisa además de una *pedagogía constitucional*. No se trata solamente de reconocer a la Constitución como *norma suprema*, es también hacer de ella –como afirma Peter Haberele, una *cultura*. Eso se logra educando.



El Tribunal Constitucional dominicano desde su puesta en funcionamiento en el año 2012, ha puesto todo su empeño en cumplir con el mandato del artículo 35 de la Ley No. 137-11, que encarga al Tribunal de promover iniciativas de estudio y reflexión del derecho constitucional y los derechos fundamentales. Para ello, ha diseñado múltiples actividades educativas para la comunidad jurídica y público en general, entre estas la celebración, cada cierto tiempo, de congresos internacionales sobre derecho y justicia constitucional.

Del Cuarto Congreso Internacional, enfocado en el tema de “La Constitucionalización del Derecho” surge este libro como testimonio bibliográfico de aquella formidable jornada donde destacados expositores internacionales y nacionales reflexionaron sobre este importantísimo fenómeno del derecho.

En esta publicación aparecen las ponencias e intervenciones de panel, de figuras de preeminencia dentro de la judicatura constitucional de Iberoamérica como los magistrados Pedro Trevijano González y José Manuel Bandrés (España), Gloria Stella Ortiz Delgado (Colombia) y Patricia Tatiana Ordeñara Sierra (Ecuador); al igual que académicos de reputado talento como los catedráticos Enrique Arnuldo Alcubilla y Oscar Dejúan Ajenjo (España), Roberto Gargarella (Argentina), Ana Virginia Calzada (Costa Rica) y Lucio Pegoraro (Italia), los cuales compartieron escenario como importantes juristas dominicanos, como los magistrados Rafael Díaz Filpo, Lino Vásquez Samuel, Rafael Vásquez Goico, Mildren Hernández Grullón; al igual que los destacados abogados Eduardo Jorge Prats, Olivo Rodríguez Huertas, Flavio Darío Espinal, Julio Cesar Castaños Guzmán, Cristóbal Rodríguez, Marisol Vicens, Andry Matilla Correa, Yenni Berenice y Rosina de la Cruz Alvarado.

En esta obra se ofrece una riquísima y variada perspectiva jurídica sobre el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde la óptica del derecho constitucional comparado, así como también analizando su impacto en los distintos ámbitos del derecho, como las materias civil, comercial, administrativo, penal, electoral y procesal.

Esta obra es una especie de radiografía en la cual podemos observar al detalle y de la mano de expertos juristas consagrados, todas las implicaciones jurídicas que se derivan del fenómeno de la constitucionalización del derecho, que ha adquirido tal relevancia en la vida jurídica de nuestros

países que podríamos afirmar (como lo he expresado en diversas ocasiones) que el Derecho Constitucional se ha constituido hoy en día –como lo fuera en su momento del Derecho Civil napoleónico– en el derecho común del sistema jurídico dominicano.

MILTON RAY GUEVARA
Magistrado Presidente
Tribunal Constitucional de la República Dominicana



PRIMERA
JORNADA
19 DE SEPTIEMBRE DE 2018

PALABRAS DE BIENVENIDA

Muy buenos días a todos. A los medios de comunicación que cubren esta importante actividad, y de manera personal, al presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Milton Ray Guevara, para quien pido un aplauso y felicito por esta actividad; al consultor jurídico del poder Ejecutivo, Flavio Darío Espinal, al doctor Julio César Castaños Guzmán, al presidente de la Cámara de Cuentas, Hugo Francisco Álvarez Pérez, al ministro de Relaciones Exteriores, Miguel Vargas, al magistrado Pedro González Trevijano, a quien le doy la bienvenida a la ciudad de Santo Domingo, al magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury, doctor Víctor Joaquín Castellanos, doctor Rafael Díaz Filpo, doctora Ana Isabel Bonilla, doctora Katia Jiménez. Quiero destacar la presencia del embajador de España en la República Dominicana, Alejandro Abellán García de Diego, y de mi amigo, el embajador dominicano en España, Olivo Rodríguez, para quien pido un aplauso, también.

Ilustres juristas y magistrados visitantes que disertarán durante este importante congreso sobre Derecho y Justicia Constitucional; estimados magistrados y juristas nacionales que nos acompañan; distinguidos invitados especiales aquí presentes.

En nombre de la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, primada de América, y en nuestra calidad de alcalde de Distrito Nacional, nos honra darles la más cordial bienvenida a cada uno de ustedes a esta bella ciudad que tiene 520 años de historia, la primera de América, una ciudad de hombres y mujeres pujantes, emprendedores, gente buena, que sale cada día de sus hogares a buscar el sustento de sus familias de una manera digna. Bienvenidos todos a esta bella ciudad de Santo Domingo, y como muestra de nuestra hospitalidad, pido un aplauso para todos los invitados internacionales que se encuentran aquí, en este importante evento.



Este IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, dedicado a la constitucionalización del derecho, como resultado de la corriente de la constitucionalización del derecho en Latinoamérica, sigue el paso a cómo las cartas sustantivas de nuestro continente fueron objeto de un proceso de transformación, con el propósito de crear espacios democráticos, igualitarios, enfatizando el respeto a los derechos fundamentales; tal es el caso de la Constitución de la República Dominicana que, siguiendo esta orientación constitucional, fue modificada en 2010, estableciendo en sus contenidos principios interpretativos y mecanismos procesales tendentes a garantizar la supremacía de la Constitución, la protección de los derechos humanos y el control de la constitucionalidad.

En efecto, la carta sustantiva del 26 de enero de 2010 colocó a la República Dominicana entre los países de América y Europa dotados de una Constitución moderna, que adopta como fuente inspiradora el respeto a la dignidad humana. Esta ley fundamental trajo consigo, entre otros numerosos aportes, la creación del Tribunal Constitucional. En los casi siete años de su existencia, esta importante institución se ha ocupado de la correcta interpretación de la Carta Magna, ha velado por la tutela de los derechos fundamentales y la defensa de la justicia constitucional, sembrando relevantes precedentes en las distintas ramas del derecho.

A esto no escapa realmente el control de los actos administrativos, cuyo régimen jurídico debe interpretarse a la luz de los principios del derecho constitucional.

En los momentos actuales resulta relevante que en nuestro país se desarrollen actividades tan valiosas como esta, tendentes a conocer más cabalmente sobre los aspectos constitucionales determinantes para la protección de la soberanía nacional y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el contexto del Estado social y democrático de derecho en que vivimos.

La alcaldía del Distrito Nacional aplaude esta iniciativa del Tribunal Constitucional, ya que entre sus propósitos de gestión municipal se encuentra el gran compromiso de colocar a los municipios bajo el manto protector de nuestra Constitución y las leyes; esto en forma paralela a su amplio programa de desarrollo municipal que se viene ejecutando desde el inicio de nuestra gestión.

Tenemos la certeza de que actividades como esta competen no solo a la sociedad jurídica, sino a todos los ciudadanos dominicanos que deben

conocer el valor de la Constitución y su contenido, para que sean más conscientes de la defensa de sus derechos y sus obligaciones frente al Estado.

De todos es sabido que este compromiso forma parte de las prioridades del ayuntamiento del Distrito Nacional, que trabaja arduamente para garantizar de manera constante el bienestar y la prosperidad de sus munícipes. Quiero destacar y felicitar este tipo de iniciativa que se realiza en nuestra querida ciudad de Santo Domingo, donde especialistas de diferentes culturas, ideales, experiencias, vienen a nuestra ciudad a estimular a nuestros jóvenes abogados que vienen subiendo, a conocer de diferentes experiencias, pero sobre todo, a fortalecer el derecho constitucional en la República Dominicana.

Para nosotros es un honor tenerlos hoy aquí, abrirles las puertas de la ciudad primada de América y decirles con mucho amor, con el corazón en las manos, bienvenidos a la ciudad primada de América, Santo Domingo de Guzmán.

Muchísimas gracias.

LIC. DAVID COLLADO
Alcalde del Distrito Nacional.

DISCURSO DE APERTURA

Buenos días a todas y todos:

En nombre del Tribunal Constitucional y en el mío propio, les ofrezco la más cordial y calurosa bienvenida a este IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. Se trata de una iniciativa del Tribunal Constitucional, en el marco de la función pedagógica que le encomienda el artículo 35 de su Ley Orgánica y que se concreta en la promoción de iniciativas de estudios sobre el derecho constitucional y los derechos fundamentales. En respuesta a este mandato, hemos implementado con éxito un conjunto de iniciativas y actividades que van desde el impulso de la enseñanza estatal de la Constitución en las escuelas y colegios del país, hasta la impartición de charlas, cursos, congresos, concursos, diplomados, talleres, publicaciones, programas televisivos, radiales y jornadas de sensibilización, capacitación y profundización sobre los valores, principios y reglas constitucionales.

Cumpliendo nuestro mandato legal, hemos concertado numerosos y provechosos acuerdos, tanto con el ministerio de Educación, en aras del cumplimiento de las disposiciones del artículo 63.13 de la Constitución que dispone la enseñanza obligatoria de la Constitución en los centros educativos públicos y privados del país, así como con universidades, cortes, tribunales y salas constitucionales; entidades públicas y privadas; colegios profesionales y organismos internacionales, con el propósito de afianzar y expandir el estudio del derecho constitucional a los distintos sectores de la sociedad, transitando así, con determinación y perseverancia, el sendero de la formación constitucional para todos, al tiempo que logramos erigirnos en un espacio internacional propicio para la discusión de temas relevantes en esta materia.

Como una muestra de confianza en nuestro joven tribunal, es importante recordar que hemos sido anfitriones de tres cónclaves internacionales,



a saber: en marzo de 2014, de la *X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*; en marzo de 2015, del *II Encuentro Iberoamericano de Justicia Constitucional con Perspectiva de Género: “Violencia contra la mujer”*, y en noviembre de 2015, de las *“XXII Jornadas de Derecho Constitucional”*, junto al Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. El año pasado, al conmemorarse el primer lustro del Tribunal, auspiciamos la celebración de cinco “Jornadas de Justicia y Derecho Constitucional”, bajo el lema “Cinco Años, Cinco Provincias”.

Más aun, en septiembre de 2017, el TC fue escogido en Vilna, Lituania, como representante del Grupo América, en el Buró de la Conferencia Mundial de Tribunales Constitucionales.

Este cuarto Congreso Internacional tiene por eje temático “La Constitucionalización del Derecho”, y ha sido precedido por tres Congresos Internacionales que promueven el estudio del derecho constitucional. El primero tuvo por tema *“El Tribunal Constitucional en la democracia contemporánea”*; el II Congreso, *“Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho”*, y el tercero, *“El carácter vinculante del precedente constitucional”*.

Este fenómeno, que en términos generales supone la “impregnación”, “irrigación” o “penetración” de la Constitución en el resto del ordenamiento jurídico, ha ido impactando de manera progresiva la forma de entender el derecho¹.

El carácter expansivo de la Constitución es favorecido por su fuerza normativa, que la erige en una verdadera regla de derecho directamente aplicable en todos los estamentos del poder y la sociedad, así como por su posición jerárquica dentro del sistema de fuentes de derecho, considerada como “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado”. En este contexto, hoy más que nunca nuestros textos constitucionales abordan temas de prácticamente todas las ramas del derecho, lo cual nos obliga a reinterpretar sus principales instituciones.

1 Véase Louis Joseph Favoreu, *Revista de Derecho*, Volumen XII, pp. 31-43; también, “La Constitucionalización del Derecho, las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, “La unidad del derecho”, Paris, *Económica*, 1996, pp. 25 y ss.; César Landa, *La Constitucionalización del derecho peruano*, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 71, 2013, pp. 13-36; Riccardo Guastini, *Neoconstitucionalismo*, coord. por Miguel Carbonell Sánchez, 2003, pp. 49-74; Luis Roberto Barroso, *el Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2008.

La Constitución se ha convertido en una norma exigible judicialmente para su cumplimiento. De ahí que, como diría el maestro Luis López Guerra, cito: «la inclusión de cualquier norma en la Constitución, independientemente de la materia sobre la que verse (...) supone su conversión en una norma constitucional, dotada de un valor más alto, y provista de la correspondiente protección. Y ello representa una profunda transmutación, al verse afectados su forma de alteración (...), sus mecanismos de protección y su relación con el resto de las normas del ordenamiento.

Habrá así un «Derecho Constitucional Civil», un «Derecho Constitucional Procesal», un «Derecho Constitucional Administrativo», etc., compuesto por las normas integradas en la Constitución que contienen los principios superiores de cada sector del ordenamiento jurídico².

La justicia constitucional ha sido un elemento determinante para el progresivo desarrollo de la constitucionalización del derecho, al punto de afirmarse indubitablemente, como diría el ilustre constitucionalista Louis Favoreu, que sin justicia constitucional no existiría este proceso³.

La semilla del proceso de constitucionalización en la República Dominicana encuentra sus antecedentes próximos en los años anteriores a la reforma constitucional del 14 de agosto de 1994; sin embargo, fue a raíz de ese proceso constituyente cuando en el país se logran grandes avances en relación a la independencia judicial, creándose con ello un terreno fértil para el impulso de la justicia constitucional.

Esta semilla germina vigorosamente, al amparo de la Constitución del 26 de enero de 2010, que no solo redimensiona, fortalece y amplía el catálogo de los derechos fundamentales, sino que crea el 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 todos los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que con apenas siete años de existencia, el Tribunal ha logrado emitir decisiones que impactan en su totalidad las distintas ramas del derecho, y de manera específica, sus principales instituciones.

2 López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 54.

3 Op. cit., p. 33.



Obviamente, la constitucionalización del ordenamiento jurídico seguirá afianzándose en la medida que irrumpa con fuerza en la práctica de los juristas. Ya decía Louis Favoreu que «las normas constitucionales tardan [en] difundirse en el conjunto del orden jurídico no porque faltan las técnicas necesarias para esta difusión o penetración, sino, simplemente porque los ministros y los abogados no han adquirido todavía el “reflejo constitucional”, es decir, la reacción consistiendo en preguntarse, en cualquier juicio, si los aspectos constitucionales no deben ser traídos a colación»⁴. No me cabe la menor duda de que este es un terreno propicio para ahondar en aquellos desafíos que todavía persisten en cuanto a la constitucionalización del derecho y plantear posibles soluciones para el afianzamiento de este fenómeno que resulta indetenible.

En nuestro país, la actual Constitución nos permite evocar, por ejemplo, la constitucionalización del derecho civil, del derecho penal, el procesal penal, el derecho administrativo, el derecho tributario, el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social.

En el ámbito del derecho civil, bastaría mencionar que la Constitución instituye el matrimonio entre un hombre y una mujer (art. 55.3), las uniones de hecho (art. 55.5), el derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte (art. 37), o que la protección de la propiedad frente a la expropiación (art. 51.1).

La constitucionalización del derecho penal abarca un ámbito muy amplio. El derecho constitucional incide en el derecho penal. El poder punitivo del Estado debe hacerse con respeto a la dignidad humana.

Así, la privación de la libertad se realiza con base en el principio de la legalidad: nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente (art. 40.1). Además, el derecho constitucional vincula al derecho penal a través de la interpretación y argumentación constitucional.

La Constitución abarca, en el ámbito del derecho procesal penal, las garantías de los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Mencionaremos: la presunción de inocencia, la nulidad de toda prueba obtenida en violación a la ley; el derecho a un juicio público, oral y contradictorio; a una justicia oportuna, accesible, y gratuita,

4 Op. cit., p. 38.

no pudiendo una persona ser juzgada dos veces por una misma causa, entre otros.

El derecho administrativo nace con el Estado de derecho, rigiendo las relaciones entre el Estado (administración) y los particulares, estableciendo el control de legalidad de la administración pública. La función pública y los servicios públicos constituyen pilares fundamentales del derecho administrativo incorporados a la Constitución (art. 138, 139, 142, 145, 147, entre otros).

La constitucionalización del derecho tributario. El Estado Social y Democrático de Derecho tiene como sustento el modelo de economía social de mercado. El maestro César Landa señala “la función constitucional de los tributos radica, por un lado, en permitir al Estado financiar el gasto público dirigido a cumplir con los servicios básicos que la sociedad requiere; y por otro, en la realización de valores constitucionales como el de justicia y solidaridad”. La potestad tributaria es atribuida monopólicamente por la Constitución al Estado. Entre nosotros, el régimen tributario se basa en los principios de legalidad, justicia, igualdad y equidad, para que cada ciudadana y ciudadano pueda cumplir con el mantenimiento de las cargas públicas.

La Constitución aborda, en el artículo 62, con sus diez numerales, aspectos cardinales del derecho del trabajo. El mismo establece: “El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado”. El texto constitucional declara de alto interés la aplicación de las normas laborales relativas a la nacionalización del trabajo, y aborda relevantes cuestiones en torno al salario justo, libertad sindical, la negociación colectiva, la no discriminación para acceder al empleo, el derecho a la huelga, entre otros.

El derecho a la seguridad social significa que el Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social, para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez (art. 60).

Señoras y señores: al igual que los congresos referidos anteriormente, este IV Congreso cuenta con la participación de prestantes juristas. En el ámbito internacional, se encuentran los insignes juristas Pedro González Trevijano, juez del Tribunal Constitucional de España y Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional; Enrique Arnaldo Alcubilla, letrado de las Cortes Generales y Catedrático



de la Universidad Rey Juan Carlos; España; Oscar Dejuán Asenjo, catedrático de la Universidad Castilla-La Mancha, España; Roberto Gargarella, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Andry Matilla Correa, profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba; José Manuel Bandrés, juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de España; Gloria Stella Ortiz Delgado, vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia; Patricia Tatiana Ordeñana Sierra, exjueza de la Corte Constitucional del Ecuador; Lucio Pegoraro, catedrático de la Universidad de Bolonia, Italia, y Ana Virginia Calzada, expresidenta de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

En el ámbito nacional, contamos con la colaboración de los ilustres juristas Eduardo Jorge Prats, destacado constitucionalista, Julio César Castaños Guzmán, presidente de la Junta Central Electoral; Flavio Darío Espinal, consultor jurídico del poder Ejecutivo; Marisol Vicens, distinguida abogada, Cristóbal Rodríguez, académico y constitucionalista; Rafael Vásquez Goico, presidente del Tribunal Superior Administrativo, Olivo Rodríguez Huertas, embajador de la República Dominicana ante el Reino de España; Mildred Hernández, jueza de la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de La Vega; Rosina de la Cruz Alvarado, ilustre administrativista; Alejandro Moscoso Segarra, juez de la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia; Yeni Berenice Reynoso, fiscal titular del Distrito Nacional; Ramón Emilio Núñez Núñez, especialista en derecho procesal penal; Manuel Ramón Herrera Carbuccia, juez primer sustituto del presidente de la Suprema Corte de Justicia, así como de los jueces del Tribunal Constitucional, Lino Vásquez Samuel, juez segundo sustituto del presidente, Víctor Joaquín Castellanos Pizano y Rafael Díaz Filpo. Gracias a la activa colaboración de todas y todos ustedes, este evento promete abrir un espacio de reflexión propicio para el debate en torno a las implicaciones, consecuencias y desafíos de la constitucionalización de las distintas las ramas del derecho.

Agradecemos profundamente el esfuerzo realizado por la comisión organizadora de este IV Congreso, conformada por los magistrados: Justo Pedro Castellanos Khoury, coordinador; Víctor Joaquín Castellanos Pizano y Rafael Díaz Filpo. De igual manera, gracias a todo el equipo humano del Tribunal y a todos aquellos que han colaborado con su ayuda generosa a la celebración de este importante evento académico, que de seguro nos

conducirá a los caminos del conocimiento, del aprendizaje y del debate respetuoso de las ideas.

En mi condición de presidente del Tribunal Constitucional, deseo que los trabajos de este cónclave sean de gran provecho para todas y todos. Gracias por honrarnos con su presencia. Particularmente, confiamos en que los juristas que vienen de allende los mares, durante toda su estadía reciban el calor y la hospitalidad proverbial de nuestro pueblo. A nuestros compatriotas, que esta actividad llene sus expectativas y que con su talento sigan desarrollando los elementos de una cultura constitucional dominicana. Dejo, pues, inaugurados los trabajos de este IV Congreso, al que desde ya le auguro gran éxito.

Muchas gracias.

DR. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

**CONFERENCIA INAUGURAL:
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO**

**Magistrado Pedro González Trevijano,
Juez del Tribunal Constitucional de España
Coordinador General de la Conferencia
Iberoamericana de Justicia Constitucional**



Pedro José González-Trevijano Sánchez

Licenciado en Derecho, con premio extraordinario, por la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en 1987, también con premio extraordinario. Catedrático de Derecho Constitucional en las universidades de Extremadura y Rey Juan Carlos de Madrid, de la cual fue rector. Actualmente es magistrado del Tribunal Constitucional español y académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Reino de España. Es doctor Honoris Causa por la Universidad de Tarapacá, de Chile (2006); por la Universidad Ricardo Palma, de Lima, Perú (2007) y por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú (2010). Entre sus publicaciones están: *“La costumbre en Derecho Constitucional”*; *“El Estado autonómico. Principios, organización y competencias”*; *“Normas de Derecho Constitucional”*; *“La España constitucional”*; *“Dragones de la política”*; *“El purgatorio de las ideas”*, entre otros.

Buenos días a todos ustedes

Excelentísimo señor presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, excelentísimos señores presidentes y ex-presidentes de tribunales constitucionales iberoamericanos o de salas de lo constitucional de las Cortes Supremas de Justicia, excelentísimos señores magistrados, autoridades civiles y militares, miembros de la comunidad universitaria, abogados, jueces, fiscales, con una referencia explícita específica que entiendo ustedes me consentirán, al embajador del Reino de España, que tiene la gentileza de acompañarnos en este acto y, asimismo, al embajador de la República Dominicana en España.

Mis primeras palabras en un acto como este han de ser necesariamente para manifestarles –y además de forma explícita– dos estados de ánimo que son, conceptual y epistemológicamente, distintos, pero indisolublemente intrincados, aunque sucede como en las matemáticas ucranianas, en que “el orden de los factores sí altera el producto”; por eso, la primera reflexión es la del agradecimiento. Un agradecimiento al Tribunal Constitucional de la República Dominicana y en particular, a su presidente, don Milton Ray Guevara.

Decía un clásico que las constituciones vertebran la sociedad civil y vertebran, por supuesto, el aparato del Estado, pero no es irrelevante quién está al frente de las instituciones, y el presidente del TC dominicano, a quien conozco hace aproximadamente veinte años, con ocasión del proceso constituyente que se inicia durante la presidencia de la administración de Leonel Fernández, desarrolló un papel primigenio con su compromiso, su “saber hacer”, su competencia y su generosidad. Después, he tenido ocasión de tratarlo, ya como magistrado del Tribunal Constitucional de España y en mi virtud de secretario permanente de los tribunales de justicia constitucional iberoamericanos, y siempre ha desempeñado un papel preferente y referencial en todas las materias reconducibles a la justicia constitucional.

Simplemente les diré que hace escasos meses tuvimos la oportunidad de disfrutar una magistral conferencia del presidente del TC dominicano



en el Tribunal Constitucional español que dejó una huella profunda en nuestra casa.

Quiero manifestar, en segundo lugar, mi satisfacción por encontrarme una vez más en RD, donde creo que aterricé por primera vez hace aproximadamente veinte años, en un momento en que se estaba a las puertas de iniciar un gran proceso de conciliación nacional, una gigantesca transición política cuya síntesis jurídica sería la Constitución dominicana de 2010. Una época en la que participé y tuve la ocasión de tratar a muchos de los hoy magistrados del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, magistrados, jueces y abogados y con la presencia recurrente, y siempre cercana a mí, del profesor Enrique Amador Alcubilla, quien tiene la gentileza de acompañarnos en este acto.

Si me preguntaran, y con toda la osadía ante un foro tan relevante, cuáles serían las tres grandes fases que yo destacaría desde una perspectiva del derecho público en estos últimos cuatrocientos años en el mundo europeo y el mundo americano, les señalaría tres: finales del siglo XV y principios XVI, en lo que supone la aparición de un nuevo modo de organización jurídico-política, el *stato*, que se impone a esa tensión dialéctica entre el papado y el imperio en los finales años de la Edad Media.

Simultáneamente a la configuración del Estado, aparece una noción clave para entender el Estado de hoy, la noción de soberanía, apuntada – como ustedes saben– por Bodino, con su construcción de soberanía interna y externa, como una característica definitoria por excelencia del nuevo poder político que aparece frente a los poderes del derecho intermedio, del papado y el imperio.

El segundo momento, doscientos años después y absolutamente capital para comprender un concepto racional, normativo de la Constitución, y un concepto de régimen constitucional de verdad, es la aparición, a finales del siglo XVIII –tras las revoluciones norteamericana, inglesa y sobre todo la Revolución francesa de 1789– de la eliminación de aquellas restricciones que hacían imposible la construcción de un Estado de derecho.

Todas estas trabas, todas estas dificultades, se superan de alguna forma, con una declaración conocidísima por ustedes, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Esta declaración de derechos supone fundamentalmente lo que nos importa, ahora en mi opinión, que son tres cosas: en primer lugar, la eliminación paulatina, pero definitiva e implacable, de los aspectos que definen los

poderes del *ancien régime*, esto es, el antiguo régimen; en segundo lugar, la aparición de un conjunto de derechos y libertades fundamentales, predicables de todas las personas con independencia de su condición o de su sexo y, fundamentalmente, lo que a mí me importa, la convicción de que solo son constituciones de verdad, solo son constituciones con mayúsculas aquellas que, como decía el artículo 16 de la declaración francesa de 1789, disfrutaban de dos contenidos sustantivos intangibles: de una parte, la tutela de los derechos y libertades fundamentales, lo que se viene a denominar el contenido axiológico de las constituciones modernas, y en segundo lugar, y no menos relevante, en un Estado de derecho y un régimen constitucional, el principio de separación de poderes.

Esto nos permite afirmar que solo son constituciones de verdad, solo son constituciones en el sentido estricto, solo son –siguiendo la teoría de Loewenstein– constituciones normativas, aquellas que amparan las libertades fundamentales de los ciudadanos y que consagran el principio de separación de poderes.

Pero hay un tercer momento histórico importantísimo, con el que nos encontramos más vinculados, que se confecciona al hilo del desarrollo del constitucionalismo norteamericano a principios del siglo XIX, con la importantísima sentencia *Marbury contra Madison*, siendo presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos, como ustedes saben, el juez Marshall, y unos años más tarde, gracias a la genial intervención de Hans Kelsen –seguramente el jurista más relevante de los últimos cien años–, que construye la convicción de que la Constitución, más allá de ser una norma jurídica de convivencia es –por encima de cualquier otra consideración para los juristas, y nosotros somos los juristas– tres cosas que les adelanto:

La Constitución es una norma jurídica con todos los predicamentos de juridicidad que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, lo cual era una revolución en su momento (principios del siglo XIX). La Constitución no es una norma cualquiera, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico –a la que se tienen que adecuar el resto de normas y disposiciones normativas del sistema jurídico de cada Estado– y finalmente, y no menos importante, la Constitución es una norma jurídica, es la norma suprema del ordenamiento jurídico, pero lo más importante, desde una visión, si quieren, no tanto de la vigencia, pero sí de la eficacia del derecho, es dar un paso más, y poner encima de la mesa una característica definitoria esencial a la que se refería explícitamente, en su



magnífico discurso, el presidente Milton Ray Guevara: “la Constitución es una norma jurídica directamente vinculante”.

En este contexto, si ustedes me preguntaran cuáles son las circunstancias a través de las cuales, conceptual y doctrinalmente se ha abordado, por parte de los estudiosos y por parte de la mejor literatura constitucional, el acercamiento que denominamos la constitucionalización del derecho, les podría decir, quizás desde una perspectiva muy personal, tres cosas: la primera de ellas, que es verdad que, en sentido estricto, la expresión “constitucionalización del derecho” va indisolublemente vinculada al desarrollo de las justicias constitucionales, esto es, de los tribunales constitucionales y salas constitucionales de las cortes supremas de justicia, pero es verdad también que el concepto que nos centra y nos adentra en esta reflexión es susceptible de ser enfocado desde tres perspectivas distintas, de menos a más ambiciosa, que no quiero al menos dejar de reseñarles.

Habría, si me permiten, una primera aproximación más clásica, más tradicional, más vetusta, superada, nacida a finales del siglo XIX en un momento político jurídico en que, a diferencia del actual, el sistema jurídico se asienta en el principio de la constitucionalidad, se asienta en el principio de la legalidad.

Había un jurista de origen italiano, pero residenciado en Francia, que escribía un libro clásico, a finales del siglo XIX (sus lecciones entonces de derecho político y derecho constitucional), donde decía que las constituciones eran “les titres des chapitres”, los títulos de los capítulos. ¿Qué quería decir con aquello? Aquel político y constitucionalista francés entendía que la Constitución se establecía, sin más, en las grandes líneas, en sus grandes principios, en el reconocimiento genérico, en los principios definitorios de las diferentes instituciones, de ahí que dijera que la Constitución, cuando hacía los reconocimientos explícitos, lo que fijaba eran los títulos de los capítulos. Y les voy a poner cuatro ejemplos, dos por referencia –y no les oculto, con simple pudor, de su Constitución del año 2010– y dos de mi Constitución, la Constitución española de 1978.

Si ustedes se acercan –y la conocen mejor que yo– a los primeros artículos (del artículo uno al artículo cuatro) de la Constitución de República Dominicana de 2010, verán –como sucede en la Constitución española– que de una forma u otra, se dice que la República Dominicana se constituye en un Estado social y democrático, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la

igualdad y el pluralismo político (si establecen el gran marco referencial). Pero si nosotros queremos saber, en concreto, qué es el Estado de derecho, no podemos desentrañar su comprensión conceptual de la lectura de los primeros artículos de la Constitución dominicana; habremos de acudir a lo que se establece, por ejemplo, en el reglamento del Congreso o del Senado, para saber cómo se transmitan las leyes, cómo funciona la iniciativa legislativa, cuántas lecturas hay en las dos cámaras, cómo se resuelven los problemas o las contradicciones en las comisiones de conciliación de la Cámara Baja y la Cámara Alta. Eso no es competencia de desarrollo de la Constitución, eso es competencia de desarrollo, en este caso, de la autonomía reglamentaria de las cámaras, del Congreso y del Senado.

Si nosotros queremos saber en qué consiste el ejercicio de elecciones políticas libres, no podemos quedarnos solo con lo que se establece en la Constitución dominicana de 2010. Si queremos saber qué es la capacidad electoral activa, la capacidad electoral pasiva, los requisitos, el poder de la Junta Central Electoral, los poderes de las juntas electorales de zona, los recursos en materia de carácter electoral, las incompatibilidades, ilegitimidades, tendremos que ir, por supuesto, a la legislación electoral específica.

Y por último, si queremos saber cómo funciona uno de los baluartes de un Estado de derecho moderno, cómo se somete el funcionamiento de las administraciones públicas al principio de legalidad, lo que el profesor García de Enterría llamaba “la lucha contra las inmunidades del poder”, nos vendrán los principios constitucionales básicos, referenciales, esenciales, pero tenemos que acudir a la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la ley de procedimiento administrativo, a la de régimen jurídico de administración del Estado, a las diferentes leyes de administración locales, etc.

Segundo supuesto que les voy a poner. Su Constitución tiene un artículo, el 44, si no me equivoco, en el que se reconoce el derecho de la inviolabilidad del domicilio. Se viene a decir que el domicilio es inviolable, que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular, salvo en caso de resolución judicial o flagrante delito. Ese es el marco referencial, y es importantísimo. Se requiere consentimiento del titular y si no lo hay, no hay más que dos excepciones: la primera de ellas es el consentimiento del titular, la resolución judicial o el caso de flagrante delito.



Si nosotros queremos saber cuál es el concepto de domicilio constitucional, en qué se parece al concepto de domicilio civil, cómo convive con el domicilio tributario o cómo lo hace con el domicilio administrativo, no encontraremos las pautas en la Constitución dominicana; tendremos que acudir a la legislación de desarrollo y a la importantísima labor, me consta, que ha desarrollado el TC a lo largo de todos estos años.

Les voy a poner dos ejemplos de la Constitución española de 1978. Como saben, nosotros tenemos una forma de monarquía parlamentaria en la que decimos “el rey reina, pero no gobierna”. O si prefieren “el rey disfruta de *auctoritas*, pero carece de *potestas*”, porque el poder Legislativo corresponde a las cortes generales; el poder Judicial, a los jueces y magistrados y, finalmente, el poder Ejecutivo corresponde al Gobierno.

¿Qué hace el rey en España? El rey, como dice la Constitución, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones. Sin embargo, como el rey carece de políticas propias, es inviolable y, además, es políticamente irresponsable. Al mecanismo que permite la asunción de responsabilidad política de los actos del rey se le denomina referendo. Pero si queremos conocer cómo funciona el referendo, cuáles son las formas en que se tiene que manifestar, cómo es susceptible de control jurisdiccional el referendo, la forma en que se tiene que manifestar, no encontraremos una pauta prolija y detallada de la Constitución, tendremos que acudir a la legislación de desarrollo.

Lo mismo sucede en otro marco importante, en el caso de la Constitución española. Ustedes saben que España escogió el modelo muy descentralizado, el Estado de las autonomías. La Constitución tiene dos artículos, el 148 y el 149, que apuntan cuáles son las competencias absolutas y propias de las autoridades autónomas, pero no da más pistas. Si quiero saber de verdad, cuál es una competencia absoluta del Estado, lo que se denomina una competencia concurrente, una competencia compartida, una competencia indistinta, qué es la legislación básica o qué es la legislación de desarrollo, o qué son las bases, tengo que acudir, ineludiblemente, a legislación de lo contencioso administrativo, a la Ley Orgánica y, por supuesto, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la Constitución están las ideas fundamentales básicas, imprescriptibles, irrenunciables, pero no se apuntan, como decía Rossi, más que los títulos de los capítulos. Esta sería una de las primeras aproximaciones, una aproximación que podríamos denominar gramático-jurídica.

La segunda de ellas, de más enjundia, se produce como consecuencia de un proceso creciente y, si me permiten, la Constitución dominicana es un ejemplo explícito de cómo se ha ido produciendo un incremento de atención en las constituciones sobre determinadas materias, que en los primeros tiempos nunca formaron parte de los textos constitucionales que aparecen a finales de siglo XVIII y XIX; y que trae como consecuencia ineludible el que las constituciones de hoy, no solo en las constituciones de Iberoamérica, sino en Europa, cada vez tengan una extensión mayor, son constituciones muy extensas.

Para que se hagan ustedes una idea, las primeras constituciones francesas revolucionarias (1791, 1793, 1795), las tres constituciones de la época del emperador Bonaparte (1802, 1804, 1810) e incluso la Constitución de 1875, eran constituciones muy breves. Se apuntaban unas ideas generales y luego, en todo caso, como en el supuesto francés, se hacía una determinación de cómo funcionaban los poderes y el mecanismo de *check and balance*.

Esto, que sucede en Italia, pasa en otros países. En Italia, la Constitución referencial anterior a la vigente de 1847 es como el *Statuto albertino* de 1848. El *Statuto albertino* es una Constitución eminentemente consuetudinaria, muy breve; no se puede saber cómo funcionó Italia desde 1848 a 1947, simplemente con el *Statuto albertino*.

Y en España pasa lo mismo. Nosotros hemos tenido una azarada vida constitucional. También les quiero decir una cosa, porque no tengo complejo... igual que el resto de los países europeos, ni más ni menos. Si ustedes se acercan a las constituciones españolas verán que, con una salvedad, casi todas las constituciones eran muy cortas (1808, 1834, 1835, 1845, 1869). ¿Cuál es la salvedad de una constitución extensísima? La Constitución más extensa de la historia constitucional española –y también suya, porque ustedes participaron?–, la Constitución de Cádiz de 1812, que tiene, si no me acuerdo mal, 384 artículos.

Fíjense, de unos primeros momentos constitucionales, adónde hemos llegado. Hoy creo que la Constitución dominicana tiene sobre 277 artículos, al margen de las disposiciones transitorias y disposiciones finales. La Constitución española tiene 169 artículos. Son, como les digo, constituciones que han tenido un gran crecimiento exponencial. La Constitución presta atención a materias que antes eran irrelevantes para el constituyente.



Si ustedes me preguntan cuáles son las razones político-jurídicas que explicarían por qué las constituciones están cada día incrementando la redacción de determinados preceptos, diré que razones puede haber de diferente calado: sociológicas, jurídicas, políticas; quizás, a mi juicio, las más importantes puedan ser las siguientes: en primer lugar y con carácter general, creo que ha triunfado la concepción continental del derecho, no solo del derecho constitucional, sino la concepción del derecho, en sentido amplio.

A diferencia de lo ocurrido en los países del mundo anglosajón, los juristas constitucionales tenemos que tener nuestras pautas de conducta santificadas en prescripciones jurídicas. Parece que si no tuviéramos prescripciones jurídicas, no estaríamos obligados a ello, y precisamente cuando no las tenemos, hay que dar un salto cualitativo y plasmarlas en los textos de las constituciones y posteriormente, en sus legislaciones de desarrollo. Algo que –al menos hasta hace no muchos años– no sucedía en el constitucionalismo británico, que ustedes saben que sino mayoritariamente, es todavía un constitucionalismo en el que las costumbres constitucionales y las convenciones constitucionales disfrutaban de un papel importante.

Hay, en segundo lugar, una razón importante que apuntaba con anterioridad y que es una razón afortunada, que habla bien de la transición de los regímenes políticos todavía autoritarios a los regímenes constitucionales, a los regímenes democráticos, a los regímenes en libertad, y es la atención del derecho al mundo de la política, de forma que el derecho trate de limitar, de restringir, los tradicionales excesos y abusos sobre todo de los poderes públicos y en particular del poder Ejecutivo y de las administraciones públicas; que responde a la reflexión ya clásica del profesor García Rentería sobre la aparición de la jurisdicción contenciosa y administrativa y la jurisdicción constitucional en España y los países europeos, como un mecanismo de controlar lo que se denominan las inmunidades del poder. Esta es una razón importante.

Sobre la tercera razón que se olvida, pero yo soy un convencido de que sucede, de la que todavía el constitucionalismo iberoamericano –y por supuesto, el constitucionalismo español– no ha sido capaz de desprenderse, es la creencia de un extraordinario poder taumatúrgico de las constituciones. Es como si estuviésemos en presencia de los reyes de Francia; se decía que los reyes de Francia disfrutaban de un poder taumatúrgico: uno tenía una enfermedad y el rey le ponía las manos y le curaba las enfermedades.

Las ciudadanías españolas, europeas, iberoamericanas piensan todavía que las constituciones tienen un efecto taumatúrgico, que una vez que se reconocen en la Constitución determinados principios, valores, derechos y libertades fundamentales, estos dan un *plus* de calidad, un *plus* de configuración jurídica, que les hace estar dotados de una caracterización diferente a cuando no se encontraban en las constituciones.

Esto es lo que ha hecho que un filósofo tan lúcido, seguramente el español más importante del siglo pasado, Ortega y Gasset, que era cate-drático de metafísica, no era profesor de Derecho Político ni constitucionalista, dijese que las constituciones de su momento (y estamos hablando de los años 30, si viese los artículos que tienen las constituciones en la actualidad –por ejemplo la Constitución colombiana, que tiene 360 artículos– pondría el grito al cielo), decía que las constituciones modernas se estaban llenando de un “odioso tejido adiposo” y reivindicaba que las constituciones tenían que ser como los galgos, ligeros, con poca grasa, de forma que fuese susceptible la permanencia de Constitución de manera que no hubiera más que modificar que la legislación de desarrollo, pero no auspiciar en el futuro determinados procesos constituyentes. Esa es la segunda razón, en mi opinión.

¿Cuál sería la tercera problemática? Sería una simbiosis, a mi modo de ver, de las ideas básicas que definen la aproximación de una Constitución en una teoría constitucional moderna, en un régimen constitucional como el que ustedes tienen, una Constitución en mayúscula, que gravita, simultáneamente, sobre tres pilotes:

Primero, la comprensión, desde una perspectiva formal, de que la Constitución es aquel conjunto normativo al que el poder constituyente le atribuyó en su día el lugar preferente en el esquema de los modos de producción normativo.

En segundo lugar, el convencimiento de que solo son constituciones aquellas constituciones de verdad, que consagran los derechos fundamentales y las libertades fundamentales de los ciudadanos y que amparan el principio de separación de poderes. Las que no lo hacen ni de *iure* ni de *facto* son constituciones semánticas, no son un traje de juridicidad cierta, y como decía metafóricamente Levenstein: “Estamos ante un disfraz para cubrir el ejercicio omnímodo por parte del poder político”.

En tercer lugar, el convencimiento de que las constituciones modernas tienen que dar respuestas al menos a dos materias clásicas, la materia



considerada tradicionalmente, dentro de lo que se llama la parte dogmática de la Constitución y los derechos y libertades fundamentales, y en segundo lugar, aquella parte referenciada al funcionamiento, al contrapeso de los derechos libertades fundamentales en lo que se denomina la parte institucional.

Toda esta problemática de abordamiento de la Constitucionalización del Derecho es –sin embargo– una problemática, al menos en mi opinión, relativamente reciente. Tiene, en Europa al menos, que es de donde puedo dar mi criterio, no más de 50 o 60 años. Son clásicos los estudios de Guastini, los de Fagoen, en Francia, en 1980, los de Zagrebelsky sobre la constitucionalización del derecho y la ductilidad del derecho, en particular del derecho constitucional, pero estamos ante una realidad, no es una expectativa de futuro, pero estamos ante una realidad que requiere de desarrollo jurisprudencial, asentamiento doctrinal y de asunción por parte de la propia ciudadanía.

Llego a la tercera de las partes de esta intervención. ¿Cuáles serían los grandes pilares sobre los que se construye –los que de alguna forma identifican– lo que entendemos que hay detrás de la expresión ‘Constitucionalización del derecho’?

El primero de ellos, a mi juicio, es el convencimiento, hoy incuestionable, de que las constituciones no solamente reconocen disposiciones jurídicas parecidas a lo que tradicionalmente se llaman leyes, sino que en el texto de la Constitución hay una apropiación de materiales –por primera vez constitucionales– que antes no tenía.

¿Cuáles son esos dos materiales que incorporan las constituciones en los últimos años? El tratamiento cada vez más generoso de los derechos y libertades fundamentales, que en los últimos años se han circunscrito fundamentalmente a dos ámbitos. Es insuficiente la protección de los derechos fundamentales clásicos; hay que tutelar y amparar los denominados derechos económicos, sociales y culturales; y luego, el convencimiento, como decía un constitucionalista, de que los derechos valen lo que valen sus garantías y, en consecuencia, hay que reconocer mecanismos de garantía efectivos y sinceros de los derechos y libertades fundamentales. Este es el primero de los ámbitos.

El segundo es la incorporación no solo de normas jurídicas, de lo que habla Herbert Hart en su obra “Historia del derecho”, y Ronald Dworkin en sus estudios, sino algo no menos importante: las constituciones

incorporan como parte relevante, en su introducción, principios y valores constitucionales que forman parte directa de ellas y que influyen en la comprensión de los diferentes supuestos y en las resoluciones que dictaminan los tribunales constitucionales o las Salas de lo Constitucional de las Supremas Cortes de Justicia.

Luego, por un lado, hay una ampliación –lo decía el presidente Milton Ray Guevara– de la materia constitucional hasta hace unos años, fundamentalmente con una atención prioritaria a los derechos y con una atención también simultánea a los principios y valores constitucionales.

Segunda configuración que es clave: la constitucionalización del derecho y la presencia de la justicia constitucional requieren de un presupuesto irrenunciable; nosotros construimos toda esta teoría porque tenemos la convicción, y la certeza, de que la Constitución es una norma jurídica y en esto ustedes saben que, en una lectura atropellada, se puede pensar que desde la aparición del constitucionalismo moderno, a finales del siglo XVIII, las constituciones eran normas jurídicas. Pero ustedes saben mejor que yo que esto no es cierto, al menos en el ámbito del derecho constitucional europeo, y no lo es por dos razones fundamentales: la primera, una concepción de la Constitución de carácter histórico, en la que se entendía que las constituciones de la época lo único que hacían era regular la estructura y el funcionamiento de los diferentes poderes del Estado, pero esa Constitución no era una norma jurídica exigible ante los órganos jurisdiccionales, sino que había sido objeto de desarrollo posteriormente, por una ley.

¿A qué se debe esto? Se debe, en gran parte, al desarrollo del movimiento denominado “liberalismo doctrinario”, que entendía que la Constitución establecía un marco jurídico político de convivencia que regulaba los poderes del Estado, pero poca cosa más; era premeditada, no piensen que era casual desvalorizar, “desjuridificar” el concepto de norma de la Constitución. Pero las cosas no pasan porque sí, no pasan porque un señor un día se levante y escriba un libro y diga: “Las constituciones no son normas jurídicas” y cien años después haya otro que diga: “A partir de ahora, son normas jurídicas”.

¿Por qué sucede aquello en Francia, que es el ejemplo referencial? Por tres razones, a mi modo de ver: como ustedes saben, la Revolución francesa de 1789 supone paulatinamente la desaparición de los poderes del *Ancien régime*. Como consecuencia de ello, empiezan a participar en



la vida pública, en igualdad de condiciones, los representantes no solo de la nobleza o de la alta jerarquía eclesiástica, sino los ciudadanos de lo que se llama el Tercer Estado, los que hoy podrían ser los predecesores de la burguesía actual.

Pues bien, estos ciudadanos elegidos directamente por los ciudadanos se sientan en las Cámaras francesas en 1791, 1793, 1795, 1797, 1798 y 1799, y como representan la voluntad popular, ellos emanan la máxima expresión del derecho posible, la ley.

La ley –dice Rousseau– y no es una casualidad, es la expresión de la voluntad popular y, en consecuencia, todo el sistema jurídico francés no se construye sobre el papel de la Constitución, que carece de carácter jurídico, no es una norma jurídica; se construye sobre el concepto de la ley, que es el concepto tradicional francés por excelencia, incluso hasta la Constitución vigente, de la Quinta República francesa. Tuvo que llegar después el Consejo de Estado, y sobre todo el Consejo Constitucional francés, para dar un salto cualitativo: la Constitución francesa del 58 se construye prioritariamente sobre el juego del principio de legalidad y el principio de reserva reglamentaria.

¿Por qué sucede? Porque la ley es el frontispicio sobre el que se construye el sistema.

Segunda razón: ¿qué sucede en el mundo académico? El mundo académico analiza la realidad política y aparece una escuela jurisprudencial hermenéutica importantísima, hoy olvidada, pero en su momento muy relevante, la Escuela Exegética, que tiene una auténtica adoración –devoción– al texto de la ley.

La máxima expresión la tendrá uno de los grandes representantes de la Escuela Exegética. Cuando le preguntan, al salir de clase, “Profesor, ¿usted explica el derecho civil, verdad?” y dice “No, yo no explico el derecho civil, yo explico el Código de Napoleón. Es el Código de Napoleón, la ley civil, la que es objeto de estudios en las universidades”. Esta no es una circunstancia meramente de carácter baladí, esta segunda circunstancia es relevante; luego, hay una tercera circunstancia que también es importante. En aquellos años no había aparecido todavía el concepto de justicia constitucional que hoy conocemos como tal y que aparece en el constitucionalismo norteamericano a principios del siglo XIX.

A mi modo de ver, este cambio cualitativo de conciliar que la Constitución es una norma, es la segunda razón que explica el porqué del éxito

de la constitucionalización del derecho y por qué, con tan buen criterio, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha elegido este tema monográfico para esta cuarta conferencia.

Ya sabemos que hay materias que la ciudadanía quiere recoger en la Constitución porque adquieren una condición cualitativa diferente; ya sabemos que la Constitución es una norma jurídica, pero tenemos que dar otro paso, no solo es que la Constitución es una norma jurídica, sino que es la norma jurídica por excelencia del orden jurídico. Dicho de otra forma, el principio de legalidad ha quedado desbordado por el principio de la constitucionalidad.

El principio de legalidad, que era el modo de producción normativa por excelencia a lo largo del siglo XVIII y gran parte del siglo XIX en Europa, desaparece por la convicción de que todas las normas jurídicas, incluso la ley, aunque sea emanada por parte del poder legislativo, están sometidas a los principios de la constitucionalidad.

¿Por qué? Porque solo el poder constituyente, que en su día aprobó la Constitución, su Constitución del año 2010, tenía la posibilidad de modificar o de regular, de una forma o de otra, una determinada materia de la Constitución, pero una vez que se aprueba la Constitución, el poder constituyente desaparece, y todos los demás son poderes constituyentes constituidos y, en consecuencia, incluso el Parlamento, depositario a través de elecciones en parte de soberanía popular, está sometido a la Constitución.

Esta construcción, como ustedes saben, del concepto de Constitución como norma jurídica máxima, ahora no es –como sucedía antes– una construcción europea, sino que es una constitución norteamericana. Ellos se adelantan 130 años al constitucionalismo europeo, al hilo de esta famosísima sentencia que todos los profesores de Derecho Constitucional explicamos en clase, que es la de *Marbury contra Madison*.

Las cosas no pasan porque sí. No es que Marshall un día se levantase de la cama y pensase que la Constitución era la norma más importante de los Estados Unidos y que, como consecuencia, el señor Madison, que era secretario de Estado, tenía que acomodarse a lo mismo. Lo que latía –como sucede siempre, aunque no se diga– era un enorme problema político. El presidente saliente era Adams, después de dos mandatos del presidente Washington, quien era un decidido defensor de los poderes de la Unión, de lo que venía a significar el federalismo. Cuando Adams va a



salir de la presidencia, ante el temor, como efectivamente se consagra, de que su enemigo político acérrimo, Jefferson, pueda derogar determinados nombramientos de jueces de paz, se dedica los últimos días de su mandato a nombrar a diferentes jueces de paz. En concreto, uno de ellos, Marbury, que era juez de paz del distrito de Columbia.

Cuando Jefferson gana las elecciones, nombra secretario de Estado a Madison y este, que era contrario al incremento de los poderes del Tribunal Supremo, intenta paralizar los nombramientos del presidente Jefferson. Marbury acude al Tribunal Supremo americano y este órgano, al hilo de ese problema político, resuelve dos cosas gigantescas: la Constitución es la norma fundamental de los Estados Unidos, y cuando hay una contradicción de la Constitución con la actuación de los poderes públicos o de otras leyes, estas leyes se declaran inconstitucionales.

Y luego hay, como casi siempre pasa en la vida, un elemento personal, el enconamiento –basta con que lean “El Federalista”– entre el presidente Jefferson y el presidente del Tribunal Supremo americano, Marshall, era enorme. Eran los dos políticos que más se detestaban en la época (cuando Jefferson iba a los actos, el otro no lo hacía jamás; cuando el presidente Marshall iba, el presidente Jefferson no había ido nunca).

Pues bien, esta construcción que aparece en el constitucionalismo norteamericano tarda en aparecer en Europa muchísimos años. ¿Por qué? Pues porque si la Revolución francesa supone la incorporación del Tercer Estado frente a un sufragio censitario, pero libre a las Cámaras, y las Cámaras aprueban las leyes, nada menos que los representantes de la voluntad popular, ¿cómo, en una comprensión de un sistema político tan democrático, se puede entender que un órgano jurisdiccional externo, que carece de legitimidad democrática directa, va a poder enmendar ni más ni menos que la plana a la disposición básica de cualquier parlamento democrático, que es la expresión de la ley? Eso es lo que hace muy difícil la aparición de la justicia constitucional en Europa, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos.

Piensen ustedes en aquella famosísima frase de Montesquieu, el autor referencial de la Revolución francesa, que decía lo siguiente: “El juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”. Creo que no se puede decir de forma más bellamente o de forma más metafórica. Pero, desde luego, Montesquieu, que habla del poder Judicial como aquel poder terrible entre los hombres, tenía una extraordinaria desconfianza hacia el

poder judicial, por dos razones, por su comprensión ideológica de la ley que venía del Parlamento y porque los jueces de Francia en aquella época, finales del siglo XVIII eran elegidos directa o indirectamente por el rey y, en consecuencia, al ser elegidos por el rey, las resoluciones no eran del acuerdo del gran teórico de la última parte del siglo XVIII.

Esto cambia, en Europa, gracias a la aportación genial de un jurista extraordinario, Hans Kelsen, que en sus obras “Teoría general del derecho” y “Teoría general de derecho y del Estado”, construye una concepción de carácter abstracto y diferente a la norteamericana, en virtud de la cual entiende que en un sistema jurídico las normas no están yuxtapuestas, no están normalmente coordinadas, sino que funciona conceptualmente, como un elemento referencial, el principio de jerarquía, y la máxima expresión del principio de jerarquía es la Constitución. A la Constitución se encuentra sometido el resto de las normas del sistema.

La Constitución es el fundamento que en última instancia, da validez a las demás disposiciones del sistema jurídico, y esta es la tercera razón que justifica la aparición de la idea de la constitucionalización del derecho. La Constitución empieza a tratar materias tradicionalmente ajenas hace años; la Constitución es una norma, pero es una norma jurídica superior.

Hay una cuarta circunstancia que lo explica, y es la siguiente: casi todas las constituciones acaban convirtiéndose, con el transcurso del tiempo, en constituciones rígidas. Ustedes saben que hay una obra clásica, de Bryce, “Constituciones rígidas y constituciones flexibles”. Las flexibles son aquellas que pueden modificarse de la misma forma y con la misma solemnidad que saltar los preceptos de la legislación ordinaria; en cambio, son constituciones rígidas aquellas que, dada la relevancia de la Constitución, dado que la Constitución, con todos los respetos, no solo del Código Civil o del Código de Comercio, es la ley de leyes, requiere de exigencias y dificultades mayores que las que se imponen para modificar la legislación ordinaria.

En el derecho comparado europeo, español, iberoamericano y dominicano hay diferentes técnicas a través de las cuales se articula el principio de la rigidez constitucional. Por ejemplo, una vez que se aprueba la Constitución, hay constituciones que dicen, como la de Cádiz, que no se puede iniciar un proceso explícito de revisión constitucional hasta que no transcurra un determinado número de años.



Otro mecanismo de rigidez constitucional: las cámaras ordinarias, congreso o senado, no pueden iniciar un proceso de reforma constitucional, sino que hay que crear una asamblea revisora específica, cuyo cometido es, ni más ni menos, modificar el texto de la Constitución.

Otro elemento que santifica la nota de rigidez de las constituciones, a diferencia de la legislación ordinaria, en que las leyes se aprueban por mayoría simple, es que se requiere mayorías calificadas en ambas Cámaras para aprobar los procesos de reforma constitucional o incluso, como sucede también en la Constitución dominicana o la Constitución española, hay determinadas materias que son o pueden ser susceptibles de que tienen que ser respaldadas directamente por la ciudadanía a través de un referéndum.

Incluso, hay países, como es su caso, que tienen lo que de alguna forma podemos denominar una democracia militante. La existencia de democracia militante implica (lo que nos importa a nosotros como juristas) lo siguiente: hay cláusulas de intangibilidad, hay determinadas materias diseñadas por el poder constituyente que aprobó la Constitución, que no son susceptibles de reforma, ni siquiera por el poder constituyente revisor de la Constitución, incluso con las exigencias de mayorías calificadas.

Esto pasa, por ejemplo en Francia. Si ustedes leen la Constitución francesa vigente, de la Quinta República del 1958, verán que la forma laica y republicana no es modificable; si van a la Constitución alemana vigente, la llamada Ley Fundamental de Bonn, de 1949, verán que como consecuencia de las desgracias del nacionalsocialismo alemán, toda la parte que regula los derechos y libertades fundamentales no es susceptible de reforma; y si ustedes van a la Constitución dominicana, verán que hay una serie de caracteres, su carácter republicano, su carácter civil, que no es susceptible de reforma de la Constitución.

Esta segunda idea de la rigidez constitucional justifica, a mi modo de ver, la importancia que ha adquirido, en los últimos años, la constitucionalización del derecho.

Hay una última razón en la que creo que estaremos todos de acuerdo, que es absolutamente clave para la comprensión moderna de la constitucionalización del derecho, y es la aparición de la justicia constitucional.

Con carácter teórico, podríamos argumentar que la Constitución es una norma, sí; que la Constitución es una norma jurídica superior, pues sí; que a la Constitución deben estar supeditadas todas las disposiciones y todas las normas del resto del ordenamiento jurídico, de acuerdo. Pero si

no hay un mecanismo protector, que es la justicia constitucional, que de alguna forma proteja e interprete y ampare la Constitución, la posibilidad de configurar una Constitución jurídica suprema y directamente vinculante se hace extraordinariamente difícil, se hace extraordinariamente compleja.

¿Cuándo se produce el proceso de constitucionalización del derecho? Cuando aparece la justicia constitucional. La justicia constitucional dota a la Constitución de unos instrumentos de defensa, de protección y de inmersión del resto del ordenamiento jurídico, como decía el presidente, don Milton Ray Guevara, que previamente no existe cuando no hay justicia constitucional.

Por eso, el profesor García de Enterría, seguramente el jurista español más importante del último siglo, decía en una obra clásica, “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, que de facto, hoy, en los regímenes constitucionales, Constitución y justicia constitucional son categorías jurídicas interdependientes.

Es muy difícil construir el concepto de Constitución como norma jurídica y el proceso de constitucionalización del derecho, si detrás no está, efectivamente, la labor de jurisprudencia que realiza el Tribunal Constitucional.

¿Cuáles son las consecuencias a que lleva la constitucionalización del derecho? Son muchas, pero hay determinados efectos que son muy claros, y que simplemente los voy a dejar sobre la mesa. Primero de ellos, básico: cambia el criterio referencial, se produce un balanceo. Los juristas del derecho público hemos dejado de prestar atención a la ley y prestamos atención prioritaria al principio constitucional, esto es, a la Constitución. No es una casualidad, por ejemplo, que el artículo 9.1 de la Constitución española diga que los ciudadanos y poderes públicos están sometidos a la Constitución. Hay un balance del principio de legalidad al principio de constitucionalidad.

Segundo, y lo decía el presidente Milton Ray Guevara: se produce un proceso creciente, imparable –y espero que irreversible– de impregnación del ordenamiento jurídico; hoy existe, entre comillas, un derecho constitucional administrativo, derecho constitucional financiero, derecho constitucional laboral, derecho constitucional penal, y eso se ve en muchísimos ámbitos y muchas materias.

Les voy a poner un ejemplo, porque no quiero ser más prolijo. En la Constitución española se dice que los españoles tienen derecho a contraer



matrimonio en condiciones de igualdad. Si no nos fijásemos en la última parte del precepto, en la constituyente estaría anunciando una perogrullada, todos los españoles pueden casarse, pero las consecuencias en el ordenamiento civil han sido gigantescas, como consecuencia del papel de la Constitución y han sido gigantescas también como consecuencia de la labor del Tribunal Constitucional.

Por ejemplo, como consecuencia del principio de igualdad, en España desaparece, como consecuencia del principio de igualdad, la diferencia entre lo que se llamaba peyorativamente hijos legítimos, frente a los hijos ilegítimos. Ya hoy no se habla más que de hijos matrimoniales y de hijos extramatrimoniales.

Cuando en España se aprueba la Constitución, en 1978, a diferencia de la de ustedes, que fue en 2010, no se prestó atención a un asunto que en España casi era entonces residual, las parejas de hecho. No era una materia que estaba encima de la mesa. La legislación de las parejas de hecho se ha realizado por legislador ordinario. Pero un tratamiento muy protector del matrimonio de hecho, aunque no igual, pero muy semejante al del matrimonio, se ejemplifica por el artículo 14 de la Constitución y por la labor del TC, que dictamina que todos son iguales ante la ley, sin que pueda haber discriminación por diferentes razones.

La tercera de las consecuencias que les apunto, aparte del balanceo del principio de la legalidad al principio constitucional y de la permeabilización del ordenamiento jurídico, es que se ha ido produciendo una difuminación, a mi modo de ver, entre esos dos ámbitos tradicionalmente separados del derecho público y del derecho privado.

El concepto de Constitución como norma común se superpone al derecho público y al derecho privado, y ocasiona en la práctica que esta diferencia entre el derecho público y el derecho privado se difumine mucho más que como tradicionalmente se acogía en los textos jurídicos de antaño. Cuando el profesor Enrique Arnaldo Alcubilla y yo empezamos a estudiar la carrera de Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en octubre 1975, un mes y medio antes de la muerte del general Franco, en España no había esta percepción. Esto llega después.

La cuarta circunstancia importante es el auge del derecho comparado, y buena prueba de esto es que si ustedes ven el programa del Congreso, magníficamente referenciado por el magistrado Justo Pedro Castellanos, a quien quiero agradecer sus palabras –absurdamente exageradas en torno a

mí, que solo se justifican por el afecto y el cariño— el derecho comparado tiene importancia básica, y una muestra de ello es que aquí colaboran juristas no solo de la República Dominicana, sino que están presidentes de la corte de Costa Rica, magistrados de la corte colombiana y de otros países...

Por último, no menos importante, como consecuencia de la relevancia del derecho comparado se está produciendo un gigantesco proceso de uniformización del derecho constitucional. Hoy en día, las diferencias sustantivas entre el derecho constitucional español, por ejemplo, y el derecho constitucional francés no son esenciales, y las diferencias entre cómo funciona la jurisdicción constitucional de la República Dominicana y del Reino de España tampoco son esenciales; como consecuencia de que la Constitución, como norma jurídica, como norma suprema, impregna todo el ordenamiento jurídico, difumina el ámbito del derecho público y del derecho privado y, gracias al ejercicio del derecho comparado, nos permite tener un tratamiento jurídico más o menos uniforme en casi todos los países que vivimos en el derecho constitucional europeo y en el derecho constitucional norteamericano.

Reiterar mi agradecimiento al Tribunal Constitucional de la República Dominicana y a todos los que han tenido la gentileza de escuchar a este profesor español hablar durante cincuenta minutos sobre las razones de la constitucionalización del derecho y decirles algo que en España no tenemos, y que abiertamente les voy a decir: la Constitución española de 1812, que fue también la suya, tenía un artículo bellísimo que decía que una de las obligaciones prioritarias de los ciudadanos era amar su Constitución, y establecía la obligación de que en las escuelas e institutos se estudiase la Constitución. Aprobada la Constitución de 1978, de la que cumplimos 40 años escasamente dentro de dos meses, lo hemos conseguido con escaso éxito. No sé por qué razones, en España no hemos sido todavía capaces de asentar eso que se llama —y que recordaba el profesor Milton Ray Guevara— el sentimiento constitucional. Ustedes lo tienen. Cuando he visto esa pancarta, esa expresión que tiene abajo “Hacia una generación constitucional” y esa referencia a que en las escuelas se escucha y se oye la palabra de la Constitución, he de decirles sinceramente una cosa: tengo envidia, y envidia malsana.

Muchas gracias.

EXPLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DEL CONGRESO

Magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury,
juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Coordinador de la Comisión Organizadora



Magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury,

Egresado de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, ha ejercido de manera independiente; también como consultor, en ocasiones, para organismos internacionales. Ha servido en instituciones y empresas nacionales y extranjeras. En este sentido, destaca su ejercicio como procurador general adjunto y su participación en el diseño e implementación del Departamento de Prevención de la Corrupción, del cual fue su primer director.

Ha sido ponente en numerosos eventos nacionales e internacionales sobre educación y sobre combate a la corrupción pública. Desde muy joven ha publicado artículos y ensayos, así como el libro *Antología del Pensamiento de Juan Bosch*, con dos reediciones. Ha sido profesor en UNIBE. En UNAPEC, fue director de la Escuela de Derecho, decano de Derecho, vicerrector Académico y Rector en el 2007, el primero escogido mediante un concurso abierto y el más joven. En 2012, renunció, al ser escogido juez del Tribunal Constitucional.

Ha participado en diversos espacios nacionales, entre los que destacan la Asociación Dominicana de Rectores de Universidades, la Comisión Ejecutiva del Consejo Económico y Social y el Consejo Rector de la Comisión Nacional de Ética y Combate a la Corrupción. Coordinó una de las mesas de la *Cumbre por la unidad nacional frente a la crisis económica mundial*, y fue miembro de la *Comisión de Seguimiento* a los acuerdos pactados en ella. Es segundo vicepresidente del Consejo de Directores de APEC. En 2010, fue escogido finalista al *Premio Hombre y Mujer del año 2009*, que realiza anualmente *Diario Libre*.

El Tribunal Constitucional, aparte de sus centrales responsabilidades jurisdiccionales, cumple con lo establecido por el artículo 35 de la Ley número 137-11, *orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, de “promover iniciativas de estudios relativas al derecho constitucional y a los derechos fundamentales”. Con ese propósito, el Tribunal desarrolla múltiples y diversas iniciativas, una de las cuales es la realización de este congreso internacional sobre derecho y justicia constitucional, que realizamos cada dos años y cuya cuarta versión iniciamos hoy.

Esta actividad, de índole académica, se ha convertido en el principal evento académico de derecho y justicia constitucional que se realiza en el país, una actividad que ya es esperada, particularmente por la comunidad jurídico-constitucional dominicana.

Como siempre, el congreso discurrirá en torno a un tema central. En esta ocasión, como ya sabemos, el tema escogido es LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO, en relación al cual no abundare más, pues ya lo han hecho el presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Milton Ray Guevara, y nuestro conferencista inaugural, magistrado Pedro González Trevijano.

A partir de ese tema central, hemos identificado las principales vertientes del mismo, iniciando por la relación entre constitucionalización del derecho y jurisdicción y, a partir de ella, la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, lo mismo en la experiencia española que en la dominicana. A ese tema siguen la constitucionalización de la vida económica, primero, y después, la constitucionalización de la vida política; a partir de lo cual, entonces, abordamos el tema central en relación con algunas de las más importantes áreas del derecho, a saber: derecho administrativo, derecho civil y del proceso civil, derecho penal y del procesal penal, y derecho laboral; para finalizar todo con dos temas que redondean el desarrollo previo, como son la constitucionalización del derecho y cultura constitucional, y expectativas y retos en la constitucionalización del derecho.



En esta ocasión –por cierto, como en las anteriores– disfrutaremos de la participación de jueces y juristas, nacionales y extranjeros, del más alto nivel, todas figuras paradigmáticas del mundo jurídico, incluso algunos jueces de tribunales y cortes constitucionales, así como de cortes supremas de distintas latitudes.

En todo caso, todas esas vertientes temáticas serán abordadas no solo en un sentido general, sino también con referencias particulares al caso dominicano, haciendo más enriquecedoras y provechosas las participaciones.

El programa será desarrollado con un esquema mixto. Aparte la conferencia inaugural y las dos conferencias finales, que ya he señalado, cada vertiente o tema será desarrollada por uno de dos esquemas.

En algunos casos, por un esquema definido por una conferencia mayor, de cincuenta minutos, que versará sobre el tema en cuestión, pero en sentido general, seguida por otra menor, de treinta minutos, que vinculará dicho tema a la realidad dominicana. En este esquema, ambos conferencistas compartirán el escenario y dispondrán de un tiempo común de veinte minutos para responder las preguntas del público.

En otros casos, operará un esquema formado por una conferencia mayor de cincuenta minutos, que versará sobre el tema en cuestión, pero en sentido general, seguida por un panel de cuatro miembros, el cual vinculará el tema a la realidad nacional, y cuyos integrantes dispondrán cada uno de veinte minutos, totalizando unos ochenta minutos cada panel. En este esquema se presentará, primero y solamente, el conferencista, quien al final de su conferencia dispondrá de quince minutos para responder las preguntas del público; y luego se constituirá el panel, al final del cual se dispondrá de otros veinte minutos para las respuestas a las preguntas del público.

Los conferencistas y panelistas estarán acompañados siempre por un juez o por el secretario del Tribunal Constitucional dominicano, que harán de presentadores y moderadores, así como por el coordinador o un miembro de la comisión organizadora del congreso.

Así, cada conferencista y panelista será presentado por las personas señaladas, quienes en cada caso y muy sucintamente introducirán el tema y presentarán a los conferencistas y panelistas. Esa misma persona hará las veces, también, de moderador, introduciendo y despidiendo cada participación y, en su momento, recibiendo, escogiendo y formulando las preguntas del público.

A propósito de esto último, conviene saber que las preguntas se formularán por escrito y deberán ser entregadas a un personal especialmente dispuesto para recogerlas y entregarlas al moderador-presentador. Conviene que tengamos presente, desde ya, que, como usualmente ocurre en estos eventos, seguramente no habrá espacio para formular todas las preguntas que se hagan.

Es importante destacar que para garantizar el desarrollo eficiente del programa se llevará rigurosamente el cumplimiento del tiempo previsto, no solo por parte del presentador-moderador correspondiente sino también por un equipo que estará destinado específicamente a estos fines y que dispondrá de paletas de tiempo para avisar a los panelistas y conferencistas cuando el tiempo asignado esté por vencer y con esta medida garantizar el desarrollo de un programa ajustado a los tiempos planificados y de tal forma que todos tengan oportunidad de agotar el contenido que han preparado. Confiamos en la colaboración de todos para que, de esta forma, podamos desarrollar exitosamente el programa.

Habrà, igualmente, un equipo de relatoría que, por cierto, lleva días trabajando con los trabajos entregados y que, asimismo, continuará trabajando durante el desarrollo del evento para que al final podamos compartir de forma muy resumida la esencia de todas las presentaciones realizadas.

Es importante, igualmente, reiterar que la organización del evento requerirá un registro diario de asistencia de los participantes, preferiblemente a su primer ingreso al salón del congreso. Dicho registro se llevará con fines de expedición de los certificados a los participantes. El registro de asistencia a, por lo menos, dos días del congreso será necesario para contar con el certificado de participación.

Es importante, asimismo, informar que los participantes deberán usar sus gafetes de forma permanente para garantizar su acceso al salón de manera rápida.

Para evitar contratiempos al término del evento, la entrega de los certificados de los participantes se hará vía correo electrónico.

Las conferencias y ponencias que se realizarán durante el evento les han sido entregadas en dispositivos electrónicos, por lo menos, todo el material que recibimos a tiempo para ser grabado; en este sentido, lamentamos no haber recibido todo a tiempo para ello. Sin embargo, todas las presentaciones que se realicen quedarán contenidas en un libro que publicaremos más adelante, como ha ocurrido en las versiones anteriores.



Finalmente, en vista de que en la jornada final no podremos disfrutar de la presencia de todos nuestros invitados internacionales, algunos de los cuales han venido solo por algunas horas, quiero, en nombre de la comisión organizadora del congreso y del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, agradecer el que nos hayan acompañado y entregarnos, por demás generosamente, una parte de su talento; así como expresarles nuestro deseo ferviente de que nos acompañen en futuras ocasiones.

Confiamos, por último, en que el enorme esfuerzo institucional que hemos realizado durante meses de trabajo riguroso y arduo, arroje los beneficios por los que apostamos, para provecho de la comunidad jurídica y, en un sentido más general, de nuestro país.

¡Éxitos a todos!

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO Y JURISDICCIÓN.
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.
LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla,
letrado de las Cortes Generales;
Catedrático Universidad Rey Juan Carlos, España



Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en 1995. Ha sido catedrático de Derecho Constitucional en la universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Docente activo a nivel de pregrado y posgrado en universidades iberoamericanas. Ha sido letrado de las Cortes Generales, administrador civil del Estado y juez ad-hoc del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012-2014). Actualmente, dirige el bufete “*Estudio Jurídico Balbuena*” y es árbitro en tribunales y comisiones arbitrales en cuestiones referidas, principalmente, a Derecho Privado y al Derecho Deportivo. Poseedor de numerosos méritos y distinciones a nivel internacional, tales como la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, la Encomienda de la Orden del Mérito Civil, entre otros. Autor de numerosas obras relacionadas a la Constitución, el régimen electoral, el Derecho parlamentario, entre otras.

Cuando afrontamos la pregunta ¿qué es una Constitución?, nos encontramos que no es un concepto unívoco, porque encierra una probabilidad de significaciones, de acepciones; es decir, no es un concepto que tenga un carácter neutro —ya lo dijo el profesor García Pelayo—, sino que encierra valoraciones distintas, y además, tiene un cierto sentido simbólico o relacional.

Se han puesto de relieve, por Biscaretti di Ruffia, hasta cinco significados de Constitución. Él habla de institucional, normativo, instrumental, material, formal. Carl Schmitt define hasta cuatro: lo absoluto, relativo, positivo e ideal. Es verdad que lo que quería Carl Schmitt, fundamentalmente, en esa concepción decisionista de la Constitución, era poner en tela de juicio qué es lo que vamos a defender, el concepto normativo de Constitución. Pero, en lugar de abordar esta pluralidad de sentidos, creo que es más útil hacer un análisis partiendo de lo que Karl Loewenstein entiende por Constitución, describiendo las partes vitales que la misma debe contener para ser conceptuada como tal, es decir, lo que el profesor alemán llamaba “el mínimo irreductible” de una auténtica Constitución.

¿Cuál es ese mínimo irreductible? Pues, lo primero, la diferenciación entre las diversas tareas del Estado y la asignación a los diferentes órganos estatales. En segundo lugar, el mecanismo que establezca la cooperación entre los distintos detentadores del poder, es decir, el “sistema de frenos y contrapesos”; en tercer lugar, los mecanismos para evitar los bloqueos entre los diferentes detentadores del poder y, en cuarto lugar, un método para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes situaciones políticas y sociales, es decir, un método racional de reforma constitucional, para evitar el recurso a la ilegalidad.

Finalmente, la ley fundamental debe contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual, los que llamamos los derechos individuales y las libertades fundamentales, y su protección frente a cualesquiera que pueda vulnerar las mismas.



Me permito volver a una reflexión que hiciera el profesor González Trevijano, que es la tendencia de las constituciones contemporáneas, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, a ampliar, a engordar, a “cebar” el contenido de la Constitución, fundamentalmente con la idea de “colgar” de la Constitución, como cuando se cuelga de una percha, colgar de la Constitución cada vez más contenido.

¿Por qué? Pues porque, como ha expresado el profesor Trevijano, la Constitución es un elemento de confiabilidad, de unidad; la Constitución representa esa confiabilidad de la que todos queremos “colgar” nuestro particular elemento que queramos preservar de cualquier alteración, o cualquier vulneración, durante el proceso de aplicación.

Las constituciones, por tanto, se convierten, en el mundo contemporáneo, en “constituciones río”, constituciones que llegan a un grado de detalles, que es lo que muchos llaman el “miniaturismo constitucional”, porque se piensa que de esa manera están protegidos —protegidas— esas instituciones o el elemento que sea. Lo cierto es que el “miniaturismo constitucional” no ha conseguido una mejor protección de esos contenidos que se llevan a la Constitución; luego, el detallismo no ha sido una decisión afortunada, desde este punto de vista.

Loewenstein define tres clases de constituciones desde una dimensión ontológica: la Constitución normativa, la Constitución nominal y la Constitución semántica. La Constitución normativa, según Loewenstein, es aquella que está integrada en la sociedad, de forma que la comunidad nacional y la comunidad Constitución hacen una simbiosis. Las normas de la Constitución son las que rigen, las que norman el proceso político. El proceso de poder se adapta a lo que dice la Constitución.

En la segunda, la Constitución nominal, no hay una real concordancia entre las dos realidades: la realidad del proceso del poder y de las normas constitucionales, pero sí hay una aspiración, es decir, es un elemento de transición para alcanzar la Constitución normativa. Desde luego, esta Constitución nominal es una Constitución de los procesos de transición hacia la normatividad. Nunca es un punto de llegada, sino un punto intermedio, como el “purgatorio constitucional”. Hay que pasar por el nominalismo para llegar a la normatividad.

Finalmente, la Constitución semántica es absolutamente despreciable, porque lo único que tiene es el nombre de Constitución. Es una norma a la que se llama de esa manera, pero que en realidad, es un instrumento



del detentador del poder para actuar en su propio beneficio, y en algún país cercano al que estamos aquí, continental, no insular, tenemos algún ejemplo. No vamos a citar el nombre.

Después de Loewenstein, quiero mencionar al constitucionalista español más importante, el profesor García Pelayo, quien vivió durante años exiliado en Venezuela y que escribió probablemente la obra más importante del Tribunal Constitucional español, que se llama “Derecho constitucional comparado”. Él, en las primeras páginas, explica el origen, la formación y la definición del derecho constitucional.

Dice que “el derecho constitucional es la ordenación de las competencias supremas del Estado”, aunque es verdad que el derecho constitucional no se agota en ellas; es, en definitiva, la Constitución, el orden jurídico fundamental de una comunidad, si bien —añade— no en todo tiempo y lugar ha existido la Constitución como norma efectiva del Estado. Cuando ha cobrado existencia autónoma fue en el siglo 19, vinculada a una organización política que empezamos a llamar Estado de derecho, y que hoy llamamos Estado democrático de derecho.

El doctor García Pelayo distingue tres conceptos de Constitución: el concepto racional normativo, el concepto histórico tradicional y el concepto sociológico. Nos interesa solo el primero.

El concepto racional normativo es el que ha tenido verdadera importancia para formar la ciencia del derecho constitucional. En virtud de este concepto racional normativo, se define la Constitución como el complejo normativo establecido de una sola vez y en el que, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado, se regulan los órganos, sus ámbitos de competencia, las relaciones entre ellos y, por supuesto, el catálogo, el decálogo de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, que es para lo que se constituye el Estado, para la defensa del individuo y no para la defensa de sí mismo.

La Constitución es, entonces, un sistema de normas que tiene una posición especial, lo que llamamos “la superlegalidad constitucional”, y un contenido determinado que inventaron los franceses cuando produjeron esa “fórmula mágica” del artículo 16 de la separación o limitación de poderes y la garantía de los derechos.

Este concepto nacional normativo, o concepto normativo solo, de que habla Loewenstein, es el concepto auténtico, primigenio, de Constitución, o si se quiere, es el único concepto admisible de Constitución.



Hasta hace decenios pudo haber sido una cuestión discutida, debatida, pero a mi juicio, hoy no tiene lugar a ninguna discusión. Eso de que hablábamos, de la “polivalencia constitucional” simplemente se evanece, o es evanescente, por la cuestión de este concepto. Repito: esta discusión ha perdido intensidad y, por tanto, sentido, porque es el único concepto admisible, pues no cabe admitir ninguna disposición que se autoproclame Constitución, que no sea un instrumento con ese contenido, que permita la limitación del poder mediante la separación de los poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Pero ahora, hagamos algo de historia. Desde el punto de vista etimológico, Constitución procede del latín *constitutio*, es decir, la acción o efecto de constituir que, a su vez, viene del término latín *constituere*, que significa establecer, formar o componer.

La idea de la Constitución, en ese sentido, es de establecimiento, de formación, de institucionalización; la encontramos también en el mundo clásico. Por ejemplo, la encontramos en la antigua Grecia. Las *politeia*, las constituciones de las que hablaba Aristóteles, eran comunes en el mundo griego.

Aristóteles trataba este tema como Teofrasto, que realizó un compendio de constituciones de un conjunto de pueblos griegos. Pero de todos esos compendios de constituciones de las ciudades-Estado que conformaban el mundo griego, solamente nos ha llegado la de los atenienses, que es un elemento configurador de *la polis*, como un elemento de ordenación de la *polis*, del Estado, de las magistraturas que componían el Estado, con una cierta pretensión –esto es importante, también– de permanencia, de continuidad, incluso de inmutabilidad. Es la expresión, en suma, de la forma de ser o vivir de *la polis*, el *ethos* de un pueblo.

En Roma, siguiendo a James Brice, debemos entender por Constitución –dice este autor– el conjunto de precedentes, de dictámenes, de juristas, estadistas, usos, costumbres, en definitiva, el modo de ser, de organizarse, de un pueblo, en este caso no el ateniense, sino el romano.

En la Edad Media se producen dos hechos que destacan en esta materia. Por un lado, encontramos en algunos países o “pre-estados”, mejor dicho, lo que conocemos más, lo que hoy es el Reino Unido, o en España, un conjunto de bulas, de “fueros”, en los que se reconoce una serie de derechos, no de todas las sociedades, sino de una parte de la sociedad; derechos que el Estado –o el rey, mejor dicho– que encarna el Estado, debe



garantizar, entendiendo que esos derechos que se reconocen en la Carta Magna o en el fuero de León, son derechos anteriores al propio Estado.

Claro, esta idea, que subrayamos por lo que va a venir después, es la que expresaba el naturalismo, que partía de esos derechos superiores, de esos derechos irrefutables en el tiempo, que debían ser salvaguardados por el Estado, y como dice García Rentería: No podemos olvidar que el Constitucionalismo –que va aparecer después– es tributario del pensamiento iusnaturalista, en la medida en que nos llega esa idea de los derechos pre-existentes innatos, o pre-estatales.

La segunda idea medieval en la Edad Media toma forma existencial en el concepto de ley fundamental, como término sinónimo al de leyes del reino, para distinguirlos de las leyes del rey. Esta es la expresión que utilizaban los publicistas franceses en los siglos 14 y 15, para referirse a la ordenación misma del reino y estaban sustraídas al poder de disposición del rey, es decir, el rey tenía la potestad de cambiar la ley, pero no podía cambiar las leyes del reino, porque estaban sustraídas de su poder de disposición incluso algunos autores dicen que ese concepto es el inspirador del concepto moderno de Constitución.

Hay que esperar hasta desarrollar el pensamiento, o la ideología liberal, para encontrar el concepto de Constitución tal como hoy lo entendemos. Este movimiento y sus correlativas revoluciones, la inglesa, la norteamericana y la francesa, es lo que nos conduce al concepto moderno de Constitución y, por tanto, de derecho constitucional.

La génesis o gestación de este movimiento se produce en Inglaterra; el establecimiento, o la afirmación, se produce en los Estados Unidos de América y la difusión al resto de los países, que cumple la función pedagógica, es la Revolución francesa.

El Constitución francesa se basa, como hemos repetido, en los derechos fundamentales, la limitación del poder, el principio de legalidad ligada al anterior y esos tres principios: limitación del poder, garantía de legalidad, garantías del derecho, tienen su legalidad, su basamento, en el principio de soberanía nacional, es decir, este sujeto abstracto, genérico, indefinible, que muchas veces es incontable, que es la nación, se convierte en el propietario, el dueño del poder, en sustitución del poder del monarca.

Y es ese soberano que quiere formalizar su soberanía, su poder, a través de un ente, un instrumento, que se llama Constitución. No puede



depender de la viabilidad del carácter de un monarca o de otras razones, sino que se sujete la acción del Estado a ese instrumento normativo.

No obstante, llegados a ese punto, debemos diferenciar un poquito los conceptos de Constitución de los dos lados del Atlántico. Una, como lo ha dicho el profesor Pedro Trevijano, que en los Estados Unidos de América, la Constitución norteamericana, como lo dice el propio Monroe, quizás sea la Constitución más pequeña de la historia. Son cinco páginas, que se leen en apenas cinco minutos, pero para leer la Constitución mexicana, por ejemplo, probablemente nos haría falta un día entero, por la minuciosidad que tiene; o la colombiana, o tantas otras.

Los americanos plasman ese concepto de “Supreme Law of the Land” en el propio texto, y esta idea se justifica en el propio preámbulo de la Constitución norteamericana, porque en ella se declara el derecho supremo a la tierra. Dice: esta Constitución es obra del pueblo de Estados Unidos y nos la hemos dado nosotros, que somos el pueblo, queremos que esta Constitución sea la soberana, la que rija nuestra vida. “*Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América*”.

Si es nula la Constitución, lo que se deriva es que es nulo cualquier acto, cualquier disposición contraria a la Constitución. La sentencia de *Marbury vs. Madison* es puramente coherente con ese concepto que acabo de resumir. Se supera, por tanto, la doctrina suprema inglesa de la soberanía del parlamento, que dice que el Parlamento inglés lo puede hacer todo, hasta convertir un hombre en mujer; se supera la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento y la gran aportación de la norteamericana es plasmar en la Constitución escrita esa condición de parámetro normativo superior que decide sobre la validez de las leyes del Parlamento y sobre la validez de cualquier acto que pueda contravenir la misma.

Aquí vuelvo al *ius naturalismo*. Esta concepción tiene en su antecedente la transformación que John Locke efectúa del propio *ius naturale*, del derecho natural, del entendimiento de los derechos del hombre como derechos superiores a las leyes positivas, que solo serán válidas si no contravienen esos derechos naturales.



Además de lo que ha dicho el profesor González Trevijano, del enfrentamiento entre los que mandaban principalmente en Estados Unidos, hay otros datos que ofrece Bernard Schwartz, quien dice que antes de 1803, en algunos tribunales de los Estados Unidos los jueces habían ya tomado la decisión de declarar la inconstitucionalidad de una serie de actos, por contravenir la Constitución. Según dice, Marshall no hace sino extender al plano federal una doctrina que se había consolidado por los tribunales inferiores.

En todo caso, desde su nacimiento, el constitucionalismo norteamericano cuenta con una justicia constitucional encargada de que las leyes no vulneren la supremacía de la Constitución, defendida y tutelada por el tercer poder (50 años antes de la sentencia, un señor al que ha citado el profesor González Trevijano, en Burdeos, decía que los jueces eran la “boca muda”, que pronuncia las palabras de la ley, o sea que eran meros títeres, sino además decía que el Poder Judicial desde alguna manera nulo, pues 50 años después en Estados Unidos no decían que era nulo, sino que podía hacer todo esto que podía hacer, es decir, expulsar del ordenamiento actos o normas contrarias a la Constitución.

En el continente europeo, la situación fue bastante distinta, fruto de la evolución propia del continente, como consecuencias de los “avatares históricos”, que condujeron a conformar unos órganos por excelencia como representantes de la nueva soberanía nacional. Ese órgano era el Parlamento, en el que estaba residenciada la soberanía nacional, y cuya obra magna era esa ley, expresión de la voluntad popular en el sentido “rousseauiano”, con lo que en Francia y los países de la Revolución francesa se produce una mayor confianza en la obra del Parlamento, en la ley que iba a regenerar las instituciones, y lo que va a generar ese nuevo Estado para separarse del antiguo régimen, que en la propia Constitución.

Al producirse mayor confianza en la ley que en la Constitución, no llega a afianzarse en Europa la idea de que esa Constitución era efectivamente una norma jurídica que debía prevalecer sobre cualquier otra contraria a la misma. El resultado en Europa es que el lugar supremo, la posición suprema en la práctica está en la ley, más que en la Constitución. Repito, es la ley en que se confía, y no en la Constitución. Y habrá que esperar prácticamente más de un siglo para que en el período comprendido entre las dos guerras mundiales se produzca la configuración de la Constitución como auténtica norma jurídica.



Esta idea de la no normatividad de la Constitución en Europa es explicada por otros autores, como el profesor García Rentería, desde otro punto de vista. Es verdad que después de la Revolución francesa, después de la declaración, la francesa de 1391, tanto como la española de 1793 y también la dominicana de 1812, se adaptan perfectamente a los parámetros antes definidos. Pero una vez que se produce —tras la caída de Napoleón, tras la vuelta al poder en España del “Rey Felón”, Fernando VII, como los dos ejemplos más importantes de ese entonces— se producen sendos ataques a ese concepto de Constitución que había triunfado al principio.

El primer ataque, desde una posición conservadora, vino de la monarquía restaurada en el poder; por ejemplo, el propio Fernando VII dicta una carta que se llama “Carta otorgada” o “Carta conseguida”, que no es obra de la soberanía nacional o de la limitación del poder sino fruto de su propia voluntad para garantizarse el dominio del poder.

Un segundo ataque, también desde una posición conservadora, es el que representa el liberalismo doctrinario, que vuelve a recordar un pacto medieval entre el rey y el pueblo, de forma que entiende que la soberanía es conjunta entre el pueblo y el rey, entre las cortes y el rey. Claro, esa soberanía conjunta corte-rey es una “filfa”, una falsedad, porque no se puede compartir la soberanía de esa manera.

Pero, en realidad, la soberanía conjunta rey-pueblo esconde la vuelta a la soberanía del rey, con unas pequeñas correcciones, con limitaciones en el poder. Lo cierto es que en la Europa del siglo XIX, la falta de ese concepto normativo de la ley de la Constitución provocó la aparición de una diferenciación entre el concepto de Constitución en sentido formal y en sentido material, concepto que se estableció a fines del siglo XIX en la doctrina alemana.

Aunque son frecuentes otras referencias para distinguir el concepto formal y material, lo cierto es que la expresión “Constitución en sentido formal”, alude a la Constitución escrita, al texto que se diferencia del resto de las leyes por su nombre y, en su caso, por quien la aprueba, y quien es el sujeto capaz o habilitado para su reforma.

Por el contrario, la Constitución en sentido material no se centra en las cuestiones formales de procedimiento, en el rango y en los sujetos que la pueden reformar, sino que atañen a las normas que contemplan el contenido que regula la Constitución, es decir, sus funciones, contenido, organización del Estado, facultades de sus órganos, relaciones, etcétera.



No debe confundirse lo que es la Constitución en sentido material, que acabamos de expresar, referida no a la jerarquía, sino al contenido, con el concepto de Mortati, de “Constitución material”, que se aproxima más al concepto sociológico de Constitución.

El concepto material de Constitución es más complejo, y también más equívoco que el concepto formal de Constitución. Esta reflexión nos permite recuperar nuestro “hilo histórico”. No son pocos los defensores de la Constitución en sentido material, en la última parte del siglo XIX. Quizás el más relevante es Ferdinand Lassalle, precursor desde la izquierda hegeliana, de reducir la norma constitucional formal a la estructura real del poder que subyace. En el conocido discurso en Berlín, en 1832, Lassalle dice que la Constitución escrita, la Constitución en sentido formal, es una “mera hoja de papel”. A Lassalle y el pensamiento marxista se les atribuye la defensa de ese concepto sociológico de Constitución, que considera a esta como un aspecto del ser real de la sociedad prescindiendo del deber ser, que lo propio de un texto normativo.

Dice que, por tanto, lo importante es la Constitución real del poder, los factores reales del poder, la forma; la Constitución escrita nos da igual. Estos ataques desde la posición conservadora, las cartas otorgadas, el pacto medieval del pueblo, y desde la izquierda, que combaten al concepto originario de Constitución al que definimos tras las tres revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, fueron decisivos para la Europa Continental, porque se perdió el concepto originario.

Dejó de ser una norma con una posición especial y un contenido determinado para convertirse en una pieza lógica, sistemática, del ordenamiento, despojada de cualquier referencia valorativa. Es un concepto utilitario, es como alguien dice, “la Constitución queda relegada a una especie de guía telefónica”, que nos da igual de lo que hable y nos da igual los valores que contenga; es un instrumento útil para formar la coherencia del ordenamiento jurídico.

Es Hans Kelsen, este señor que conserva su estatua en la universidad de Viena (aunque tuvo que salir de Viena cuando llegó al poder un hombre con bigote), que es un gran maestro, dice —prescindiendo de tantas vaguedades que se habían dicho— que si yo creo un ordenamiento que culmina en un vértice que está en la posición primigenia del ordenamiento, tengo necesidad de proteger esa norma, no puedo dejar que se desconstitucionalice, que pierda sentido: debo garantizarla.



Él tiene una influencia decisiva en los políticos —siempre me ha parecido sorprendente que hicieran caso a un jurista— y la Constitución austriaca de 1920 incorpora sus matices, incorpora su modelo, opuesto al sistema norteamericano, que en lugar de ser de justicia constitucional difusa, es de justicia constitucional concentrada en un solo órgano, el Tribunal Constitucional, que da coherencia y cierra el modelo de defensa de la Constitución. Más o menos, lo que viene a decir que el derecho no constitucional se legitima por su armonía con el derecho constitucional; el derecho basado se funda en el derecho básico; el derecho fundamentado se funda en el derecho fundamental. La norma constitucional es el parámetro normativo superior, que sirve para medir todo el ordenamiento jurídico.

La normatividad de la Constitución formal es consecuencia, por tanto, de que contiene no declaraciones programáticas, no deseos (la Constitución no es una novela, ni de aventura, ni policiaca), son normas, disposiciones, y las normas son imperativas, prescriptivas, obligatorias para todos los destinatarios.

La Constitución es derecho, como lo es la Ley de Reglamentos Urbanos, como lo es la Ley de Contratos del Sector Público; es derecho, pero derecho supremo, y sus reglas, todas sus reglas, deben ser aplicables por todos sus servidores, administradores, jueces, gobernantes y gobernados.

Si es la “norma de las normas”, no puede ser mero programa, no puede ser una declaración programática idealista, sino que su superlegalidad formal y material se ha de traducir en la exacta regulatoriedad, y obligatoriedad para todos y por tanto, en el deber de obediencia, no solo de acatamiento, de obediencia y de seguimiento. No es un papel, no es un documento, no es un ideal metafísico, contiene todos los principios, el derecho del Estado; compendia todo el derecho del Estado.

Nada existe ni puede existir al margen de la Constitución. Ningún acto del Estado, ninguna norma del Estado puede aplicarse e interpretarse al margen de la Constitución, porque ella misma crea el derecho. Es la decisión del poder constituyente del Soberano, que se dota de esa norma fundamental que tiene una innata vocación de continuidad y permanencia de regir, real y efectivamente, la vida del país y no ser un puro adorno, un elemento más del “escaparate”.

Hago un paréntesis, precisamente porque contiene el sistema de valores, como también ha dicho el profesor González Trevijano, porque contiene un compromiso de una sociedad, porque contiene un sistema de



valores esenciales de la convivencia política, es una norma cualitativamente distinta de las demás. Agotado el acto constituyente dictado por el poder constituyente, el acto, que es la Constitución, la legitimidad democrática del régimen constitucional que ha creado, exige afirmar la supremacía de la Constitución porque —aquí cito al profesor Pedro de Vega— “La soberanía política se convierte, a través de la Constitución, en soberanía jurídica. El soberano político, que es la nación, hace de la Constitución su norma soberana que ha de afirmar”.

Esa soberanía jurídica, que también se puede llamar “super-legalidad”, está jurídicamente legalizada, incluso frente a las normas de producción parlamentaria, normas emanadas del Parlamento, como representante de la soberanía nacional. Esa es la gran innovación que le ocurrió al constitucionalismo norteamericano frente a la tradición inglesa y es la que también recoge el modelo kelseniano.

Así pues, la justicia constitucional es imprescindible corolario de la supremacía de la Constitución y también —citando a George Birdo— es el medio de garantizar la idea de derecho.

La idea de derecho se contiene en la Constitución; la Constitución contiene la idea de derecho, que es —por tanto— el “deber ser del Estado”. El ser y el “deber ser” del Estado de lo que parte y el deber ser. El deber ser del Estado debe ser democrático y de derecho. Por tanto, la única fuente racional de legitimación del poder es la Constitución, y si es así, la garantía de supremacía es el imprescindible corolario.

¿Quiénes forman la justicia constitucional? En el modelo norteamericano de control difuso, todos los jueces integran la justicia constitucional, todos están habilitados para inaplicar, al caso, cualquier acto contrario a la Constitución; la coherencia del sistema se establece a través del Tribunal Supremo como lo es, en última instancia, el Tribunal Supremo, para determinar de forma autorizada el sentido preciso de la Constitución.

Aunque el modelo austriaco-kelseniano tardío, como sabemos, crea un órgano especializado, el Tribunal Constitucional, ello no comporta que los jueces y tribunales que conforman el poder judicial no sean también órgano de la justicia constitucional.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional, como en República Dominicana, tiene atribuido el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, es decir, es el único órgano que puede corregir el Poder Legislativo,



el único habilitado para hacerlo al margen, incluso, de un supuesto de hecho, en un puro control abstracto de constitucionalidad.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional creo que tampoco en República Dominicana es el único juez constitucional. Todos los jueces y tribunales que integran la jurisdicción ordinaria son también jueces constitucionales. La supremacía de la Constitución es judicialmente garantizada por el Tribunal Constitucional y por todos los jueces de los tribunales, jueces unipersonales, órganos colegiados judiciales, aunque estos últimos tienen vedado el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, no así de las normas derivadas de las leyes, reglamentos, instrucciones, órdenes, etc. Si, como decía García Enterría, los jueces que integran el Poder Judicial son órganos de derecho, son órganos del derecho en cuanto directamente vinculado y el servicio del derecho, a la realización del derecho, lo son también necesariamente de la Constitución, porque es la que está en la cúspide del derecho.

La relación del juez con la Constitución, como el resto del ordenamiento, es la acción de obediencia y subordinación, obediencia pensante. No es una pura labor de meter el caso en una “máquina de Coca-Cola” y sacar la solución. La obediencia es una obediencia pensante, en la medida que obliga a tener en cuenta el conjunto de elementos interpretativos para llegar a la consecuencia.

Pues bien, los jueces, como poder público del Estado, están sujetos a la Constitución, y esta sujeción no es un puro sometimiento pasivo, sino que están llamados a asegurarla, a garantizar su cumplimiento.

Si me permiten, para terminar, citar dos artículos que no están en la Constitución española, sino que están en una ley de desarrollo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, la ley que regula el funcionamiento del Poder Judicial, dice el primero, el artículo 5: “*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico que vincula o todos los jueces y tribunales del criterio del Poder Judicial quienes interpretarán y aplicarán las leyes los reglamentos, según la Constitución, conforme a la interpretación que de la misma se haga por el Tribunal Constitucional en todas sus resoluciones respecto de cualquiera tipo de proceso*”.

Este precepto proclama formalmente la sujeción del juez a la Constitución, que le obliga a la aplicabilidad directa de la misma: convierte –repito– al juez ordinario, en juez constitucional. Pero no puede aplicar el juez ordinario la Constitución como quiera, sino que tiene que interpretarla según los criterios que se contienen en las sentencias dictadas por



el Tribunal Constitucional, porque el Tribunal Constitucional, la Corte Constitucional, es el intérprete supremo de la Constitución.

¿Qué quiere decir intérprete supremo? A mi juicio, quiere decir tres cosas: primero, el que hace la interpretación auténtica, es decir, que fija, el tribunal, el alcance del sentido propio de los preceptos constitucionales. Preceptos que no podemos analizar aisladamente, sino que tenemos que analizarlos en un común, teniendo en cuenta que la Constitución es un todo, es una casa, en la que cada precepto cobra sentido en función de los demás.

En segundo lugar, como intérprete supremo, su interpretación se impone a todos los poderes públicos. Si la Constitución es el centro gravitatorio, el sistema de gravedad, el motor de combustión del Estado constitucional, la interpretación que dicta al Estado supremo, vincula a todos, a todos obliga.

Y, finalmente, es el intérprete supremo, pero no es el único, pues como hemos dicho, todos los jueces de los tribunales constitucionales que integran el poder Judicial, también son intérpretes de la Constitución, al juzgar y hacer ejecutar. Al decir el derecho en cada caso concreto, han de aplicar también la Constitución de acuerdo con el criterio fijado por el Tribunal Constitucional.

Dos preceptos finales. Dice el apartado 2 de este artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “si un órgano judicial, sea unipersonal o colegiado, considera en algún proceso que una norma con rango de ley aplicado al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, habrá de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional”, esto es, la llamada “Cuestión de inconstitucionalidad”, que está inspirada en el modelo de la Reforma Austriaca de 1929 y en el modelo norteamericano.

Esto significa que el Tribunal Constitucional tiene el monopolio, como ya hemos dicho, del control de la constitucionalidad de las leyes, y que solo al mismo le corresponde expulsar alguna ley del ordenamiento; esto no lo comparte con ningún tribunal. Le está reservado en exclusiva. Eso no significa que los jueces ordinarios se vean obligados a aplicar leyes inconstitucionales, en el caso de que ninguno de los órganos legitimados para recurrirlas, las haya recurrido.

Entonces, se otorga a los jueces que integran el Poder Judicial la posibilidad, mediante un juicio de relevancia constitucional, someter al



tribunal la cuestión para que el tribunal dilucide si es o no constitucional ese precepto. Por tanto, es un medio complementario del recurso de inconstitucionalidad, un instrumento del que disponen los jueces para conciliar su doble obligación de actuar acorde con la Constitución y con la ley.

Este medio complementario del recurso de constitucionalidad se ha manifestado en la práctica como de enorme utilidad, porque los órganos legitimados para el recurso de inconstitucionalidad, los órganos generales, el gobierno, las cámaras —a través de los grupos parlamentarios—, el defensor del pueblo, en muchas ocasiones, por otras razones que no vienen al caso, dejan que subsistan leyes inconstitucionales.

Cuando se aplican al caso, los jueces no pueden verse en la tesitura de aplicar lo que creen que es inconstitucional. Por tanto, es un mecanismo complementario del recurso y una válvula de escape de una enorme utilidad.

El principio de constitucionalidad, así entendido, supone el sometimiento de todos a la Constitución. Ese es el dogma fundamental de nuestro Estado de derecho, la garantía egregia de la seguridad jurídica que ambicionamos.

Obviamente, este principio tiene una particular relevancia para todos los jueces y tribunales y para el Tribunal Constitucional, porque son los agentes ordinarios de la realización del derecho los que lo hacen real, efectivo.

Quiero hacer una doble reflexión: al hacer real y efectivo el derecho, y por tanto, también la Constitución, los jueces se convierten en actores fundamentales para activar el sentimiento constitucional, es decir, el sentimiento de pertenencia a la Constitución, de lealtad a la Constitución; hacen que la Constitución sea sentida en los ciudadanos, al ver los ciudadanos que la hacen realidad, que no la convierten en mero símbolo, sino que la hacen efectiva.

¿Y por qué es necesaria —sobre todo, lo digo para los jóvenes— la defensa de la Constitución? Puede que piensen algunos que esta cuestión es un poco de viejos, o de trastornados. ¿Por qué es tan importante la defensa de la Constitución? ¿Por qué la convertimos en función fundamental del Estado?

Rudolf Von Ihering escribe un libro titulado “La lucha por el derecho”. Yo entiendo que la lucha por el derecho es, sobre todo, la lucha por la supremacía del derecho, por la supremacía de la Constitución. Y



la Constitución es, primero, la expresión de la razón de un pueblo, con matices en cada pueblo, aunque hay muchos elementos comunes; segundo, es la garantía de nuestra condición de ciudadanos libres e iguales, y tercero, es la garantía frente al abuso y la arbitrariedad del poder. Por eso es tan importante la defensa de la Constitución. La Constitución es algo que nos une en nuestra condición de ciudadanos, que nos hace patriotas constitucionales.

Este es hoy el sentido que tiene la defensa de la Constitución, y esto es lo que para los españoles, en un momento en que hay un grupo político que pretende simplemente partir en dos la Constitución, separarse arbitrariamente de la Constitución, obviarla, quitarla, tirar a la basura la Constitución, es enormemente relevante. No podemos olvidar que es la garantía de esas dos cosas que he dicho: de la razón de nuestra libertad, y de la lucha contra la arbitrariedad.

Muchas gracias.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO Y JURISDICCIÓN.
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.
LA EXPERIENCIA DOMINICANA

Magistrado Lino Vásquez Samuel,
segundo sustituto del presidente del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana



Magistrado Lino Vásquez Samuel

Licenciado en Derecho por las universidades Central de Estudios Profesionales y O & M, y en Educación, por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), mención Ciencias Sociales. Realizó estudios doctorales en Sociedad Democrática, Estado y Derecho en la Universidad del país Vasco. Magister y especialista en varias ramas del Derecho, donde se destacan: Derecho Procesal Penal, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Catedrático, a nivel de posgrado, en varias universidades dominicanas. Ha sido consultor de organismos internacionales e instituciones públicas y privadas; coordinador del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (CARMJ) y vicepresidente ejecutivo de la Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ). Actualmente, es juez del Tribunal Constitucional dominicano. Ha participado en varias obras colectivas, entre ellas, “*Neoconstitucionalismo y Estado Democrático de Derecho*”, y fue fundador y director de la Revista Especializada *Reforma Judicial*.

I. Constitucionalización del Derecho

La constitucionalización del derecho se concibe como el fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país, y por tanto, el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país¹.

En otras palabras, esto quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución”, y es que a partir del siglo XX las cosas cambiaron porque el orden jurídico ya no consiste en el acatamiento ciego de la ley, sino que su eje central lo constituye la Carta fundamental².

Podríamos afirmar que se trata de un proceso en el que el sistema jurídico termina permeado por las normas constitucionales; en palabras de GUASTINI, la “Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”³.

1 CASTAÑEDA INFANTE, Paula Estefanía, *La constitucionalización del derecho en la sociedad capitalista*, Revista Derecho y Realidad Núm. 16, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, Colombia, 2014, p. 71.

2 ARRIETA FLORES, VICENTE DE JESÚS. La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia, página 65. La constitucionalización del derecho, o neoconstitucionalismo, como suelen llamarlo algunos tratadistas, se ubica en Europa. En primer lugar, lo constituye la ley fundamental de Bonn (Constitución de Alemania de 1949), y en especial el surgimiento del Tribunal Constitucional federal en 1951; en segundo lugar, la Constitución Política italiana de 1947 y la creación de la Corte Constitucional en 1956; en tercer lugar, la creación de la corte constitucional en Portugal (1982); en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional español del año 1978 y en quinto lugar, la Constitución Política de Bélgica en el año 1984 que dieron un paso fundamental al dotar a sus constituciones de fuerza vinculante, de obligatoria observancia, con plena eficacia y de cumplimiento forzoso.

3 Citado por CARBONELL, MIGUEL Y SÁNCHEZ GIL, RUBÉN. *Qué es la constitucionalización del Derecho*, página 2.



Como bien apunta la doctrina, el rasgo fundamental de este acontecimiento tiene su origen a partir de que la Constitución pasó de ser un documento político a un documento eminentemente jurídico. Por consiguiente, resulta ser un tema de interés universal: la doctrina es prolija; y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales se ha encargado de enriquecerla. Esta es justamente la razón de este congreso, y es lo que está ocurriendo en todas las sentencias que en cualquier materia dictan los tribunales en la República Dominicana.

A partir de esta premisa, la diferencia entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo está consiste en que en este último, si algún carácter normativo se le atribuye, sería una mera declaración de restricciones a la actuación del Estado, y funge como un *orden marco* que solo es operativo cuando se transgrede los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y el primero, en cambio, resulta ser un *orden constitucional* que no solo impone abstenciones al Estado y a las personas privadas, sino que implica la realización de determinadas acciones de concretización de los derechos de las personas. Así que la constitucionalización no puede explicarse solo por la supremacía de la Constitución, sino a partir de otras razones, como veremos en lo adelante.

Al decir de GUASTINI, varios elementos caracterizan este proceso, como son:

1) *Fuerza vinculante de la Constitución*. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo todas las disposiciones de la Constitución. Aunque esto dependerá, en muchas ocasiones, de la forma en que estén redactadas, de los contenidos interpretativos que le haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos; pero de lo que no puede quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas aplicables y vinculantes⁴.

2) *Sobreinterpretación constitucional*. Esta modalidad consiste en otorgar a un texto un significado ulterior al que originalmente previera su autor, superando la lectura meramente literal y adoptando una calidad extensiva. Consiste en extraer, a partir de la interpretación del texto constitucio-

⁴ Aquí es oportuno resaltar –como en su momento lo hizo el Tribunal Constitucional español– las llamadas “normas programáticas”, como las referidas a los derechos sociales, que tradicionalmente se vieron como simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos, a las que hoy se le reconoce al menos un “contenido mínimo” (STS 15/1981, F. J. 8).

nal, diversas normas implícitas, a través de las cuales es posible regular cualquier aspecto de la vida social y política, condicionando –de forma incisiva– gran parte del contenido del ordenamiento jurídico. Por ello, cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos o indiferentes al derecho constitucional⁵.

Desde esta perspectiva, una norma puede relacionarse en mayor o menor medida con la Carta Fundamental, según la satisfacción axiológica constitucional, aunque esta no la haya previsto para el caso concreto. Esto supone, de alguna manera, establecer la relación que guardan las normas ordinarias con las fundamentales, y *desentrañarlas*, dándole nuevas perspectivas al significado del texto constitucional, pues la configuración de las normas no puede ser indiferente a la *axiología* del texto constitucional en su rol de impactar todos los ámbitos del derecho (efecto de irradiación); y en sentido contrario, la operación jurídica ordinaria debe indagar y descubrir las líneas maestras de la Constitución.

3) *Aplicación directa de las normas constitucionales*. Ello implica dos elementos esenciales: a) el entendimiento de que la Constitución también rige a las relaciones entre particulares u órganos públicos; y b) que todos los operadores jurídicos, en particular los jueces, pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

4) *Interpretación conforme de las leyes y (otros instrumentos jurídicos)*. La “interpretación conforme” se da cuando un operador jurídico, al tener la oportunidad de aplicar a un caso concreto la interpretación X de una ley –u otro integrante ordinario del sistema jurídico– o la interpretación Y, opta por la que sea más favorable para cumplir de

5 Ibidem, p. 2. El concepto de sobreinterpretación constitucional deriva de la *teoría axiológica* de la Carta Fundamental, al imponer el cumplimiento de determinados fines, convirtiendo dichos objetivos en valores que califican la licitud de los elementos del ordenamiento, esto es, en la medida en que la conducta avalada por una norma ordinaria del ordenamiento jurídico los satisfaga, determinaría su validez; y según los valores constitucionales y el grado con el que los complementa, una elaboración jurídica (legislativa, administrativa o judicial) sería preferible a otras. Y es que la Constitución y los derechos fundamentales –como afirmara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán– se erigen en un “orden axiológico objetivo” que vale como “*decisión fundamental para todos los ámbitos del derecho... que reciben de él líneas directrices e impulso*” (caso Luth BVerfGE 7, 198 [205], sentencia que hace más de 50 años fundó la línea jurisprudencial de esta teoría).



la manera más completa con algún mandato constitucional. Desde luego, esta modalidad hermenéutica también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional y otra que no lo hace, el operador deberá preferir esta de forma ineludible, sin que sea posible que escoja la otra.

5) *Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Entre la pluralidad de elementos que determina este proceso se puede citar: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos constitucionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en una época se ha llamado la “*political question*”, sino que todos los espacios del quehacer político del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender su propuesta de gobierno.

II. Constitucionalización del Derecho en República Dominicana

Aunque tardíamente, República Dominicana no ha sido ajena al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. Fue en la Constitución de 2010 cuando este fenómeno dejó atrás el viejo esquema de una Constitución Política, y a partir de la cual se introducen nuevos esquemas caracterizados por valores y principios que permean y regulan la vida institucional de la Nación.

Para hablar en términos generales de la constitucionalización del derecho, conviene delimitar ciertos presupuestos a sus áreas de influencia, es así, que en el campo jurisdiccional, vale decir *poder jurisdiccional*—como sostiene el doctor Milton Ray Guevara—, la Constitución irradia todo el ordenamiento, en tanto todos los hacedores de derecho deben y están obligados a delimitar sus actuaciones a la Constitución material; este proceso creciente tiene como principal protagonista el Tribunal Constitucional, porque su sintonía y armonización para la materialización del derecho deviene de un mandato superior previsto en el artículo 184 constitucional que dispone: “*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...”.

Por otra parte, se constitucionaliza el derecho en el ámbito académico o vía práctica cuando el proceso tiene como vehículo la enseñanza del derecho, la forma como se estudia, los desarrollos teóricos, los congresos, seminarios, libros y artículos publicados del tema. Este y los anteriores Congresos son un ejemplo clave de este tipo o categoría de la constitucionalización del derecho, que viene dada incluso por un mandato del artículo 63, numeral 13 de la Constitución que dispone: “*Con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada, serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica*”. Ello supone que las diferentes asignaturas de análisis se ven irradiadas y permeadas en todas las materias de estudio, por consiguiente, los académicos hacen suya la fuerza vinculante de contenido material e indeterminado de máxima jerarquía de la Constitución, y en ese sentido, la misma viene a ser la carta de ruta del conocimiento⁶.

De otra parte, la constitucionalización del derecho por vía práctica es la que se da desde la perspectiva del abogado litigante, cuando sus argumentos de fondo o incidentales los sustenta en los contenidos sustanciales de la Constitución y de manera muy especial, en la dimanante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La Constitución de 2010 –instrumento fundamental para la constitucionalización del derecho en la República Dominicana– incorporó un catálogo sin precedentes de derechos. Por ello, la misma Constitución eclosionó con un conjunto de garantías a esos derechos para responder con efectividad a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen

6 SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. *La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*, 129 Vniversitas, (2014), Colombia, p. 322, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>.



a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de los mismos, frente a los sujetos obligados o deudores.

En efecto, fueron constitucionalizados un arsenal dispositivo respecto de la tutela judicial efectiva y el debido proceso (artículo 69), Habeas Data (artículo 70), Habeas Corpus (artículo 71), y para mí, el más importante instrumento de garantía fundamental para tutelar el catálogo de derechos, la acción de amparo en el artículo 72 Constitucional, para que toda persona pueda reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, 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, así como el amparo electoral para la protección de los derechos de asociaciones gremiales, profesionales o de cualquier tipo de entidad no partidaria. Preceptivamente, este procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

En fin, los elementos que caracterizan la Constitución de 2010 y que han impactado el proceso de constitucionalización del derecho, pueden sintetizarse de manera siguiente:

- a) La creación de una jurisdicción constitucional (el Tribunal Constitucional).
- b) El efecto vinculante de sus decisiones para todos los Poderes Públicos y órganos del Estado.
- c) Una nueva dimensión y ampliación de los derechos fundamentales.
- d) Consagración y ampliación de nuevas garantías para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.
- e) Una organización de los poderes públicos más equilibrada.
- f) Un mecanismo de reforma constitucional que en determinadas materias requiere de un referéndum aprobatorio.

En suma, la nueva Constitución reafirma la separación de poderes y afianza el control jurisdiccional a través de la creación del Tribunal Constitucional, manteniendo el control difuso de la constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios.

Así que, la penetración del derecho constitucional en el derecho ordinario ha sido un proceso paulatino que se ha venido produciendo

no solo a partir de la materialización del concepto de la supremacía constitucional, sino también con los desarrollos de las funciones constitucionales y con las diversas concepciones de los actores que en él participan.

No podemos concluir este aspecto de nuestra intervención sin señalar que, no obstante el relevante papel reconocido al legislador en esta tarea, la concretización del proceso de constitucionalización del sistema jurídico se debe, en gran medida, a la labor de los operadores jurídicos, pues son estos los que –cotidianamente– resuelven los casos concretos, haciendo efectivos los imperativos mandatos constitucionales en favor de los ciudadanos, aplicando directamente las disposiciones de la Ley Fundamental o bien interpretándolas conforme a ella.

IV. Relaciones entre jurisdicción constitucional y ordinaria con referencia al caso dominicano

Uno de los problemas que plantea la justicia constitucional es precisamente la aplicación directa de la Constitución, no ya como mera referencia al ordenamiento jurídico del Estado, sino como norma jurídica capaz de brindar la solución efectiva al concreto problema que se plantea.

Como bien lo describe ARAGÓN REYES⁷, “la justicia constitucional no es otra cosa que la aplicación judicial de la Constitución, y en todos los sistemas de justicia constitucional, la aplicación de la Constitución corresponde a todos los jueces y tribunales (incluso allí donde existe un tribunal especial llamado Tribunal Constitucional). El problema más importante que todo ello plantea no es otro que el de la especial situación que, por dicha aplicación constitucional, se produce en cualquier sistema jurídico que no sea del tipo americano, esto es, que no contenga un arsenal de instituciones (vinculación al <<precedente>>, *stare decisis*, *certiorari*) que allí permiten <<disciplinar>> la interpretación-aplicación de la Constitución”.

7 ARAGÓN REYES, MANUEL. *Estudios de derecho constitucional*. Edición revisada y comentada 2009, p. 248.



La cuestión a la que acabamos de aludir genera a su vez otra situación en la que los jueces ordinarios, en su labor hermenéutica, no solo están vinculados a la ley, sino también a la Constitución, y al aplicarla directamente se generan vasos comunicantes con la labor que realiza el Tribunal Constitucional.

En el caso de República Dominicana, la relación del Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria está determinada por el diseño que hemos adoptado para controlar la constitucionalidad de las normas y de los actos emanados de los órganos y los poderes públicos del Estado. Esta relación se produce, como es lógico suponer, a través de la revisión de las decisiones dictadas por los tribunales ordinarios, donde concurren ambas jurisdicciones en la solución de los conflictos de derechos fundamentales, aplicando e interpretando las normas constitucionales.

Así que la relación entre ambas jurisdicciones se desarrolla, en forma directa, a través de la materialización de la competencia del Tribunal Constitucional prevista en la Ley Orgánica que rige los procedimientos constitucionales, núm. 137-11, esto es, a través del recurso de revisión de las decisiones jurisdiccionales (art. 53) y la revisión de las decisiones dictadas por los tribunales ordinarios y jurisdicciones especializadas en materia de amparo (art. 94).

La vinculación entre una y otra jurisdicción está caracterizada por múltiples conexiones, entre estas, las que derivan de los procesos de revisión, que conocen a través de las vías recursivas, y las que derivan del resto de los procedimientos constitucionales que entran directamente a la jurisdicción constitucional. Estas conexiones se clasifican, a su vez, en tres grupos:

Primero, en cuanto al recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales (art. 53 LOTCPC), la solución de los conflictos de derechos fundamentales permite que aflore el diálogo entre ambas jurisdicciones, pues la tutela de los derechos, como se sabe, no es exclusiva del Tribunal Constitucional, sino de todos los jueces que integran el poder Judicial. Incluso, a mi juicio, la capacidad de brindar la protección de derechos fundamentales es más amplia en cuanto a los jueces ordinarios se refiere, pues en esta materia se acude a la jurisdicción constitucional solo cuando las partes consideran que sus derechos no le fueron garantizados en el ámbito jurisdiccional. El propio Tribunal Constitucional dominicano ha reconocido, en algunas de sus decisiones, la limitación de su labor en

lo que concierne a la revisión de las decisiones jurisdiccionales, entre otras, en la Sentencia TC/0006/14⁸, en la cual precisó que *“Adscribirle significado a la interpretación de la norma constituye un ejercicio que entra en la facultad de los jueces, siempre que el mismo no desborde los límites que le imponen la Constitución y la ley (...)”*⁹.

Más adelante, en la Sentencia TC/0318/17¹⁰, el Tribunal Constitucional, ha delimitado con más precisión la labor que desarrolla frente a la jurisdicción ordinaria, en la que afirmó: *“El tribunal considera, no obstante lo antes señalado, que la interpretación de las cláusulas de las obligaciones contractuales entra en aquellas facultades que se le reconoce al juzgador para apreciar situaciones que son propias de las incidencias del fondo de un proceso judicial y que, en determinadas circunstancias, pasan por el tamiz de ponderar elementos de prueba que están relacionados con las teorías que las partes desarrollan desde sus respectivas posiciones procesales. Así que, la labor del Tribunal Constitucional ha de limitarse a determinar si a consecuencia de la aplicación de esas normas jurídicas se ha vulnerado algún derecho fundamental de quien lo invoca, viéndose precisado este órgano a proveer la protección que habiendo sido solicitada al tribunal de donde emana la sentencia recurrida, no la haya adoptado (...)”*¹¹.

Por ello, sostenemos que no existe separación entre la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria, en cuanto a las respectivas labores que realizan; por el contrario, ambos órganos concurren en la responsabilidad de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque desde perspectivas distintas.

En segundo lugar, la revisión de las decisiones de amparo (art. 94 LOTCPC), desde mi punto de vista, otorga al Tribunal Constitucional unos márgenes más amplios de actuación, en la medida en que el recurso de revisión diseñado en esta materia, salvo la exigencia de especial trascendencia y relevancia constitucional, no está sujeto a requisitos de admisibilidad tan estrictos como en el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, puesto que en el primero la Ley Orgánica no delimita el alcance de sus facultades al realizar la revisión.

8 Ver párrafo 10.9, p. 28.

9 Ver literal f), p. 29.

10 Ver párrafo 10.9, p. 28.

11 Las cursivas fueron agregadas.



La cuestión que acabamos de comentar coloca al Tribunal Constitucional, en algunos casos, como un tribunal de revisión de las sentencias del juez de amparo, y en otros, como un tribunal de alzada, con facultades para revisar, modificar o bien revocar la decisión impugnada. En este último caso, podemos señalar que el Tribunal Constitucional se transmuta –procesalmente hablando– en el juez de amparo, pasando a solucionar –directamente– el conflicto planteado en la acción original, adoptando las medidas requeridas para restituir, cuando proceda, los derechos fundamentales que se hayan vulnerado, o bien evitando su inminente violación.

Esta problemática fue abordada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia TC/0071/13 (criterio reiterado en las TC/0185/13, TC/0012/14, así como en la TC/0127/14, donde estableció que “*debía conocer el fondo de la acción de amparo cuando revoque la sentencia recurrida*”.

Postura que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional, fundamentándose, en primer lugar, en el principio de autonomía procesal¹², que le permite establecer normas en aquellos aspectos donde la regulación procesal presenta vacíos normativos o cuando ellos deben ser perfeccionados o adecuados al proceso constitucional, y en segundo lugar, en atención a los principios rectores de efectividad¹³, al dictaminar que todo juez *debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y los derechos fundamentales*, y el de oficiosidad¹⁴, mediante el cual todo juez, 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*.

12 Sentencia TC/0039/12 del 13 de septiembre de 2012. Permite al Tribunal Constitucional establecer normas “(...) en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema -vacío o imperfección de la norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior, debido a que se incorpora, desde entonces en la regulación procesal vigente”.

13 **Efectividad.** Todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso, y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso, en razón de sus peculiaridades.

14 **Oficiosidad.** 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.

De manera que el desarrollo vía jurisprudencial de las acciones de amparo coloca a las jurisdicciones constitucional y ordinaria en puntos de coincidencia en la protección de los derechos fundamentales, en ocasión de las vías de hecho y omisiones provenientes de los órganos públicos y de los particulares. La confluencia de dichas jurisdicciones se desvela con mayor nitidez en la medida en que las facultades de ambos órganos transitan por el mismo cauce procesal (sin derivar en un problema de distribución competencial), por lo que el Tribunal Constitucional debe otorgar la tutela que se demanda, siempre que la jurisdicción ordinaria, por una interpretación distinta de las normas constitucionales o de las vías procesales habilitadas para ello por la Ley Orgánica, lo haya rechazado o inadmitido, según el caso.

Al respecto, es relevante destacar el papel nomofiláctico del Tribunal Constitucional cuando las partes ejercen esas vías recursivas; en este punto se produce, a mi juicio, un gran diálogo, no solo entre los jueces ordinarios que conocieron de la acción de amparo y el Tribunal Constitucional, también con la comunidad de intérpretes, la comunidad jurídica y la sociedad en su conjunto.

En tercer lugar, otra conexión –tan importante como las primeras– son las que operan en el ámbito del control concentrado de la constitucionalidad de todo acto de naturaleza estatal, es decir, de todos los actos emanados de los poderes públicos: leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas (artículos 185.1 CRD y 37 de la Ley 137-11), el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 185.2 CRD y 55 y ss de la Ley 13-11) y, finalmente, los conflictos de competencia entre órganos constitucionales (artículos 185.3 CRD y 59 y ss Ley 137-11, relación que hemos denominado indirecta, porque según nuestro diseño de control, se trata de procedimientos que se ejercen directamente ante el Tribunal Constitucional, sin embargo, la jurisprudencia que de estos procedimientos emana, son igualmente vinculantes; esto explica la conexión con la justicia ordinaria, en la medida en que esta última deberá atenerse a la solución del Tribunal Constitucional como último intérprete de la Constitución.

De manera que la convivencia de ambos modelos persigue dotar de uniformidad las decisiones dictadas por la jurisdicción constitucional en los respectivos procedimientos cuya competencia le es atribuida directamente, y en las decisiones dictadas en materia de revisión de las sentencias



provenientes de la jurisdicción ordinaria, evitando las fisuras naturales que derivan de un sistema jerarquizado de justicia constitucional.

VI. Balance de las relaciones entre jurisdicción constitucional y ordinaria en el caso dominicano (choque de trenes, guerra de togas o choque de vanidades).

Contrario a las premoniciones que han caracterizado la instauración de una jurisdicción constitucional en República Dominicana (augurios que no han sido propios de nuestro país, sino de otras jurisdicciones similares de los países latinoamericanos y europeos), llegando a vaticinarse –incluso– el denominado “choque de trenes”, la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, en la mayoría de los casos, ha sido armoniosa y de colaboración, en el sentido amplio de los dos conceptos.

Sin embargo, en estos casi siete años se advierten indicios serios de que esta relación está amenazada por actuaciones procesales no pacíficas. Lo anterior se pone de manifiesto en la sentencia TC/0360/17, en ocasión de un recurso de revisión jurisdiccional que culminó con la Sentencia núm. TC/0404/14, que anuló la decisión recurrida y devolvió el expediente al tribunal que la había dictado. La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia conoció nueva vez del proceso, decidiendo rechazar el recurso de casación, circunstancia en la que se recurrió nuevamente en revisión, invocando violación del citado precedente del Tribunal Constitucional y del derecho de defensa. A tal efecto, el TC estableció que:

Las decisiones del Tribunal Constitucional no solo son vinculantes por el mandato constitucional que así lo expresa, sino también por la función que realiza como órgano de cierre del sistema de justicia constitucional. Es innegable que, si un mandato constitucional pudiera ser eludido por los poderes públicos y los órganos del Estado a los que va dirigido su acatamiento, bajo argumento contrario a la realidad procesal incontrovertible establecida por el órgano habilitado para ello, entonces la supremacía no residiría en la Constitución sino en sus destinatarios, produciendo la quiebra del sistema de justicia constitucional.

En esa línea es evidente que el órgano jurisdiccional eludió el alcance de la Sentencia TC/0404/14, pues la anulación de la decisión recurrida en

esta materia no presupone una nueva valoración del caso concreto, sino que la misma constituye la solución a la violación del derecho fundamental en relación al caso objeto de la controversia, debiendo adoptar el tribunal de envío las medidas procesalmente adecuadas para que el proceso fuese conocido también ante los órganos inferiores, con estricto apego a los razonamientos expuestos en la sentencia que determinó la violación del debido proceso y la tutela judicial efectiva del recurrente.

Como se observa, el Tribunal Constitucional, frente a la situación *sui generis*¹⁵ o excepcional planteada, actuó con suficiente cautela para mantener, por un lado, el debido respeto a los límites de actuación de ambas jurisdicciones, y por otro lado, resolver la cuestión desde los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley Orgánica 137-11, es decir, reiterando, a grandes rasgos, las específicas características de las decisiones de la jurisdicción constitucional y sus efectos sobre el resto de los poderes públicos y órganos del Estado.

En la especie, se produjo una singular situación en la que resulta previsible la posibilidad de que se pueda causar un daño irreparable a la estructura del sistema jurisdiccional integral, aflorando, a mi juicio, lo que podría definirse como el primer elemento de tensión entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

En ese sentido, cualquier omisión relativa a la ejecución de un precedente del TC, bien sea por un funcionario de la administración pública, un órgano del Estado, un particular o cualquier otro que intervenga en su cumplimiento, debe ser objeto de acción de la política del propio tribunal, a fin de lograr de manera cierta e indudable que sus resoluciones tengan vigencia en el caso concreto, conforme lo establecen los artículos 50 (*Ejecución de la sentencia: El tribunal dispondrá en su sentencia o en actos posteriores el responsable de ejecutarla y en su caso resolver las incidencias de la ejecución*) y 89 numerales 3,4 y 5 (*Dispositivo de la sentencia. La decisión que concede el amparo deberá contener: La determinación precisa de lo ordenado a cumplirse, de lo que debe o no hacerse, con las especificaciones necesarias para su ejecución; el plazo para cumplir con lo decidido; la sanción en caso de incumplimiento.*) de la referida Ley 137-11.

15 En filosofía, *sui generis* es un concepto que hace referencia a aquella idea, entidad o realidad que no puede ser incluida en un concepto más amplio, debido a su singularidad y especificidad.



Por ello, nos permitimos concluir que de las 3,300 sentencias dictadas hasta la fecha, 116 han sido anuladas por el TC, y de estas, una muestra de 3 han eludido el alcance del precedente, –y aunque no objeto de este examen, en el caso del congreso nacional, al menos 6 no han dado cumplimiento a la exhortación dictada por el órgano–; en consecuencia, si bien el balance de estas relaciones, en términos generales de constitucionalización ha sido una experiencia positiva en el afianzamiento institucional del Estado de Derecho que despunta la Constitución de 2010, los elementos comentados merecen especial atención, en procura de consolidar el Estado constitucional de Derecho.

Vale la pena recordar la conferencia “Diálogo entre las altas cortes” dictada el 5 de marzo de 2012, por el entonces presidente del Tribunal Constitucional Español, magistrado Pascual Salas, en el que se expresaban las preocupaciones por un diálogo fluido en el ámbito del poder jurisdiccional para ser efectiva la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, y yo agrego, la constitucionalización del derecho.

¡Muchas gracias!

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA VIDA ECONÓMICA

Dr. Oscar Dejuán Asenjo,
catedrático de la Universidad Castilla-La Mancha, España



Dr. Óscar Dejuán Asenjo

Licenciado en Derecho y en Economía, con premio extraordinario, por la Universidad de Barcelona, donde se doctoró en Derecho (1982); también es doctor en Economía por la New School for Social Research de Nueva York (1989). Profesor titular en la facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (1985-1990). Catedrático de Economía en la Universidad Castilla-La Mancha (desde 1991) y de la facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Albacete. Desde hace años desarrolla una activa labor como ensayista –en revistas especializadas como: “*Revista española de Derecho Administrativo*”, “*Revista de Estudios Políticos*”, “*Civitas*”, “*Cambridge Journal of Economics*”, entre otras– y como autor o compilador-autor –en editoriales como: “*Centro de Estudios Constitucionales*”, “*Pirámide-Anaya*”, “*Routledge*”, “*Palgrave*”, entre otros–. Ha participado en numerosos congresos científicos, seminarios y ciclos de conferencias.

1. Introducción: ¿Qué es la Constitución económica y para qué sirve?

Si un sistema económico funciona relativamente bien, podemos concluir que existen unas reglas de juego acertadas y que esas reglas son respetadas por la mayoría de los agentes económicos. Estas reglas, y las instituciones que las hacen operativas, definen la constitución económica en sentido material. Cuando las escribimos en la Ley Fundamental, hablaremos de Constitución económica en sentido formal o Constitución económica, a secas. Lo importante no es que haya cláusulas sobre temas económicos, sino que estas constituyan unos “diques” que protegen unos espacios y permiten el control de los poderes económicos. Estos diques debieran figurar en el “bloque de la constitucionalidad” donde se recogen normas del más alto rango cuya aprobación, enmienda y supresión requieren mayorías cualificadas. En este bloque encontramos, además de la Ley Fundamental, las leyes orgánicas auspiciadas por ella y los tratados y acuerdos internacionales. Particularmente relevantes para nuestro análisis sobre la Constitución económica española es la normativa emanada de la Unión Europea. Nuestro análisis se referirá, de hecho, a la Constitución económica europea-española.

La constitución económica cumple, al menos, tres funciones: organizativa, legitimadora y de control. La función de organización domina en las constituciones del socialismo planificado donde el sistema económico se organiza “de arriba hacia abajo”. En las economías de mercado, sobre las que centraremos nuestra atención, la iniciativa discurre “de abajo hacia arriba” o, con otras palabras, la iniciativa económica privada es dominante, al menos en términos cualitativos. Pero también las economías de mercado precisan de un poder político que enuncie formalmente las reglas básicas del juego económico (propiedad privada y libertad de empresa) y asegure el cumplimiento de los contratos firmados por los agentes económicos. La constitución económica puede organizar a las instituciones imprescindibles para el buen funcionamiento del proceso económico. Entre ellas se



encuentra el sistema monetario-financiero, el sistema fiscal, el marco de relaciones laborales y las instituciones que defienden la unidad de mercado y la libre competencia.

La Constitución económica sirve, en segundo lugar, para legitimar la intervención económica de los poderes públicos con el fin de dirigir el proceso macroeconómico hacia los objetivos de crecimiento de pleno empleo, estabilidad económica y una redistribución más equitativa de la renta y la riqueza. O para prestar, directa o indirectamente, una serie de servicios que van desde los tradicionales “bienes públicos” (defensa, alumbrado...) a los servicios que mejoran el bienestar general de los ciudadanos: seguridad social, sanidad, educación, etc. De faltar esta legitimación, alguien podría quejarse de que la iniciativa pública está desplazando a la iniciativa privada.

El control de los poderes económicos es la tercera función que cumple la constitución económica. Será el centro de interés de este capítulo. Importa controlar a los poderes económicos privados cuando falla el control automático derivado de la competencia en el mercado. Estamos pensando en el control de los monopolios nacionales y de las empresas multinacionales que se desplazan territorialmente para aprovecharse de las ventajas comparativas de cada región y/o para evadir impuestos. Control del poder ejercido por las organizaciones empresariales o los sindicatos de trabajadores. Por último, y especialmente importante, control del controlador, esto es, del sector público. El poder económico del Estado se manifiesta en los recursos absorbidos a través del sistema tributario. En la Unión Europea representa casi la mitad de la renta nacional. Añádase la capacidad del gobierno para endeudarse absorbiendo el ahorro privado. Y la posibilidad de monetizar esa deuda aprovechándose del monopolio de emisión de dinero legal con el que cuenta el Estado. Estos datos son suficientes para advertir del enorme poder económico concentrado en el Gobierno y del peligro de abusar del mismo con fines partidistas.

El capítulo se estructura en cuatro secciones nucleares que corresponden a los cuatro diques que puede introducir una Constitución económica para mejorar el funcionamiento de la economía en el largo plazo y asegurar el control de los poderes económicos que en ella operan. La sección 3 analiza los medios para asegurar la unidad de mercado y la competencia entre los agentes que operan en él. La sección 4 estudia la forma de conseguir que la seguridad social y el resto de los derechos sociales recogidos en la Ley Fundamental sean efectivos y permanentes. La sección 5 plantea

la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad de las finanzas públicas en el largo plazo. La sección 6 analiza las condiciones para que el sistema monetario y financiero no caigan en la trampa de la inflación y la trampa de la deuda. Antes de empezar este análisis repasaremos las rocas que el análisis económico ha ofrecido a los juristas deseosos de levantar los diques de una constitución económica (sección 2).

2. Los pocos economistas que reclamaron una Constitución económica

La economía y el derecho han seguido caminos paralelos con escasos puntos de encuentro. El Derecho de la Economía tiene por objeto regular las relaciones económicas. El Análisis Económico del Derecho, una disciplina mucho más reciente¹, aplica métodos económicos para vislumbrar los efectos que cabe esperar de una ley y los mecanismos que permitirían llegar al objetivo perseguido, por ilustrarlo con un ejemplo. Los juristas explicarían los elementos del nuevo impuesto sobre beneficios de sociedades. Los economistas podrían concluir que su recaudación será negativa, pues las empresas se trasladarían a otros países; sugerirían, tal vez, que el impuesto se aplique a escala internacional o se complemente con un gravamen sobre transacciones financieras. Por el momento, ninguna de las dos disciplinas ha entrado en el tema que a nosotros nos interesa, la constitucionalización de las cláusulas económicas. En esta sección vamos a rastrear las reflexiones económicas sobre este tema. Avanzaremos que a las escuelas dominantes no les ha interesado. Las únicas reflexiones sobre la conveniencia de una Constitución económica aparecen en corrientes económicas secundarias.

(A) *La economía como un sistema autorregulado o que puede funcionar sin necesidad de una Constitución económica.*

La teoría económica dominante desde el último tercio del siglo XIX se conoce como “Economía neoclásica”. Desde su perspectiva liberal e indivi-

1 El primer economista que se adentró en este tipo de análisis fue R. Coase (1960). El origen de la disciplina académica suele situarse en el libro de Richard Posner publicado en 1973 (Posner, 2007).



dualista, considera a la economía de mercado como un *orden espontáneo y autoregulado*. La competencia entre los agentes económicos se encargaría del control de los poderes. El mercado dirigiría estas fuerzas hacia una mejor asignación de los recursos escasos de la sociedad. El movimiento en los precios y otros mecanismos económicos llevarían a las empresas a utilizar toda la fuerza de trabajo en la producción de los bienes más deseados por los consumidores. Bajo estas premisas tiene poco sentido preocuparse por escribir una Constitución económica.

En 1936, y todavía bajo los efectos de la Gran Depresión de 1929, Keynes trató de demostrar que la economía capitalista es inestable y puede llevar a recesiones con desempleo involuntario, masivo y permanente. Propone una política fiscal y monetaria que contrarreste las fluctuaciones de la demanda agregada. A su entender, la inversión pública puede y debe utilizarse con este propósito. Unos de los discípulos de Keynes, Beveridge, sugiere que la estabilidad económica y social la traería un Estado del Bienestar que se ocupara de atender las necesidades básicas de los individuos desde la cuna a la sepultura (*from cradle to grave*) (Beveridge, 1942 y 1945). En la visión keynesiana, el déficit público pasa a ser un instrumento de la política fiscal de estabilización que se autofinancia a través del multiplicador. Si al déficit en una etapa de recesión sigue un superávit en una etapa de auge, no hay que temer por una explosión de la deuda pública ni por otros problemas que aconsejarían escribir una Constitución económica.

(B) El ordoliberalismo o la economía social de mercado

El proceso de la reconstrucción alemana tras la Segunda Guerra Mundial fue liderado desde la Escuela de Friburgo donde se acuñó el término de *ordoliberalismo*². Participaron como inspiradores o técnicos en la recuperación económica de la República Federal de Alemania después de la

2 Entre los economistas promotores del ordoliberalismo figuran Röpke (1956), Erhard (1961) y Muller-Armack (1963). Los antecedentes del ordoliberalismo pueden rastrearse en la Escuela Austriaca de Economía que culminará en *Derecho, legislación y libertad*, Hayek (1976). También en la doctrina social de la Iglesia donde se enunció por primera vez el principio de subsidiariedad del Estado. García Echevarría (1978) y Dejuán (1981) ofrecen sendas interpretaciones actualizadas de la Economía Social de Mercado.

Segunda Guerra Mundial. Pronto pasaría a designarse como, “el milagro alemán”. Como escuela de pensamiento no tuvo continuidad, y su sistema de *economía social de mercado* fue absorbido por el Estado del Bienestar de cuño inglés. Las diferencias son, no obstante, significativas.

La primera de ellas es que la escuela de Friburgo reclama una Constitución económica que blinde la economía social de mercado. Con datos y ejemplos históricos demuestran que la economía de mercado es mucho más eficiente que cualquier otro sistema. Pero para asegurar esa eficiencia hay que garantizar al máximo nivel jurídico la propiedad privada, la libertad de empresa y la competencia en los mercados. En su opinión, también en el plano social, la economía de mercado resulta superior al resto de sistemas históricos. Para asegurar su legitimidad es importante diseñar los mecanismos que aseguren un reparto equitativo del excedente económico. Su temor es que el Estado del Bienestar y el Estado empresario que avanzaban a paso firme en Gran Bretaña, Francia e Italia acabaran desplazando a la iniciativa privada. Por eso recomiendan someter al Estado empresario, al *principio de subsidiariedad del Estado empresario*.

(C) *La Escuela de la elección pública.*

La segunda demanda de Constitución económica llegó de la Escuela de la Elección Pública, liderada por James Buchanan en la Universidad de Virginia³. Buchanan recibió el Premio Nobel de Economía en 1986 “por su contribución al desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría económica y del proceso de toma de decisiones”. Este planteamiento liberal e individualista empieza con una pregunta obvia. Si todos buscamos nuestro propio interés cuando actuamos como empresarios, trabajadores o consumidores, ¿por qué en nuestras decisiones políticas habremos de abjurar de nuestros intereses y los del partido que

3 Entre las obras más significativas destacaremos Buchanan (1990 y 1993); Buchanan and Tullock (1999); Tullock (2005). En *The Calculus of Consent*, Buchanan and Tullock presentan la política como un intercambio de favores entre los políticos (buscadores de votos) y los grupos de presión (buscadores de rentas). La Escuela de Virginia estuvo influenciada por Milton Friedman (1953) que ante el dilema “*rules versus discretionality*” tomó la primera opción. También por Anthony Downs (1957), el iniciador del análisis económico de la política. Puy Fraga (1996) y Moreno González (2017) ofrecen un análisis actualizado de la Escuela de Elección Pública.



nos emplea, para buscar exclusivamente el interés general? El interés de los políticos, afirma Buchanan, consiste en llegar al poder, mantenerse en el poder y aumentarlo tanto como sea posible. La condición para conseguirlo pasa por ganar las elecciones cada cuatro años. Con independencia de su ideología política, todos los gobiernos tendrán la tentación de aumentar el gasto público en los años electorales. Lo financiarán preferentemente con deuda pública pues subir los impuestos podría restarles votos. Para liberarse de la creciente bola de deuda pública, el Estado la monetizará. A los gobernantes les importa poco los efectos negativos de la inflación sobre el ahorro y la inversión, o el injusto traslado de la carga de la deuda a generaciones futuras. La inflación beneficia a los grandes deudores y el Estado es, con mucho, el principal⁴.

La mejor solución, concluye James Buchanan, sería un pacto constitucional que limitara la capacidad de los Estados para aumentar el gasto público, el déficit y la deuda. En los años 70 y 80 del pasado siglo, el propio Buchanan lideró una plataforma para introducir en la Constitución norteamericana la cláusula de equilibrio presupuestario (*Balanced Budget Reform*). Los sucesivos intentos de enmienda constitucional fueron bloqueados, unas veces en el Congreso y otras en el Senado. A pesar de este fracaso, la propuesta de Buchanan quedará siempre como un precedente en la lucha contra la expansión descontrolada del Estado.

(D) La economía institucional

Sin usar las palabras “Constitución económica”, la corriente institucionalista enfatiza la importancia que tienen, para el buen funcionamiento de la economía, las normas y la organización (las “instituciones” por decirlo en una palabra).

Muchos de los grandes economistas han reconocido la importancia de las instituciones. Aunque Adam Smith sea casi siempre asociado al liberalismo radical y al individualismo, su obra de 1776 me parece cercana

⁴ A modo de ejemplo. Supongamos que un gobierno está obligado a devolver en el plazo de 10 años un millón de euros (cifra que incluye el principal y los intereses). Si la tasa anual de inflación es 10%, la cantidad efectivamente devuelta será aproximadamente un tercio: $1000000 \cdot [1/(1+0,1)^{10}] = 385.543$ euros.



a una versión liberal del institucionalismo. La *mano invisible* que permite llegar al interés general a partir de conductas individuales motivadas por el propio interés, tiene unos requisitos claros: (a) presión competitiva en los mercados; (b) unas instituciones que aseguren la responsabilidad económica de los agentes a través del sistema de beneficios y pérdidas; (c) un Estado que asegure el cumplimiento de las reglas básicas del juego económico y de los contratos privados. John K. Galbraith representaría la versión intervencionista del institucionalismo. Tras destacar la importancia de la planificación en las grandes empresas reclama un orden jurídico que confiera un mínimo de estabilidad a largo plazo.

En la actualidad Geoffrey Hodson (1988) insiste en que buena economía consiste, ante todo, en buenas instituciones. Estas se van acrisolando con el paso del tiempo a través de repetidos ensayos de “prueba - error”. El Estado participa en el proceso dando fuerza legal a las instituciones que han demostrado ser más eficientes. Lo que sería desastroso es que los políticos cambiaran las instituciones a su antojo después de cada cita electoral⁵.

(E) La Unión Europea y su Constitución económica

La Unión Europea representa el proyecto político-económico más importante y arriesgado del siglo XX. Para que el mercado común europeo, creado en el Tratado de Roma (1957), funcionara con eficiencia y todos pudieran disfrutar de los frutos que se esperaban de él, era necesario asegurar un mercado único donde las empresas compitieran libremente. Con el tiempo se vio necesario completar la unión económica con una unión monetaria basada el euro. La política monetaria pasó a manos de la UE, más concretamente, de la UEM (Unión Económica y Monetaria europea). La política fiscal siguió en las manos de los estados miembros, pero para evitar que interfiriera en la política monetaria común, se impusieron ciertas restricciones al déficit presupuestario y al peso de la deuda pública en el PIB nacional.

5 Esta breve reseña no puede olvidar a los economistas norteamericanos que introdujeron las semillas del institucionalismo a principios del siglo XX. El primero fue Thorstein Veblen (1899).



Paso a paso fue configurándose una Constitución económica europea que forma parte de la Constitución de cada uno de los países miembros pues las normas europeas ostentan primacía sobre las nacionales. Así venía ocurriendo con los tratados internacionales cuya regulación constitucional es tan clara como exigente⁶. En el caso de la UE todo parece más flexible e imprevisible.

Tras el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) el Tribunal Constitucional exigió añadir una palabra al artículo 13.2 para que los extranjeros pudieran votar en las elecciones municipales. Curiosamente, los importantes cambios legislativos propuestos en Maastricht para preparar el terreno a la moneda única, fueron asumidos como un hecho consumado. La única reforma constitucional vendría diez años más tarde (septiembre de 2011) cuando el breve artículo 135 se sustituyó por otro muy extenso que vinculaba la Constitución a las normas europeas que fijarían las restricciones al déficit presupuestario y a la deuda pública. Buchanan peleó durante una década para sacar adelante una enmienda constitucional que obligara a la estabilidad presupuestaria. No lo consiguió. En España, siguiendo el procedimiento del 167 CE, la enmienda fue aprobada por el 90 % de los parlamentarios. No fue necesario ningún referéndum por no solicitarlo el 10 % de los diputados. Detrás de estos hechos estaba la presión de la UE y de los mercados financieros. La fuga masiva de capitales, que ya se había empezado a registrar, hubiera puesto en peligro al euro.

Nuestras conclusiones pueden resumirse en tres puntos. (1) Ya no se trata de indagar sobre el modelo económico implícito en la Ley Fundamental española de 1978, como hicimos en su momento, sino de aceptar que formamos parte de una UE que da por supuesto la existencia de una economía de mercado y trata de crear las condiciones para que funcione eficazmente⁷. (2) La UE debe disponer de los instrumentos jurídicos

6 El artículo 93 CE exige una ley orgánica que autorice la firma de tratados que confieran a organizaciones internacionales competencias derivadas de la Constitución. El 94 exige la aprobación por las Cortes Generales de los tratados de donde deriven obligaciones financieras o exijan medidas legislativas para su ejecución. El 95 dispone: "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción".

7 Dejuán (1984) clasifica a los sistemas económicos por el tipo de iniciativa económica prevaleciente. Concluye que la CE de 1978 no se decantaba por ninguno en concreto, antes bien proponía la compatibilidad entre la iniciativa privada y la iniciativa pública. Ahora, a la luz de los tratados europeos,



necesarios para defender esa economía de mercado y su moneda. Esto forma parte de la Constitución económica europea y ha de reconocerse como tal en un tratado constitucional europeo (o el equivalente). (3) En la Constitución española deben aclararse las vías por las cuales las normas adoptadas por las instituciones europeas pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. Antes, es preciso conocer qué normas europeas gozan de supremacía y organismos europeos forman parte de la Constitución económica española⁸.

3. *Mercado único y libre competencia entre empresas*

Los tratados de la Unión Europea dan por supuesto la existencia de una economía de mercado que debe ser reforzada y mejorada. Nuestro texto constitucional ya recoge las bases de este sistema siguiendo la tradición del Estado liberal de Derecho. El artículo 33 de la CE reconoce el “derecho a la propiedad privada y a la herencia”. El 38 enuncia “la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”. Por estar encuadrados en el Capítulo Segundo del Título Primero, ambos preceptos gozan de la protección especial del art. 53.2. CE. La ley puede restringirlos en un momento dado, pero siempre respetando su contenido esencial.

El artículo 128.2 afirma: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Este precepto tiene que leerse junto al 33.3 que señala el contenido esencial de la propiedad privada: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con

resulta más coherente concluir que la Constitución económica asume la existencia de una economía de mercado donde tanto la iniciativa privada como la pública deben respetar las normas europeas que tratan de asegurar el funcionamiento adecuado de un mercado único y competitivo bajo la cobertura del euro.

8 Desde el punto de vista jurídico, esta forma de proceder es preocupante. Pérez Tremps (1993), Muñoz Machado (1994) y Herrero de Miñón (1999) han hablado de mutaciones constitucionales subrepticias, que se imponen por la vía de hecho y difícilmente podrían ser recurridas ante el Tribunal Constitucional. Esta indefinición jurídica ha de ser superada.



lo dispuesto por las leyes”. Y de acuerdo con la normativa europea sobre la competencia: las empresas públicas que los Estados puedan crear están obligadas a competir con las privadas en igualdad de condiciones.

La libertad de empresa conlleva la posibilidad de crear nuevas unidades productivas, de contratar personal, de organizar la producción y de liquidar la empresa cuando el proyecto haya perdido su viabilidad. Los poderes públicos están autorizados para regular todos estos procesos y grabar los beneficios resultantes de la actividad empresarial. Pero deben ser conscientes que en una economía de mercado los propietarios pueden cerrar o trasladar la empresa cuando la nueva normativa erosiona la rentabilidad mínima que justifica un proyecto empresarial.

La “libertad de negociación” que caracteriza a una economía de mercado trasciende el ámbito empresarial propiamente dicho. La CE española recoge otros derechos y libertades afines: derecho a la libre circulación (art. 19 CE), libertad de enseñanza (art. 27), derecho de fundación (art. 34), derecho de asociación y colegiación (arts. 22 y 36), derecho a organizarse en defensa de sus intereses como como profesionales y consumidores (arts. 36, 51 y 52). A los trabajadores se les reconoce su derecho a elegir libremente su profesión, a exigir condiciones de trabajo adecuadas y una remuneración suficiente (art. 35). El derecho a sindicarse, a negociar con los empresarios las condiciones del contrato laboral y a declararse en huelga (art. 37). El art. 35 habla del derecho a trabajar y el 40 dispone que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo. Tratándose de la parte más débil de la relación laboral, se entiende el interés de la Constitución y de todo el Derecho laboral por proteger al trabajador. La eficiencia de esta protección, sin embargo, no está garantizada. En una economía de mercado es previsible que un aumento del salario mínimo se traslade a los precios o provoque despidos masivos.

La unidad de la economía de mercado implica una serie de requisitos que la CE recoge al hablar de las competencias exclusivas del Estado (art. 149 punto 10 y ss). Se trata de instaurar un régimen aduanero único (aranceles unificados para toda la nación) y de eliminar todas las restricciones al comercio interno. Este último punto es particularmente complejo en Estados descentralizados. La libre competencia puede verse dañada cuando un Länder alemán o una Comunidad Autónoma española introducen variantes en la regulación de un sector económico o en la fiscalidad (Tena Palazuelo, 1991).



El Estado-nación, que en su momento contribuyó a agrandar el tamaño del mercado y aprovecharse de sus ventajas, se ha convertido hoy en el principal obstáculo a la unidad del mercado. La revolución en los transportes y comunicaciones han hecho posible un mercado global. Pero siguen existiendo 193 Estados celosos de su soberanía. La ONU trató de allanar el camino hacia la unidad del mercado creando en 1947 el GATT (*General Agreements on Tariffs and Trade*). Este organismo anima y propició la reducción de los aranceles de forma bilateral y producto a producto. En 1995 pasó el testigo a la OMC (Organización Mundial del Comercio) que es multilateral y multisectorial (vincula a varios estados y afecta a varios productos). Una vez aprobados por los parlamentos nacionales, estos tratados o acuerdos se convierten en legislación interna. Por su trascendencia para el funcionamiento de la economía y por la dificultad para revocarlos podemos considerarlos parte de la Constitución económica del país.

La creación de un mercado europeo integrado y competitivo fue el objetivo primario de la UE. Sigue absorbiendo buena parte de sus esfuerzos normativos y jurisdiccionales. La defensa de la competencia se ejerce desde la propia Comisión Europea (el brazo ejecutivo de la UE). Su asiento legal se encuentra en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE). La lógica subyacente a estos artículos en defensa de la competencia se aprecia en prólogo de un texto de la UE europeo sobre competencia.

“La política de competencia de la UE ha sido una parte importante de la labor de la UE desde que se creó en el Tratado de Roma de 1957. El Tratado alumbró ‘un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común’. El objetivo era crear un conjunto de normas de competencia bien desarrolladas y efectivas, a fin de contribuir a garantizar que el mercado europeo funcione correctamente y proporcione a los consumidores los beneficios de un sistema de mercado libre. La política de competencia tiene por objetivo garantizar que las empresas compitan entre sí de forma equitativa. Ello fomenta la actividad empresarial y la eficiencia, proporciona al consumidor un mayor abanico para elegir y contribuye a bajar los precios y mejorar la calidad. Por estas razones, la UE lucha contra los comportamientos anticompetitivos, revisa las fusiones y las ayudas estatales, y fomenta la liberalización”. (UE, 2016)

Concretando. El TFUE prohíbe a las empresas europeas (privadas o públicas; nacionales, o multinacionales) las siguientes prácticas:



- Fijar precios o repartirse los mercados (art. 101).
- Abusar de su posición dominante en un mercado determinado para expulsar a sus competidores (art. 102).
- Fusionarse con otras empresas cuando de ello deriva el control de mercado (102 y reglamento 139/2004).
- Recibir ayudas públicas que pueden revestir diferentes formas: préstamos y subvenciones, desgravaciones fiscales, suministro de bienes y servicios a tarifas preferentes, garantías públicas que mejoran la calificación crediticia de una empresa con respecto a sus competidoras (art. 107).

Estas normas de la UE, aplicadas por los servicios de defensa de la competencia de la Comisión europea y juzgadas por tribunales europeos forman parte de la Constitución económica española. No son meras declaraciones de intenciones. Imponen una serie de derechos, deberes y restricciones a las empresas privadas, a las empresas públicas y a las administraciones.

4. El Estado social y la necesidad de hacer efectivos y perdurables las prestaciones que anuncia

Desde la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919), la Constitución económica pasó a completarse con unos objetivos sociales que configuran el Estado Social de Derecho. H. Heller, a quien se atribuye la expresión “Estado social de derecho”, lo explica así:

“La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista, y por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización” (Heller, citado por García Pelayo, 1980, p. 17).

La constitucionalización del Estado “social” fue apoyado por los partidos socialdemócratas entusiasmados por el Estado del Bienestar y

por los partidos marxistas que a mediados del siglo XX tenían un peso importante en la mayoría de países europeos. La CE de 1978 también lo acogió con entusiasmo. El artículo 9.2 dispone:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

Más adelante, en el capítulo tercero del título primero, la CE enuncia los “principios rectores de la política social y económica”. En el artículo 40 encontramos un texto que parece extraído de un libro de Introducción a la Economía de corte keynesiano:

“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

Las típicas prestaciones del Estado del Bienestar que se levanta a partir de la II Guerra Mundial incluyen: sistema de seguridad social, sistema de salud, defensa de los consumidores, promoción de la cultura y la ciencia, protección del medio ambiente, vivienda digna y adecuada... A ellos hay que añadir el derecho a la educación, ya proclamado en el art. 27: “Todos tienen el derecho a la educación (...) La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Junto a la promoción de estos servicios sociales, el constituyente manifiesta su deseo de proteger a grupos particularmente vulnerables: trabajadores, consumidores, pensionistas, jóvenes, personas con algún tipo de discapacidad...

¿Cuál es el valor jurídico de tales preceptos? Una de las contribuciones de la CE al Derecho constitucional es aclarar los diferentes ámbitos de protección jurídica. Respecto a los derechos sociales, el art. 53.3 aclara: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”⁹.

⁹ López Guerra (1980), López Garrido (1993) y Herrero de Miñón (1999) defienden el valor normativo de los derechos sociales. Aragón Reyes (94) subraya las dificultades para hacerlos efectivos.



Posiblemente la función más importante de estos principios sea legitimar la intervención pública en campos que la Hacienda liberal y el Estado liberal de Derecho vedaba a la iniciativa pública o la relegaba a un papel subsidiario.

Por supuesto, las leyes que regulan la intervención del Estado en el ámbito social deben respetar los derechos subjetivos y principios generales regulados en otras partes de la Constitución. Esta apreciación plantea dos preguntas de gran actualidad. ¿Puede el Estado organizar un sistema de viviendas sociales, de salud pública o de educación estatal que excluya a la iniciativa privada? ¿Está obligado a subvencionar a las empresas privadas que suministran esos servicios o a los ciudadanos que los disfrutaban a cambio de un precio?

La “libertad de empresa” del art. 38 da una respuesta negativa a la primera pregunta. En el caso de la educación, el constituyente abunda en la misma idea: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales” (art. 127.6). Pero, ¿la existencia de una educación pública y gratuita, no hace inviable la competencia privada? Quienes desean una educación o sanidad privadas, deben pagar expresamente por tales servicios y, además, contribuyen mediante impuestos a sostener los servicios que el Estado ofrece gratuitamente al resto de los ciudadanos.

El tema es tan importante como complejo. Baraja criterios de igualdad social, eficiencia económica y libertad ideológica. Convendría que este tipo de cuestiones fueran abordados por la Ley fundamental o por una ley orgánica integrada en el bloque de la constitucionalidad. No puede dejarse al albur del gobierno de turno o de las mayorías exiguas en el Parlamento.

La dimensión temporal es otro elemento a tener en cuenta. La mayoría de los problemas económicos y sociales requieren soluciones de largo plazo. Los políticos, en cambio, adolecen de miopía; les cuesta mirar más allá del tiempo que resta para las próximas elecciones. Ilustraremos el problema pensando en la seguridad social. La mayoría de países han introducido un sistema público de tipo contributivo basado en el criterio de reparto. Las pensiones y subsidios al desempleo exigibles en el año, son financiadas con las contribuciones obligatorias de los trabajadores ocupados en ese año. El superávit, de haberlo, irá a un fondo de reserva (“la hucha de las pensiones”) y servirá para atender el déficit que cabe esperar en años de recesión a consecuencia de la caída del empleo y los salarios.



La sostenibilidad financiera de los sistemas públicos de pensiones es uno de los problemas más serios de las economías avanzadas donde la pirámide de población se está transformando en un cilindro, a consecuencia de la reducción de las tasas de fecundidad y el alargamiento de la esperanza de vida. Así lo llevan diciendo, desde 1980, instituciones internacionales tan relevantes como el Banco Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, el Consejo de Europa y la Comisión Europea (Libro Blanco de Delors).

En España, que aún la menor tasa de natalidad del mundo y una de las mayores tasas de desempleo, la situación es particularmente delicada. En un buen ejemplo de “visión de Estado”, el Pacto de Toledo reunió a técnicos y políticos de todos los partidos para aprobar la ley de 1995. La crisis económica de 2008 volvió a poner contra las cuerdas el sistema de pensiones. El Pacto de Toledo se volvió a reunir y alumbró la reforma de 2013 que introduce nuevos criterios objetivos para asegurar la viabilidad a largo plazo del sistema de pensiones¹⁰. En la semana 23 al 29 de abril de 2018 se produce un giro inesperado. El Gobierno del Partido Popular, presidido por Mariano Rajoy, aceptó prorrogar al 2023 los criterios del Pacto de Toledo, con el fin de conseguir los seis votos del Partido Nacionalista Vasco necesarios para aprobar los Presupuestos Generales del Estado. El Fondo de Reservas, que el año en el 2011 llegó a representar el 6.1 % del PIB, cayó al 1 % en 2018 a consecuencia de los nuevos compromisos, el hundimiento de las cotizaciones durante la crisis y la utilización de la hucha de las pensiones para solventar problemas de tesorería del Gobierno.

El caso español nos sugiere las siguientes reflexiones. (1) La sostenibilidad de un sistema de Seguridad Social y otros gastos sociales requiere un análisis de muy largo plazo que se traduce en unos mecanismos fijos de gestión y adaptación. (2) Estos objetivos y mecanismos deben regularse por una ley orgánica que impida al partido o coalición gubernamental alterar las reglas del juego y utilizar fondos que no le pertenecen. (3) Una Constitución económica escrita contribuiría a reforzar los planteamientos a largo plazo que exige la mayoría de los asuntos económicos y sociales.

10 Los dos mecanismos más importantes son: (1) Vinculación automática de las pensiones a la esperanza de vida. (2) Ajustes periódicos y objetivos de la tasa de sustitución (porcentaje del último salario que pasará a cobrarse como primera pensión).



5. Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del sector público

La Constitución económica del siglo XIX se basaba en unos principios que se suponían obvios. (1) El mejor Estado es el que menos interviene; el gasto público debía, por tanto, reducirse a la mínima expresión. (2) Salvo casos de guerra, el presupuesto público debía estar equilibrado. De “sacrosanto temor al déficit” hablan los hacendistas extrapolando a las administraciones públicas, las buenas prácticas financieras de los hogares y empresas. (3) Los impuestos deberían aprobarse por ley. Es el origen del Parlamento: “Nullum tributum sine lege”, “No taxation without representation”. (4) La deuda pública emitida para pagar guerras y otros gastos excepcionales también debía ser aprobada por ley y devolverse lo antes posible¹¹.

Cuando en 1986 se pone en marcha la UE las circunstancias y las ideas habían cambiado. En muchos países europeos el gasto público se aproximaba el 50 % de la renta nacional. El déficit público pasó a ser la norma; en épocas de recesión, debido al hundimiento de la recaudación impositiva, fácilmente llegaba al 6 % del PIB. A consecuencia de estos déficits recurrentes, en algunos países, el peso de la deuda pública en el PIB llegó a superar el 100 %.

Los preparativos para la unión monetaria europea suponen un punto de inflexión en el discurso de los líderes europeos. Quienes apostaron por la moneda única (el euro) tenían la necesidad de asegurar la disciplina presupuestaria y financiera de los estados miembros. El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (1992) fija los criterios que deberían cumplir los países miembros de la UE para acceder a la Unión Económica y Monetaria Europea (UME). “(1) El déficit de las administraciones públicas de cada Estado no superará el 3 % del PIB nacional. (2) La deuda pública de cada estado no superará el 60 % del PIB nacional”. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) aprobado en 1997 repite las mismas restricciones al tiempo que concreta los procedimientos para hacerlos

11 Tampoco hemos de pensar que las finanzas públicas en el siglo XIX vivieron una situación de ensueño. Había demasiadas guerras y demasiadas circunstancias excepcionales que obligaban a emitir deuda y, más tarde, a monetizarla y reducirla en base a la inflación resultante. En 1900, tras la Guerra de Cuba, la deuda pública española llegó a representar el 124 % del PIB.



efectivos. La Comisión Europea está autorizada para poner en marcha el “procedimiento de déficit excesivo” que puede acabar en sanciones.

Inicialmente la crisis financiera de 2007-08 afectaba a hogares hipotecados y empresas apalancadas, amén de los bancos que se habían extralimitado en la concesión de créditos y en la compra de productos financieros derivados de las hipotecas de alto riesgo (*subprime mortgages*). El esfuerzo de los gobiernos por pagar el subsidio de paro y rescatar a los bancos llevó a una crisis de la deuda soberana en varios países europeos. En el año 2010 se produce el primer rescate de Grecia con fondos europeos. Cuando Irlanda y Portugal solicitaron el rescate financiero para evitar la suspensión de pagos, la UE hubo de pedir la colaboración del Fondo Monetario Internacional (FMI). Para gestionar los créditos de los rescates financiero se creó el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) que también supervisó las medidas de ajuste estructural impuestas a los gobiernos rescatados.

Durante los años 2011 y 2012 se trabajó en un Pacto Fiscal Europeo cuya regla de oro sería la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad de las finanzas públicas. El pacto se materializó en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) de 2012. Entró en vigor el 1/1/2013 aunque algunas de sus disposiciones no serían vinculantes hasta el año 2020, cuando se supone que la crisis económica habrá sido completamente superada. El TECG mantiene el tope del 60 % para la deuda pública, pero reduce al 0,5 % del PIB el límite al déficit presupuestario de carácter estructural (es decir, una vez descontados los ingresos y gastos que evolucionan con el ciclo). En los países donde la deuda es inferior al 60 %, el déficit puede llegar al 1 %. Las restricciones no se aplican en caso de grandes catástrofes naturales y profundas recesiones económicas, pero estas circunstancias excepcionales habrán de ser aceptadas por los organismos europeos competentes, quienes indicarán el proceso de convergencia hacia la senda de equilibrio presupuestario. En años normales, un déficit superior al 3 % del PIB, aunque sea coyuntural, desencadenaría automáticamente el régimen de sanciones y la congelación de ayudas y créditos. Para los objetivos de nuestro trabajo (análisis de la Constitución económica) importa destacar el empeño del TECG por conseguir que los Estados miembros incorporen estas o parecidas normas en sus constituciones.

Así lo hizo España el año 2011. Cuando la crisis financiera afectó a la deuda soberana del Estado español (mayo de 2011), el presidente de Gobierno, Sr Rodríguez Zapatero, compareció ante el Parlamento para



anunciar una serie de recortes y promover una reforma constitucional que dejara en evidencia el compromiso del Estado español con las normas de estabilidad presupuestaria y financiera auspiciadas por la UE. El 2 de septiembre de 2011 se aprobó el nuevo artículo 135 por la vía de urgencia prevista en el art. 167.1 de la CE¹². Unos meses después se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

La Constitución económica española, en materia presupuestaria queda compendiada en los artículos 134 y 135 de su Ley Fundamental más los preceptos de la LOEPSF¹³. Un dato significativo: ambas normas se auto-vinculan a la normativa financiera de la UE para sus estados miembros.

El artículo 134 CE recoge los principios presupuestarios clásicos, que venían repitiéndose desde la Constitución de Cádiz: legalidad, competencia, anualidad y universalidad. “Corresponde al Gobierno (dice en su apartado 1) la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación”. El apartado 6 introduce una novedad significativa: “Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación”. La restricción rige tanto antes de la aprobación de los presupuestos como después. Se trata de poner a salvo la independencia y responsabilidad del Gobierno. Este podría verse ahogado por el déficit que resultara de los programas presentados por la oposición.

En su versión original el art. 135 CE constaba de dos breves puntos donde se exigía aprobar las emisiones de deuda pública por ley y consignar el servicio anual de la deuda en la ley de presupuestos. El nuevo artículo 135, más la LOEPSF que lo desarrolla, pueden resumirse en estos puntos.

- (1) El primer paso de la tramitación presupuestaria consistirá en la presentación del “techo de gasto” (no incluye a los pagos financieros).

12 En el Congreso de los Diputados, los votos a favor fueron 316, en contra 5. El acuerdo debería haber sido ratificado mediante un referéndum, de haberlo solicitado un 10 % de los diputados. No fue el caso.

13 Los artículos 133 y 136 también abordan temas fiscales. El 133 obliga a aprobar por ley los impuestos y beneficios fiscales. El 136 atribuye al Tribunal de Cuentas, órgano dependiente de las Cortes Generales, la fiscalización de las cuentas de todas las administraciones públicas.



Lo fija el Gobierno, con asistencia de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF). En su informe, la AIREF tiene en cuenta la recaudación prevista y el plan de equilibrio presupuestario de medio plazo. El techo de gasto aprobado limitará tanto al Gobierno como a la oposición. Esta no podrá imponer gastos que lo rebasen¹⁴.

- (2) El servicio de la deuda gozará de primacía absoluta entre todos los pagos del Estado. Esta garantía constitucional tiene por objeto dar credibilidad a la deuda soberana, lo que se traducirá en su mejor aceptación en los mercados financieros internacionales y en una reducción de la prima de riesgo (menores tipos de interés).
- (3) En situaciones normales no se admite un déficit estructural. Recordemos que la UE admite un déficit estructural hasta 0.5 % del PIB. El presupuesto de las administraciones locales debe estar siempre en equilibrio, sin distinguir entre déficit estructural y coyuntural.
- (4) El volumen de la deuda pública del conjunto de las administraciones públicas en relación al PIB del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la UE. Desde 1992 ese valor se ha mantenido en el 60 % del PIB. La LOEPSF lo distribuye de la siguiente manera: 44 % para la Administración Central, 13 % para el conjunto de las comunidades autónomas, 3 % para los entes locales.
- (5) Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situación de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado,

14 A mi entender, los criterios de estabilidad presupuestaria impuestos por la UE contienen un peligroso factor de prociclicidad. Aunque el déficit esté limitado al 0 % del PIB, nada impide que el gasto público crezca al 5 % en una época de auge donde los impuestos crecen a ese ritmo. Si ese gasto se materializa en la creación de nuevos servicios (y contratación de nuevos funcionarios) será difícil eliminarlo en épocas de recesión, originando un déficit estructural. El techo de gasto podría haberse diseñado para corregir este efecto, pero no ha sido el caso.



apreciada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

No todos los economistas comparten estos planteamientos sobre estabilidad presupuestaria y estabilidad financiera pero sí parece que las posiciones se han acercado en los últimos años tras un esfuerzo de realismo económico, sensatez intelectual y responsabilidad política. Estas palabras de Felipe González, ex presidente socialista del Gobierno de España, nos parecen un ejemplo de sensatez

La estabilidad presupuestaria es una condición necesaria para garantizar, a medio y largo plazo, un crecimiento económico sostenido. Los desequilibrios permanentes, con déficits estructurales y deudas acumuladas que se hacen impagables, arruinan las perspectivas de crecimiento y merman la confianza de todos los actores. La consecuencia es inexorable: no se pueden mantener las políticas de cohesión social que definen nuestro modelo. No es, o no debe ser, un problema ideológico sino de sentido común y de responsabilidad de los gobernantes (...) Por eso es bueno que haya un acuerdo que obligue a todos sobre la estabilidad presupuestaria en el medio y el largo plazo. Y el mecanismo más contundente para obligar a tirios y troyanos es que figure en la Constitución (Felipe González, *El País*, 30/08/2011, el subrayado es nuestro).

6. Instituciones monetarias y financieras para evitar trampas de inflación y de deuda

El dinero cumple dos funciones esenciales: facilitar los intercambios (dinero como medio de cambio) y mantener el valor del ahorro (dinero como depósito de valor). Para la primera función se necesita una unidad monetaria que sea fácilmente fraccionable y cuya cantidad se adapte al volumen creciente de transacciones económicas. Para la segunda función se requiere un tipo de dinero que no pierda valor con el paso del tiempo. Lo perdería en la economía doméstica si hay inflación. Lo perdería en la economía internacional si la divisa se deprecia.

Durante mucho tiempo el oro se utilizó como dinero. Los cambistas (que pronto se convirtieron en bancos capaces de conceder créditos) hacían negocio prestando más dinero que el oro que llegaba a sus arcas. El riesgo



de quiebra era evidente si sus clientes reclamaban inesperadamente el dinero depositado. El sistema monetario actual (cuyos inicios se vislumbra a principios del siglo XIX) se denomina “sistema de reservas fraccionarias”. El Banco de Central (BC) adquiere el monopolio de la emisión de dinero legal (billetes o base monetaria). El dinero bancario se identifica con los depósitos que resultan de la concesión de créditos por la banca. Se moverán mediante cheques, tarjetas de crédito, transferencias...

La vía habitual de introducción del dinero legal en la economía son los créditos a la banca privada. No hay límites para la emisión de dinero legal. El único límite deriva de la responsabilidad de los bancos centrales. El temor a generar una espiral inflacionista, hace que estos se auto-restringan y acomoden la base monetaria a la demanda de los bancos que suele estar vinculada al crecimiento del PIB.

En la actualidad el dinero bancario tiene mucha más importancia que el dinero legal. La proporción entre los billetes que guardamos en el bolsillo y nuestros depósitos bancarios nos da una idea de la diferencia. Los libros de texto explican que los bancos utilizan los billetes depositados para conceder préstamos y que cada billete es prestado varias veces (en proporción inversa al coeficiente de caja exigido por el BC). En realidad, los bancos crean dinero por el mero hecho de prestar. Este crédito aparecerá como un depósito abonado en la cuenta corriente del prestatario. Posiblemente el depósito concedido por el banco A, acabará en una cuenta del banco B. Si la operación se repite día tras día y no hay un flujo compensatorio del banco B hacia el A, este tendrá un descubierto que puede ponerlo en peligro de insolvencia. El peligro desaparece cuando todos los bancos expanden los créditos al unísono, lo habitual en las etapas de auge.

En principio, expansión de la base monetaria y/o el dinero-crédito por encima del crecimiento potencial de la economía genera inflación. El supuesto ha de matizarse atendiendo a la divisa que estemos considerando, al potencial económico del país emisor y al destino del dinero. Estados Unidos ha podido aumentar la impresión de dólares muy por encima de su producción por tratarse de la divisa internacional por excelencia que la mayoría de países desea guardar como reserva monetaria. En países de economías potentes, como los europeos, la expansión de dinero-crédito suele redundar en la expansión de la producción. Solo si el crecimiento económico generara tensiones en el mercado laboral se registrarían aumentos del salario nominal y de los precios. De todas maneras, si el



crédito está creciendo por encima de la producción hemos de pensar que se destinará a la compra de activos financieros (acciones) o reales (tierra) y provocará una inflación de los activos financieros negociados en la bolsa o de los activos reales (tierra).

La formación de burbujas bursátiles e inmobiliarias constituye hoy el principal riesgo que afrontan los países avanzados tras una aceleración de la creación de dinero-crédito. En los países en vías de desarrollo, con divisas y economías débiles, es más fácil una inflación generalizada que puede degenerar en hiperinflación. Esta se produce cuando la gente pierde la confianza en el dinero legal que el Gobierno emite para pagar los intereses de la deuda pública o los salarios de los funcionarios. Los receptores de esos billetes tratarán de sacárselos de encima tan pronto como pueden, cambiándolos por dólares o por bienes. El resultado previsible es una depreciación de la moneda y una inflación de varios dígitos¹⁵.

La Constitución económica debe introducir normas e instituciones que encaucen estas fuerzas monetarias tan necesarias como peligrosas. La regulación de los bancos centrales forma parte de la Constitución no escrita desde finales del siglo XIX. El monopolio de emisión de dinero legal concedido al Banco Central de cada país (Banco de Inglaterra, Banco de Francia, Banco de España...) tenía fuertes contrapartidas. La mayor, el no poder prestar directamente al gobierno. Para introducir dinero en la economía, el BC debía recurrir a la concesión de créditos a la banca y a las operaciones del mercado abierto (compra de deuda pública en la Bolsa de Valores). A finales del siglo XX, a consecuencia de la crisis financiera de 1990, el FMI presionó para la introducción de un nuevo estilo de política monetaria. El BCE es el que lo ha seguido con mayor fidelidad dando lugar a una serie de reglas e instituciones que pueden considerarse parte de la Constitución económica europea y española¹⁶.

15 Venezuela nos suministra el ejemplo más reciente de hiperinflación. El FMI ha previsto para el 2018 una inflación de seis dígitos. Los bienes que el 1 de enero de 2018 se compraron por un bolívar valdrán un millón de bolívares el 31 de diciembre. El Gobierno ha respondido eliminando cinco ceros de los billetes de curso legal. Evidentemente, esto solo sirve para ahorrar tinta en la casa de la moneda. En Europa, después de dos décadas sin apenas inflación, el problema de la inestabilidad de precios no preocupa a los economistas. La excepción son los economistas alemanes. Todavía recuerdan la hiperinflación de Weimar en los años veinte del siglo pasado, que paralizó la economía y creó el caldo de cultivo para el nazismo.

16 Los Bancos Centrales Nacionales forman parte del Eurosistema y del SEBC (Sistema Europeo de Bancos Centrales). La dirección de ambas instituciones corresponde al consejo del BCE.



- (1) Autonomía política del BCE. El mandato del gobernador, del subgobernador y de los 6 miembros del consejo ejecutivo dura 8 años sin renovación posible. Los 19 miembros elegidos por los bancos centrales nacionales no representan a los países de procedencia. Serían sancionados los políticos que trataran de presionarles. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el único competente para resolver los conflictos que puedan plantearse en relación a los miembros del BCE.
- (2) Transparencia, credibilidad y responsabilidad. Todos los actos y decisiones del BCE deben ser abiertamente expuestos para mejorar la credibilidad de la institución. La credibilidad es el alma del universo financiero y un elemento clave para controlar el elemento subjetivo de la inflación (expectativas inflacionistas). Si el BC fija una tasa objetivo de inflación y los agentes económicos le creen, la batalla por el control de precios estaría medio ganada. Si la gente desconfía del BC y del valor de su dinero, la batalla puede darse por perdida.
- (3) La política monetaria se centra en un objetivo único: el control de la inflación. De su cumplimiento responderá el presidente del BCE ante el Parlamento Europeo. La UE ha entendido que introducir otros objetivos podría suponer una excusa para justificar su incapacidad en el control de la inflación.
- (4) Los instrumentos principales que utiliza el BCE en su política monetaria son la fijación del tipo de interés oficial y el control de los agregados monetarios. El primero se decide en los préstamos que el BCE hace a los bancos que necesitan más reservas para cumplir con el coeficiente de caja o para evitar descubiertos. El control de los agregados monetarios se consigue, parcialmente, a través del sistema TARGET (transferencias en el SEBC más posibles aportaciones del BCE)

La unión monetaria tiene como corolario la unión bancaria europea. Desde el año 2014 existen dos grandes mecanismos, coordinados por el BCE.

- (1) Mecanismo Único de Supervisión (MUS). Órgano de supervisión bancaria supranacional creado para garantizar la solidez del sector bancario. Se habla de “supervisión macroprudencial” pues tiene en



cuenta las conexiones entre todas las entidades financieras y de estas con la economía real.

- (2) Mecanismo Único de Resolución. Órgano para gestionar las crisis de entidades financieras europeas que no sean viables.

Todas estas normas forman parte de la Constitución económica europea y española. Cumplen un papel fundamental en la gobernanza de la economía financiera.

Otro tanto puede decirse de las directrices del Banco Internacional de Pagos de Basilea (BIS). Los bancos de los estados signatarios de estos acuerdos se comprometen a aumentar sus dotaciones de capital a medida que aumenta su volumen de crédito y el riesgo inherente a los mismos. A través de este “coeficiente de capital” se trata de evitar una quiebra generalizada de bancos cuando se dispara el índice de morosidad o cae bruscamente el precio de los activos bancarios. Introduce también un factor de responsabilidad que frene la euforia bancaria¹⁷.

Para concluir esta sección me gustaría llamar la atención de la capacidad del BCE para corregir sus reglas de funcionamiento en circunstancias excepcionales y los problemas que ello plantea a las constituciones económicas de los países miembros de la UEM. El artículo 123 del TFUE recoge los límites tradicionales de un banco central:

“Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales nacionales en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa de los mismos instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales”.

17 La gran crisis financiera iniciada en el 2007 resultó de la connivencia entre la banca tradicional y la banca de inversión. Desde 1995 la banca tradicional multiplicó los créditos hipotecarios de baja calidad, pues unos bancos de inversión poco regulados (*shadow banking system*) los compraban al momento para transformarlos en títulos fácilmente vendibles en los mercados financieros. Son los *assets backed securities (ABS)* sobre los que pivotó el proceso de titularización. El proceso se inició en EE.UU. y llegó a Europa por la compra de ABS. La relación entre los bancos europeos hizo que todos quedaran contaminados de una u otra manera.



En el año 2014 el BCE cambió su política monetaria siguiendo el camino heterodoxo abierto, ya en el 2009, por la Reserva Federal de los EE.UU. Nos referimos a la *quantitative easing* o política de relajación monetaria. El BCE se comprometió a comprar activos públicos y privados en grandes cantidades. Esta medida supone un crédito directo a los gobiernos y grandes instituciones públicas y privadas, financieras y no financieras.

La medida se presentó como la capacidad de la UEM para adaptarse al medio y conseguir que el crédito llegara a las empresas productoras. No todos los economistas dan por bueno este juicio¹⁸. Desde el punto de vista jurídico el veredicto es todavía más negativo. Si el artículo 123 formaba parte de la Constitución económica europea, la nueva política monetaria ha supuesto otra reforma encubierta de la misma. No estamos abogando por prohibir todo tipo de medidas excepcionales. Sí de exigir que las excepciones queden autorizadas por las constituciones de los países miembros de la UEM.

7. Conclusiones

Cualquier sistema económico se asienta sobre unas reglas básicas de juego y requiere unas instituciones que faciliten su cumplimiento. Esta sería la Constitución económica material. La Constitución económica formal se refiere a esas mismas normas una vez escritas en el bloque de la constitucionalidad que incluye la Ley Fundamental, las leyes orgánicas auspiciadas por esta y los tratados y acuerdos internacionales. Nos referimos a normas del más alto rango jurídico cuya aprobación, enmienda y derogación requieren de una mayoría cualificada, y donde los posibles conflictos de interpretación son resueltos por el Tribunal Constitucional.

La Constitución económica sienta los pilares de la organización económica e introduce diques para controlar a los poderes económicos. Incluimos

18 En los cuatro años que han transcurrido desde las nuevas medidas de relajación monetaria, el BCE ha concedido 2,5 billones de créditos a gobiernos, instituciones financieras y grandes grupos empresariales. El resultado ha sido una depreciación del euro (que era deseada por muchos) y una recuperación de los índices bursátiles e inmobiliarios. La recuperación de la inversión productiva y el empleo sigue siendo endeble. Parece como si las economías avanzadas de Occidente se hubieran convertido en “fábricas de burbujas”.



aquí las grandes empresas nacionales o internacionales, las organizaciones empresariales, los sindicatos de trabajadores, las instituciones financieras y el propio sector público. En las economías modernas el sector público es el principal poder económico, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Sus funciones económicas deben quedar claras en el bloque de la constitucionalidad, así como las vías para el control del poder que se le ha conferido.

El primer dique de la Constitución económica está relacionado con la proclamación de la propiedad privada y libertad de empresa en un mercado único y competitivo. Desde su fundación en 1957, la UE se ha centrado en estos objetivos. La Constitución española reconoce la primacía del derecho europeo en todo lo que afecta a la libre circulación de personas, mercancías y capitales. Acepta también las sanciones impuestas por los organismos europeos a las empresas que abusan de algún tipo de poder monopolista. O a los propios Estados miembros cuando dan ayudas que distorsionan la libre competencia.

El segundo dique de la Constitución económica tiene que ver con la legitimación de la intervención estatal en la prestación de servicios sociales y de la ayuda a los grupos más desfavorecidos. Para que servicios tan importantes como la seguridad social o la educación funcionen correctamente a lo largo del tiempo han de aprobarse unas normas e instituciones con vocación de permanencia. Incorporándolas en el bloque de la constitucionalidad, asegura esa continuidad. De lo contrario es posible que el fondo de reserva de las pensiones construido durante en dos décadas se agote en un par de meses.

El tercer dique de la Constitución económica vela por la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera del sector público. Faltando este dique muchos gobiernos y parlamentos tratarán de expandir el gasto público financiando con deuda, aunque ello suponga un traslado de la carga de la deuda sobre generaciones futuras que en nada se beneficiaron de aquel gasto. Unas administraciones públicas muy endeudadas acabarán sin prestar los servicios sociales de los que se responsabilizaron y crearán más inestabilidad de la que pretendían remediar.

El cuarto dique de la Constitución económica organiza el sistema monetario para asegurar que la creación del dinero-legal por el Banco Central y del dinero-crédito por la banca privada no erosione el poder adquisitivo del ahorro ni genere turbulencias en los mercados financieros.

El Estado, como el primer deudor de una economía moderna, tiene una evidente tentación de financiarse con créditos directos del Banco Central y monetizar la deuda pública pues la inflación resultante aliviaría la carga real de su deuda.

En el análisis de estos cuatro bloques hemos tropezado con unos problemas que son, precisamente, quienes reclaman una Constitución económica escrita.

- a) *Horizonte temporal.* En nuestros estados democráticos, el objetivo primordial de los políticos es ganar las próximas elecciones. Consecuentemente, su horizonte temporal se reduce a los pocos años (o meses) que faltan hasta los próximos comicios. Por el contrario, el horizonte temporal de los grandes temas económicos y sociales suele ser de largo o muy largo plazo (años o décadas). La Constitución económica cumple el importante papel de aislar ciertas áreas económicas del “cortoplacismo” que obnubila a los políticos.
- b) *Ámbito territorial.* La economía se ha globalizado. La mayoría de los problemas económicos son universales y reclaman soluciones, si no únicas, al menos, armonizadas. Basta pensar en las turbulencias financieras desatadas en 2007 y que precipitaron la crisis económica de la que todavía no hemos salido. Frente a la globalización de la economía, la política sigue radicada en casi 200 estados soberanos que, en el mejor de los casos, colaboran a través de uniones económicas o acuerdos multilaterales. La UE es quien más lejos ha llegado en este camino. La Constitución económica formal ayuda a conjugar la soberanía estatal con la primacía del derecho comunitario europeo y con las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales.
- c) *Perfil ideológico-político versus perfil técnico-económico.* A la hora de confeccionar sus programas electorales, los políticos suelen dar rienda suelta a su generosa imaginación. Pocos de ellos reparan y explican al electorado los recursos que se necesitarían para hacer realidad estos proyectos y los efectos secundarios que podrían desencadenar. En contraste, la escasez de recursos y el estudio de los efectos secundarios domina el análisis económico.
- d) *Estructura económica versus políticas económicas.* A menudo los problemas técnicos que preocupan al gestor de la política económica requieren la creación de un ente que tome decisiones en



función de unas circunstancias cambiantes. La Constitución no puede descender a estos pormenores, pero sí hacer una referencia a las leyes orgánicas que los desarrollarán y a los entes que pueden y deben tomar decisiones pertinentes cuando llegue el momento. Para conseguir la independencia de estos organismos hay que dotar a sus miembros de una inmunidad propia de los jueces. Responderán solo ante el Parlamento del ejercicio de las competencias que tienen asumidas.

La Constitución, en general, y la Constitución económica en particular, reclaman un mínimo de permanencia. Estamos hablando de los fundamentos de un orden económico que le permitirán funcionar de la manera más eficiente, justa, solidaria. Permanencia no es sinónimo de inamovilidad. Los fundamentos del orden económico y los diques que sirven para controlar a los poderes económicos pueden y deben ser adaptados cuando las circunstancias lo requieran. El hecho de formar parte de una Constitución formal garantiza que los cambios estarán respaldados por un gran consenso. La modificación de una norma requiere de la misma mayoría cualificada que se exigió el día de su aprobación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTI ROVIRA, E. (1995): *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (1994): “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, no. 118-119, pp. 23-32.
- ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ed) (2012): *La Constitución económica*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BASSOLS COMA, M. (1985): *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid.
- BEVERIDGE, W. (1942): *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*. Accesible en Internet: <https://news.bbc.co.uk>.
- BEVERIDGE, W. (1944): *Full employment in a free society*. Accesible en Internet: <https://library.lse.ac.uk>
- BUCHANAN, J.M. (1990): “The domain of constitutional economics”, en *Constitutional Political Economy*, vol. 1, no. 1, pp. 1-18.

- BUCHANAN, J. M. (1993): *La economía constitucional*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. (Selección de artículos. Estudio preliminar de Juan J. Fernández Cainzos).
- BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G. (1962): *The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy*. Liberty Fund Inc, Indianapolis.
- COUNCIL OF EUROPE (ed) (1993): *Transition to a new model of economy and its constitutional reflections*. Council of Europe Press, Strasbourg. (Actas del seminario organizado en Moscú los días 18-19 de febrero de 1993).
- DEJUÁN ASENJO, Ó. (1981): “La economía social de mercado como sistema económico y sistema de política económica”, en *Moneda y Crédito*, no. 156, pp. 3-31.
- DEJUÁN ASENJO, Ó. (1984): *La Constitución económica española. Iniciativa pública ‘versus’ iniciativa privada en la Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- DÍEZ MORENO, F. (2004): *El Estado social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DOWNS, A. (1957): *An Economic Theory of Democracy*. Harper, New York.
- ERHARD, L. (1961): *Bienestar para todos*. Omega, Barcelona.
- EUCKEN, W. (1956): *Cuestiones fundamentales de la Economía*, Ed: Revista de Occidente, Madrid.
- COASE, R.H. (1960), “The Problem of Social Cost”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, no. 1
- FRIEDMAN, M. (1953): *Essays in Positive Economics*. University of Chicago Press, Chicago.
- GALBRAITH, J.K. (1952): *Capitalismo americano. El concepto del poder compensador*. Ariel, Barcelona
- GARCÍA ECHEVARRIA, S. (1978): “El orden económico en la Constitución”, en *Libre Empresa*, no. 8, pp. 7-60.
- GARCÍA PELAYO, M. (1980): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. Á. (2013): *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*. Cívitas y Thomson Reuters, Madrid.
- GARRIDO FALLA, F. et al (ed) (1981): *El modelo económico en la Constitución española*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- HAYEK, F. (1978): *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial, Madrid.
- HELLER, H. (1985): *Escritos políticos*. Alianza, Madrid.



- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1999) “La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 57, pp. 11-33.
- HODGSON, G. (1988): *Economics and Institutions: A Manifesto for a Modern Institutional Economics*. Polity Press, Cambridge.
- KEYNES, J.M. (1936/1943): *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Fondo de Cultura Económica, México.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1986): *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Tecnos, Madrid.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1993): “Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, no. 15, pp. 79-96.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1980): “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, en *Sistema*, no. 38-39, pp. 171-192.
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2017): “La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, no. 177, pp. 57-88.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1994): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid.
- MULLER-ARMACK, A. (1963): *Economía dirigida y economía de mercado*. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid.
- PÉREZ TREMPES (1993): *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid.
- POSSNER, R. (2007/1973): *Análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.
- PUY FRAGA, P. (1996): *Economía política del Estado constitucional: fundamentos de la Economía constitucional*. Cedecs, Barcelona. (Prólogo de James Buchanan).
- RÖPKE, W. (1956): *La crisis social de nuestro tiempo*. Revista de Occidente, Madrid.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á. (1992): *El sistema económico de la Constitución española*, Cívitas, Madrid.
- SMITH, A. (1776/1958): *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- TENA PALAZUELO, V. (1997): *La unidad de mercado en el Estado Autonomico*, Escuela Libre Editorial, Madrid.
- TULLOCK, G. (2005): *Economics of politics. The selected works of Gordon Tullock*. Liberty Fund Inc, Indianapolis.
- U.E. (2016): *Competencia. Un mejor funcionamiento de los mercados*. Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas.
- VEBLÉN, T. (1899): *The Theory of the Leisure Class: an economic study of institutions*, Macmillan, New York.



ACRÓNIMOS

- BC:** Banco Central
- BCE:** Banco Central Europeo
- CE:** Constitución Española de 1978
- FMI:** Fondo Monetario Internacional
- LOEPSF:** Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (2012)
- GATT:** General Agreement on Tariffs and Trade
- MEDE:** Mecanismo Europeo de Estabilidad (2011)
- MUS:** Mecanismo Único de Supervisión ()
- OMS:** Organización Mundial del Comercio
- ONU:** Organización de las Naciones Unidas
- PEC:** Pacto de Estabilidad y Crecimiento (1997)
- PIB:** Producto Interno Bruto
- SEBC:** Sistema Europeo de Bancos Centrales
- TUE:** Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (1992)
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (se va actualizando por consolidación de antiguas y nuevas normas)
- TECG:** Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (2012)
- UE:** Unión Europea
- UEM:** Unión Económica y Monetaria Europea

Nota: Las fechas se refieren al año en que se aprobó el tratado.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA VIDA ECONÓMICA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DOMINICANO

Dr. Eduardo Jorge Prats,
jurista experto en Derecho Constitucional,
profesor de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra,
República Dominicana



Lic. Eduardo Jorge Prats

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Magna cum laude, Santiago, 1987. Maestría en Relaciones Internacionales con concentración en Derechos Humanos, New School for Social Research (en la actualidad, New School University), New York, 1991. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia / PUCMM (2017-actual). Consultor Jurídico del Banco Central (2000-2003). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de la Regulación Económica y Derecho Financiero de la PUCMM, a nivel de pregrado y posgrado. Entre sus publicaciones más notables se encuentran: el manual “Derecho Constitucional: volúmenes I y II” y “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales”. Es director general de la firma Jorge Prats, Abogados & Consultores. Es presidente del Centro de Estudios de Derecho Público y de la Regulación Económico-Financiera (CEDEPREF) y del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional.

1. Introducción

S abido es que en sus orígenes, el término “Constitución económica” era uno de lucha, polémico, en la medida en que era usado por los defensores del Estado liberal frente a la posibilidad de que, habiendo llegado al poder por la vía electoral las fuerzas políticas socialistas, estas, sin necesidad de reforma constitucional, pudiesen transformar el sistema económico capitalista y dar paso a una economía socialista, implementada a través de la mayoría socialista en el Parlamento y en el ejecutivo. En esa época, los liberales afirmaban que había una Constitución económica liberal que solo podía reformarse agotando el procedimiento especial y agravado propio de las reformas constitucionales por la vía electoral. Esa discusión, agotada durante la República de Weimar en Alemania y que apenas asoma en los tiempos del Chile de Salvador Allende, ha sido superada. Tras la caída del Muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética, hoy, conciliados 1789 y 1917 en el constitucionalismo social y en la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho, el término Constitución económica adopta un perfil meramente descriptivo. En la actualidad, se puede afirmar que la Constitución económica no es más que, tal como la definiera el Tribunal Constitucional español y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, el conjunto de normas constitucionales “destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”¹.

Con la reforma constitucional de 2010, la Constitución económica dominicana se enmarca dentro del modelo de constituciones económicas típicas del denominado Estado Social y Democrático de Derecho, que comienzan a consolidarse en Estados Unidos a partir del “New Deal”, en

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 1/1982*, de 28 de enero. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/gl/Resolucion/Show/43#complete_resolucion&completa.



la década de los 30 del siglo pasado y en el resto del mundo con el final de la Segunda Guerra Mundial, en 1945. Lo que caracteriza a este modelo es que establece un Estado de Bienestar, que jurídicamente se configura como un “Estado Social y Democrático de Derecho” y económicamente, como un Estado de economía mixta. “Este nuevo constitucionalismo difiere en su cristalización formal del de la Primera Guerra Mundial. Mientras los modelos, inspirados en la Constitución de Weimar, aspiraron a una transformación del orden social y económico a través de una rígida y exhaustiva codificación de instituciones socioeconómicas, tanto públicas como privadas, desde las cuales poder dirigir e imponer jurídicamente aquel proceso, el nuevo constitucionalismo, fruto de un compromiso político y del pluralismo ideológico, es mucho más ambiguo y menos ambicioso; satisface sus pretensiones con la consagración en el texto constitucional de normas de principio de marcado carácter declarativo sobre fines sociales o de rechazo del orden económico liberal; la incorporación de los llamados derechos sociales, concebidos no como esferas privativas de los ciudadanos sino como prestaciones u obligaciones a asumir progresivamente por el Estado; y la previsión de medidas facultativas de nacionalización [...] por exigencias de carácter general y colectivo. La Constitución no plasma una imagen fija del orden económico-social a alcanzar, sino que se limita a configurar un marco amplio de principios, a modo de un programa a desarrollar progresivamente por los poderes públicos, bajo el impulso de los partidos políticos y la presión de las fuerzas socioeconómicas, y en torno a la convicción de que a través de la extensión y participación en el poder político (socialización del poder) la comunidad podrá hacer frente a la satisfacción de sus necesidades colectivas”².

En lo que respecta a la Constitución dominicana, sus pronunciamientos expresos en materia económica y social son relativamente novedosos en nuestra historia constitucional, pues no debemos olvidar que pronunciamientos similares comienzan principalmente a proliferar en nuestros textos constitucionales solo a partir de las reformas constitucionales promulgadas durante la Era de Trujillo, régimen que consolida una legislación social y laboral al influjo del constitucionalismo social latinoamericano de la década de los 40, y alcanzan su máxima expresión con la Constitución

2 BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 41.



de 1963 que, a pesar de su breve vigencia, impacta en la Constitución de 1966, la que recoge algunas de las conquistas socioeconómicas introducidas por el constituyente en 1963, como es el caso del principio de la erradicación gradual del latifundio y la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas. Estas normas constitucionales atinentes a lo económico son similares al tipo de declaraciones generales o de principios de conformación del orden socioeconómico, propias de las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y de las constituciones latinoamericanas de las últimas dos décadas del siglo XX, representativas del modelo del Estado Social, en donde el Estado asume un papel protagónico en la consecución de una serie de objetivos y fines socioeconómicos y de realización de derechos sociales. De este modo, la Constitución dominicana ha ampliado el ámbito tradicional de su contenido, sin limitarse a la consagración de normas atinentes al proceso político, sino integrando además proyectos de reforma del orden socioeconómico, reglas y principios que deben caracterizar la acción del Estado, funciones y deberes que han de ser cumplidos por los dominicanos.

Nuestra Constitución, para usar la terminología de Karl Loewenstein, tiende a ser hoy “ideológico-programática” y no “utilitaria” o ideológicamente neutral. No es solo Constitución política sino también Constitución económica y social.

Ahora bien, la gran ventaja del nuevo constitucionalismo económico que nuestra Constitución plasma es que, al concebirse los preceptos constitucionales como cláusulas abiertas y expansivas, que en última instancia son desarrolladas o actualizadas por el legislador o por la Administración, la Constitución económica adquiere una gran elasticidad, lo que permite a los gobernantes una mayor flexibilidad en la gestión económica, desarrollando políticas económicas al amparo de los recursos presupuestarios disponibles, para conseguir los objetivos sociales previstos en la Constitución. Eso no significa, sin embargo, que la Constitución deje de ser una Constitución dirigente, que imponga deberes de acción legislativa y administrativa, como ocurre, por ejemplo, con la obligación del Estado de promover “las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género” (artículo 39.4), ni tampoco que no se puedan deducir consecuencias en el plano jurisdiccional de la omisión, por parte del Estado, de las tareas constitucionales que se le imponen en virtud de la cláusula del Estado Social (artículo 7).



2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, SISTEMA ECONÓMICO Y MODELOS ECONÓMICOS

2.1 El sistema económico constitucionalizado: la economía social de mercado

La Constitución económica dominicana no es “neutral”, contrario a la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En una famosa decisión respecto a las ayudas a la inversión del 20 de julio de 1954, el Tribunal Constitucional alemán declaró que “la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental consiste en que el legislador constitucional no se ha declarado de un modo expreso en favor de un determinado sistema económico. De este modo se posibilita que el legislador persiga en cada caso una política económica adecuada a sus objetivos, siempre y cuando sea respetada la Ley Fundamental. El actual ordenamiento social y económico está hoy por hoy de acuerdo con el mandato constitucional; ahora bien, ello no quiere decir que sea el único posible. Este ordenamiento descansa en una decisión de política económica y social del legislador, que puede ser sustituida o derogada mediante otra decisión de signo distinto. Por ello, desde el punto de vista constitucional, carece de toda trascendencia que la Ley sobre ayudas a la inversión esté en consonancia con el actual ordenamiento social y económico, y que los instrumentos utilizados para la dirección de la economía sean conformes o no con el funcionamiento del mercado”³.

Este no es el caso de la Constitución dominicana. A diferencia de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn no contiene normativa explícita alguna respecto de la Constitución económica y social, y no constitucionaliza los derechos sociales, conformándose con consagrar el catálogo de derechos fundamentales del liberalismo clásico. En contraste con el ordenamiento constitucional alemán, la Constitución dominicana sí contiene cláusulas expresas que establecen el marco jurídico fundamental de la ordenación de la economía y consagra, al lado de los clásicos derechos individuales, los derechos sociales, económicos y culturales. Al proteger la libertad de empresa y el derecho de propiedad, la Constitución postula un

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 4, 17.



determinado sistema económico, la economía de mercado, sistema que, en conjunción con la cláusula del Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales, configura un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado, en la que el Estado es un simple garante del funcionamiento libre de los mercados, y la economía interventora, en la que el Estado interviene como el más activo y principal empresario. El régimen económico que consagra la Constitución “se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano” y “se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad” (artículo 217). Al garantizar que “la iniciativa privada es libre” (artículo 218), que es deber del Estado fomentar “la iniciativa económica privada” (artículo 219) y las iniciativas económicas populares (artículo 222) y que “el Estado favorece y vela por la competencia libre y leal” (artículo 50.1), es obvio que el sistema económico constitucional tiene rasgos propios de una economía de mercado en donde si el Estado interviene, lo hace solo para fomentar la libre iniciativa y la libre competencia. Pero, al permitírsele al Estado ejercer la actividad empresarial, “con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional” (artículo 219), el sistema económico se orienta hacia un sistema interventor donde el Estado ejerce un importante rol de empresario. Sin embargo, este rol empresarial del Estado se ejerce “bajo el principio de subsidiaridad” (artículo 219), lo que significa que el sistema económico consagrado, aunque la Constitución no contiene cláusula expresa en este sentido, es más bien el de la economía social de mercado, en donde el Estado actúa como empresario solo cuando resultan insuficientes o insatisfactorios los mecanismos espontáneos y autorregulatorios del mercado.

¿En qué consiste la economía social de mercado? Este sistema, a diferencia de la “economía libre de mercado”, en el que el Estado tan solo se limita a establecer un orden jurídico objetivo para la acción económica pero sin accionar él mismo, y del sistema de “economía dirigida o controlada de mercado”, caracterizado por un régimen de planificación estatal destinado a corregir las libres decisiones de las empresas, postula la libre competencia como el mecanismo más efectivo para asegurar el bienestar de todos, y admite la intervención del Estado en determinadas materias



económicas y sociales⁴. En el sistema de economía social de mercado, la intervención del Estado en la economía es admitida en la medida en que propicie el funcionamiento sin obstáculos del mercado, respete el mecanismo de formación de precios, asegure la estabilidad económica y evite que la dirección del proceso económico se traslade al Estado. Por eso, la Constitución dispone que “el Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país” (artículo 50.2), es decir, el Estado, en principio, debe intervenir solo en aras de un adecuado funcionamiento de la economía, para la promoción de la competitividad y para impulsar el desarrollo del país.

Sin embargo, que el sistema de economía social de mercado constitucionalmente consagrado no admita, en principio, la intervención del Estado si no es a fin de propiciar el funcionamiento del mercado sin indebidas distorsiones, y de promover la libre iniciativa y la libre competencia y, lo que no es menos importante, que el Estado solo puede válidamente actuar como empresario allí donde la iniciativa privada es insuficiente o ineficiente, todo ello no quiere decir que el Estado no pueda actuar “a favor de la protección de otros intereses constitucionalmente legítimos y coherentes con la economía de mercado y el Estado social de derecho, como los del medio ambiente o en general, de los derechos colectivos”⁵. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en ocasión de una acción en inconstitucionalidad incoada por un grupo de accionantes que alegaban la violación de la libertad de empresa, tuvo a bien establecer que la resolución impugnada “no tiene como finalidad impedir el funcionamiento de los establecimientos comerciales, ya que se limita a establecer reglas dirigidas a garantizar que en los negocios donde se expendan bebidas alcohólicas y se coloque música, no se atente contra el medio ambiente y la tranquilidad de las personas que habitan en los lugares donde están establecidos los mismos. En el presente caso, es oportuno resaltar que los derechos y las libertades fundamentales no son absolutos. En este sentido, si bien es cierto que la Constitución

4 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1977. p. 354.

5 CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Bogotá: Universidad de Externado. p. 137.



consagra la libertad de empresa, no menos cierto es que también prevé el derecho a un ambiente sano”⁶.

No olvidemos que, a fin de cuentas, la economía social de mercado no es más que “una economía de mercado con limitaciones, esto es, acomodada a las exigencias del Estado social”⁷. Por eso, no debe conceptuarse la economía social de mercado reconocida por la Constitución como una en donde solo puede válidamente operar un modelo económico “ordoliberal” o “neoliberal” como el originalmente formulado por la Escuela de Friburgo, en que únicamente son constitucionalmente admisibles las políticas económicas que protegen la competencia y que son conformes con el mercado, o sea, que respetan el mecanismo de formación de precios. Ello así no solo porque la Constitución es clara en cuanto a que el sistema económico debe orientarse “hacia la búsqueda del desarrollo humano” y “se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad” (artículo 217), sino también porque la Constitución consagra expresamente intervenciones estatales, tales como la seguridad social (artículo 60) y la planificación (artículo 241 y 242), inadmisibles para los neoliberales alemanes.

En consecuencia, para entender el sistema económico constitucional, se requiere leer sistemáticamente la Constitución a partir del supuesto de que ni la economía de mercado puede conceptuarse al margen de la cláusula del Estado Social, ni este último puede configurarse ignorando las libertades económicas protegidas por el sistema económico constitucionalizado. “La interpretación sistemática constitucional obliga a tener en cuenta todo, pero también a no dejar por fuera a ninguno de los preceptos, bienes, intereses, garantías que rigen alguna materia: el significado del Estado social de Derecho no puede trazarse, pues, con negación de la libertad económica, de la libre competencia, del derecho a la propiedad y la protección de los derechos de los trabajadores, la seguridad social, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el bienestar colectivo;

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0327/14* de fecha 22 de diciembre de 2014. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8021/tc-0327-14.pdf>

7 ARAGÓN, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid: McGraw-Hill. 1995. p. 9.



no pueden sustentarse desde la negación de la libertad de empresas en el marco de la economía de mercado”⁸.

Esto no quiere decir que sea constitucionalmente legítimo que el Estado actúe empresarialmente, en violación al principio de subsidiariedad, o que adopte una política económica que no propicie la competencia, todo en aras de perseguir unos objetivos constitucionalmente mandatorios y legítimos, como sería el caso de la redistribución de la riqueza y de la justicia social, pues es obvio que tales fines, derivados de la cláusula del Estado social, deben alcanzarse “en un marco de libre competencia” (artículo 217), tal como ordena la economía de mercado constitucionalmente consagrada. Lo que sí significa esta interpretación sistemática de la Constitución económica es que las libertades económicas deben ser interpretadas socialmente, como resulta manifiesto en el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad (artículo 51) y de las iniciativas económicas populares (artículo 222), y que los derechos sociales pueden y deben ser interpretados en clave de la economía de mercado, como se revela en el reconocimiento constitucional de la iniciativa privada en la creación de instituciones educativas (artículo 63.12), que garanticen el derecho a la educación y el acceso de las personas “a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades” (artículo 63). Por ello, puede afirmarse, junto con la Corte Constitucional colombiana, que el sistema económico constitucionalizado hace posible la “conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica [...], junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo de una vida digna”, pues, a fin de cuentas, la economía social de mercado postula que “las reglas de la oferta y de la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación”⁹, o, lo que es lo mis-

8 CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Op. cit., p. 134.

9 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia No. C-865-04*. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>



mo, al servicio del “desarrollo humano”, a cuya búsqueda debe orientarse siempre el sistema económico, como manda la Constitución (artículo 217).

El Tribunal Constitucional ha reconocido que el sistema económico constitucionalizado en el artículo 217 de la Constitución es el de una economía social de mercado y, citando a García Pelayo, ha dicho que “en este sistema económico, el Estado tan solo se limita a establecer un orden jurídico objetivo para la acción económica, caracterizado por un régimen de planificación estatal destinado a corregir las libres decisiones de las empresas y postular la libre competencia como el mecanismo más efectivo para asegurar el bienestar de todos, y admite la intervención del Estado en determinadas materias económicas y sociales”¹⁰. Ese sistema, articulado alrededor de la intervención estatal y el principio de subsidiaridad, le da al Estado “una participación activa en el ámbito económico nacional, lo que le permite funcionar como una fuente principal en la búsqueda de un equilibrio de los intereses de los ciudadanos para el logro efectivo de los objetivos trazados. Por tanto, la intervención del Estado es un elemento que se mantiene en igualdad de condiciones con las iniciativas privadas, a los fines de obtener la facultad de suplir las deficiencias que surjan en la economía, asegurando con ello la misión de proteger los servicios básicos que la población necesita, a través de una política económica de mercado”¹¹.

2.2 Los modelos económicos: la flexibilidad de la Constitución económica

Que la Constitución consagre un sistema económico, la llamada economía social de mercado, y que, por ello, no sea neutral, no significa que se constitucionalice un modelo económico fijo. Tal como ha señalado la Corte Constitucional colombiana, “mal podría un texto –que pregona como fundamental el principio de la democracia– constitucionalizar un

10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0027/12*, de fecha 5 de julio de 2012. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15626/sentencia-tc-0027-12-c.pdf>

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0062/15*, de fecha 30 de marzo de 2015. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc006215>



modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”¹². De ahí que, siempre y cuando se descarten los dos sistemas económicos constitucionalmente prohibidos, la economía libre de mercado y la economía socialista, los cuales, colocados en extremos opuestos, se contraponen al sistema económico constitucional, el legislador dispone de un amplísimo margen para configurar diversos modelos económicos alternativos. La Constitución no es neutral, pero sí es flexible. Y es que las normas constitucionales atinentes a lo económico, como la gran mayoría de las normas constitucionales, se caracterizan por su ductibilidad¹³. Por ello, dentro del sistema de economía social de mercado, la Constitución ampara la más diversa gama de modelos, teóricos y prácticos, ensayados o no, inspirados tanto en los postulados del capitalismo contemporáneo como en los del socialismo democrático. La Constitución económica no reproduce un planteamiento abstracto sino que regula, por medio de principios, normas e instituciones, relaciones sociales significativas para la reproducción del orden económico. Esta comunicación entre Derecho y economía es lo que explica el carácter abierto de las regulaciones económicas, la posibilidad de desarrollos diversos, de manera que a una misma Constitución económica puedan corresponder materializaciones distintas.

Es, en consecuencia, en el sentido de flexibilidad constitucional, propiciadora de la posibilidad de diversos modelos económicos, todos constitucionalmente legítimos, y no en el de ausencia de un sistema económico consagrado y garantizado por la Constitución que debe ser entendida la “neutralidad” de la Constitución económica. Se puede así afirmar, junto con la jurisprudencia constitucional venezolana, que las normas de la Constitución económica “actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una ‘base neutral’ que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual solo se pretende que observe los límites constitucionales”¹⁴. Esto es

12 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia No. C-074/93*. Consultada el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-074-93.htm>

13 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 1995, p. 20.

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA. *Caso Pedro Antonio Pérez*, de fecha 15 de diciembre de 1998.



así y solo puede ser así en un Estado democrático pues, como bien ha establecido la Corte Constitucional colombiana, “el principio democrático supone la idea de alternación y esta solo se cumple si es posible que se debata en el panorama político con ideas y doctrinas diferentes, a partir de las cuales la voluntad popular, representada en las urnas, elija la que a su juicio desarrolle de mejor manera los conceptos de justicia que encierra la Carta política”¹⁵. En otras palabras, la periodicidad de los cargos públicos electivos y la alternancia de los partidos políticos propia del pluralismo democrático parten del supuesto de que los gobernantes pueden cumplir los mandatos de la Constitución económica conforme la plataforma programática presentada al electorado para viabilizar la renovación en dichos cargos.

Ahora bien, que la Constitución admita la posibilidad de varios modelos económicos no significa, como bien ha expresado la Corte Constitucional colombiana, que esta sea “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra parte, operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales”¹⁶. Es por ello que en el ordenamiento constitucional dominicano, para seguir utilizando las palabras de la Corte Constitucional colombiana, no son admisibles “proyectos o normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades, o tiendan a desproteger la libertad de empresa dentro del marco de una economía social de mercado, o a menoscabar el derecho al trabajo y los otros derechos fundamentales que [...] forman parte del orden público constitucional”¹⁷. En otras palabras, la Constitución económica es flexible porque, dentro del sistema económico constitucionalizado, existe la posibilidad constitucional del despliegue de diversos modelos económicos. Sin embargo, hay modelos económicos que, bien porque vulneran los pilares de la economía social

15 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-047/93*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-074-93.htm>

16 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-040 de 1993*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-040-93.htm>

17 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-074 de 1993*. Op cit. 1.1.



de mercado o bien porque atentan contra los fundamentos del Estado Social y del ordenamiento constitucional de derechos fundamentales, están claramente prohibidos.

3. LOS PILARES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La Constitución económica dominicana tiene como sus dos piezas clave la economía de mercado y la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 7). La economía de mercado, afincada sobre la libertad de empresa (artículo 50) y el derecho de propiedad (artículo 51), constituye, a pesar de que no ha sido consagrada explícitamente en el texto constitucional, el marco económico *stricto sensu* de la Constitución económica, en tanto que la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho vendría a ser el marco sociopolítico de la misma¹⁸. “El Estado social de derecho es el principio dogmático, axiológico y finalístico que ordena el sistema constitucional *in toto*, pero es, a la vez, el principio que en la Constitución económica inyecta a la economía libre, de unos contenidos que esta misma no posee o no asegura de por sí y que son esenciales para la realización de ese concepto constitucional de Estado. La economía de mercado, de su lado, es su armadura más compacta, de la que cuelgan o se desprende la mayor parte de los elementos económicos-constitucionales, como derechos, instituciones, competencias, que dan a la noción explorada una fisonomía precisa”¹⁹. A estos dos pilares básicos de la Constitución económica se suma el Estado de Derecho como el pilar garantista de dicha Constitución.

3.1 La economía de mercado: el pilar libertario de la Constitución económica.

La economía de mercado es el primer principio estructural de la Constitución económica, sobre el cual descansan la totalidad de las

18 DE JUAN, César. *La Constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 313.

19 CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. op. cit. p. 97.



cláusulas constitucionales de ordenación de la economía al interior del Estado. A pesar de que, como ya hemos visto, la Constitución no adopta expresamente la economía de mercado, esta se colige claramente desde el reconocimiento del derecho a la propiedad y al trabajo como derecho de libertad y como deber, hasta la declaración de la iniciativa privada como libre y el establecimiento de la libre competencia como derecho y como principio rector del sistema económico. Puede entonces afirmarse que, tal como señala la Corte Constitucional colombiana, “la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica, de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores”²⁰. La economía de mercado, fundada en el principio de la libertad económica derivada de la libertad de empresa, y que viene a ser el pilar libertario de la Constitución económica, mantiene en todo momento el componente libertario que la caracteriza y que se soporta no solo en el instituto del mercado, sino también en el principio general de libertad, en virtud de lo cual todo lo que no está legalmente prohibido está permitido, y la ley solo puede prohibir lo que no es justo o útil (artículo 40.15 de la Constitución) y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 43 de la Constitución), de los cuales la libertad económica no es más que concreción específica en el ámbito de la economía. En todo caso, como veremos más adelante, esta libertad económica, esencial para la existencia de una economía de mercado, es, como todo derecho fundamental, limitada “tanto por las exigencias ‘sociales’ del Estado social como por las exigencias ‘generales’ de la economía nacional”²¹. La Constitución ha consagrado un modelo de organización de mercado que enfatiza la libertad y la competencia leal como la mejor manera de promover el funcionamiento eficiente de los mercados y los intereses de los consumidores. Tal como ha indicado la Corte Constitucional colombiana, este modelo implica la libertad de empresa o libre iniciativa privada “como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa”; “la libertad de organización de los factores de producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto

20 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-535 de 1997*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>

21 ARAGÓN, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*, op. cit., p. 13.



económico libre, que responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente”, o sea, un ámbito legítimo para “la satisfacción del interés material propio”; y, finalmente, el establecimiento de instrumentos de intervención del Estado “que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de estas, el balance induce a una mayor intervención del Estado, ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado”²².

3.1.1 La garantía institucional del mercado.

La consagración constitucional de la economía social de mercado conlleva a conceptualizar el mercado como “una garantía institucional que ha de ser respetada por el legislador y el resto de los poderes públicos”²³. Es precisamente por este carácter de garantía institucional o instituto del mercado “que resulta imposible al legislador, no obstante su reconocido poder de regulación de la vida económica del Estado, establecer normativas que supongan la eliminación como regla general de la libertad *prima facie* para ingresar en el mercado, para someterse a las leyes de la oferta y la demanda, o la rebaja del status o garantía de alguno de los elementos que integran la noción jurídica de esa institución protegida. Es en él donde se concreta la primera opción constituyente para realizar el bienestar general, en tanto los beneficios individuales que su funcionamiento genera reportan a su vez beneficios colectivos, como espacio que mejor facilita y hace posible el ideal de justicia diseñado por la Constitución. El mercado es entonces instrumento para la libertad y la igualdad, para la justicia y la pluralidad, para el trabajo y la solidaridad, para la dignidad de la persona y para el interés general. De allí su importancia y el requerimiento de su salvaguarda; de allí que el Estado social de derecho se sirva de él y sea permeable a su lógica; de allí que se reconozca su entidad constitucional”²⁴.

22 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-535 de 1997*. Op. cit., 5.1.

23 ARAGÓN, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*. Op. cit., p. 9.

24 CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Op. cit., p. 141.



3.1.2 Los derechos propios de la economía de mercado: la libertad de empresa.

La economía de mercado tiene como ejes esenciales la libertad de empresa (artículo 50) y el derecho de propiedad (artículo 51). Nos referiremos en este trabajo exclusivamente a la libertad de empresa, pues el tratamiento de la propiedad, tal como ha sido juzgado en múltiples sentencias por el Tribunal Constitucional, principalmente en lo que respecta a casos de expropiación forzosa, merecen un estudio más extenso, por separado, que rebasaría el espacio concedido para esta colaboración.

La Constitución establece que “el Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes” (artículo 50). Según el Tribunal Constitucional, “el artículo 50 de la Constitución de la República puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos”²⁵.

Para el Tribunal Constitucional “este derecho otorga a las empresas privadas la libre decisión para que establezcan sus objetivos empresariales en atención a sus recursos y la situación del mercado, así como su decisión de dejar de operar o excluir productos dentro de la gama de su comercialización, sean estos productos destinados o no como medicamentos para el consumo humano”²⁶. Citando la jurisprudencia constitucional colombiana, nuestros jueces constitucionales especializados han señalado que “la libertad de empresa comprende la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0049/13* de fecha 9 de abril de 2013. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc004913>

26 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0031/18* de fecha 13 de marzo de 2018. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003118/>



del mundo económico contemporáneo, con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; (ii) la libre iniciativa privada²⁷. De esta jurisprudencia constitucional se desprende que la libertad de empresa implica (i) la libertad de creación de empresas y acceso al mercado, (ii) la libertad de organización y (iii) la libertad de dirección de empresas. Veamos en detalle estos tres aspectos esenciales de la libertad de empresa...

3.1.2.1 Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado.

La libertad de empresa es la libertad de emprender actividades económicas, o sea, la libertad de fundación de empresas y el derecho al libre acceso al mercado de bienes y servicios²⁸. En esto, la Constitución es más que clara: “Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes” (artículo 50). Esto significa que cualquier persona física o jurídica que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que el Estado pueda prohibir o someter a autorización de manera discrecional o arbitraria dichas actividades. La iniciativa privada siempre “es libre” (artículo 218) y, más aun, el Estado debe fomentar “la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país” (artículo 219).

Aquí es preciso señalar que el legislador, a fin de asegurar la regulación de un sector económico o profesional, puede establecer a los particulares condiciones subjetivas de admisión, derivadas de la naturaleza de la

27 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia No. C-263/11 de fecha 6 de abril de 2011. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>

28 NOBOA PAGÁN, Angélica. “Evolución del pensamiento solidario que inspira el artículo 8, inciso 12, de la Constitución dominicana y su interpretación actual”. En Gaceta Judicial. No. 177. 15 de febrero de 2004, p. 26.



actividad que exige acreditar una cualificación profesional (colegiación, título académico), solvencia económica y cuadros expertos (banca, seguros, mercado de valores, etc.), en defensa y protección del público y de la confianza que depositan las personas en estas empresas. Por aplicación de los artículos 40.15 y 74.2 de la Constitución, que establecen el principio de razonabilidad, los requisitos técnicos y económicos exigidos deben ser, en todo caso, proporcionados y no arbitrarios, al tiempo de que deben ser establecidos mediante ley. Así, si bien resulta razonable exigir una cualificación profesional al médico que pretende ejercer su profesión, sería irrazonable exigir dicho requisito al que busca brindar sus servicios de plomería o de electricista. Cabe imponer condiciones subjetivas de admisión en actividades cuya trascendencia amerite someterlas a una disciplina especial y a un régimen de autorización previa, tales como banca, seguros, etc., pero estas condiciones resultarían irrazonables si se trata de regular el comercio al detalle o los salones de belleza. Ahora bien, tal como señala la Exposición de Motivos de la Ley Monetaria y Financiera que sustituye el régimen de concesión de franquicia bancaria por uno de autorización previa, “una cosa es que el funcionamiento efectivo del sistema financiero –que permite una adecuada distribución del crédito– se considere económicamente un bien general, y otra muy distinta es que la intermediación financiera pase a ser considerada un servicio público, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva”.

¿Existe en el ámbito de la actividad de la intermediación financiera, la cual está sometida por la Ley Monetaria y Financiera al régimen de la autorización administrativa previa, libertad de empresa? ¿Puede considerarse como un derecho el acceso por el empresario a la actividad de intermediación financiera? ¿Hay libertad de empresa allí donde el Estado puede imponer el abandono de la actividad empresarial? Evidentemente que sí. Un derecho que necesita previa autorización del poder público sigue siendo un derecho y no una concesión.

Como bien establece la Exposición de Motivos de la Ley Monetaria y Financiera, se “entiende el negocio bancario como una actividad privada sujeta a un régimen de previa autorización por la Administración”, por lo que “se abandona el modelo de supervisión financiera inspirado tácitamente en la coadministración o franquicia estatal sobre el negocio bancario y en su lugar se establece un modelo de supervisión basado en un esquema de seguimiento permanente de las condiciones de liquidez



y solvencia que se conciben como mínimas, para así evitar la insolvencia regulatoria”. Hay que admitir, por tanto, que en todos los sectores que, como el bancario, de seguros, de mercado de valores y de pensiones, están sujetos a un régimen de previa autorización y supervisión continua, hay libertad de empresa en la medida en que no hay una prohibición absoluta de acceder a los mismos (siempre y cuando se cumpla con los requisitos de capital, de experticio, etc. , necesarios para obtener la previa autorización), no se impone forzosamente la continuación de los negocios (pues se puede abandonar la actividad con previa autorización de las autoridades reguladoras) y se ejerce libremente la actividad, sujeta a la inspección de las autoridades.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que “la regulación por parte del Estado en distintas áreas de la economía no supone la violación al derecho de libertad de empresa”²⁹. Así, ha considerado que “respecto del alegato de violación a la libertad de empresa y a la prohibición de monopolios, es el criterio de este tribunal que no se evidencia tal violación, por cuanto a nadie se le ha impedido realizar la actividad económica de que se trata, sino que el Estado, a través de la resolución de marras, entre otras cosas lo que ha hecho es condicionar la venta directa de combustibles a particulares no detallistas, esto es, regular las actividades comerciales entre los detallistas de combustible y los distribuidores. Tal accionar tiene su sustento jurídico en las disposiciones del artículo 221 de la Constitución y en el artículo 2B letra g) de la Ley No. 290-66, de fecha 30 de junio de 1966, y su reglamento de aplicación No. 186-66, del 26 de octubre del año 1966, pues las facultades reglamentarias de la Administración Pública autorizan al Estado a intervenir, incluso dictando normas que garanticen la libre competencia y los niveles de precio, sin que ello implique violación a la libertad de empresa”³⁰. Ha establecido también el Tribunal Constitucional que “contrario al planteamiento del accionante, el hecho de que la disposición contenida en el artículo 8 de la

29 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. Sentencia No. TC/0001/14, de fecha 14 de enero de 2014. Consultada el 21 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000114>

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. Sentencia No. TC/0027/12, de fecha 5 de julio de 2012. Consultada el 21 de agosto de 2018. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15626/sentencia-tc-0027-12-c.pdf>



Ley núm. 139-11, prohíba temporalmente la concesión de nuevas licencias a las bancas de lotería y apuestas deportivas, no impide necesariamente la incursión de nuevos comerciantes en este negocio, toda vez que les será posible adquirir licencias que han estado operando con anterioridad a la ley impugnada, más bien se trata de una restricción transitoria, justificada en un interés general como es la necesidad de un incremento recaudatorio del Estado para una mayor inversión en el sector educativo, que es uno de los componentes estratégicos del desarrollo económico y social. De modo que la medida está en consonancia con la noción de justicia social y de igualdad aplicada a la libertad de empresa que inspira los principios rectores del régimen económico previsto en el artículo 217 de la Constitución”³¹.

3.1.2.2 Libertad de organización de empresas.

La libertad de empresa supone la capacidad de tomar decisiones libremente sobre las formas de organización, el nombre, el emplazamiento y la forma de gobierno interno, así como todos los demás aspectos de la organización y vida interna de la empresa. No hay lesión a esta libertad cuando la ley establece ciertos principios de organización, publicidad y responsabilidad, en protección de los derechos de terceros y que forman parte del orden público societario o corporativo. La ley puede también regular la composición interna de los órganos de la empresa, garantizando la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los derechos de accionistas minoritarios y bonistas de la sociedad, siempre y cuando el control y decisión última quede en manos de los accionistas. La empresa puede emplazarse donde deseen sus fundadores, siempre y cuando se respeten normas de orden público que prohíben, por ejemplo, situar ciertas industrias en determinadas zonas. Es importante señalar que el Derecho Societario tiene su fundamento constitucional en el pluralismo de formas jurídicas empresariales o pluralismo empresarial que reconoce la Constitución, al consagrar la libertad de asociación (artículo 47), la libertad de empresa (artículo 50), la libre iniciativa económica privada

31 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. Sentencia No. TC/0001/14, de fecha 14 de enero de 2014.



(artículos 50 y 219) y la promoción de las iniciativas económicas privadas (artículo 222).

Esta libertad de organización de empresas tiene como límite los derechos fundamentales de los socios de las mismas, los cuales, si bien pueden ser modulados, no pueden ser restringidos de modo irrazonable o que se anule su contenido esencial. El reconocimiento de estos derechos fundamentales de los socios de una empresa, como sería el caso del derecho a la incomunicación patrimonial propio de las sociedades anónimas basadas en la limitación del riesgo y en virtud del cual los accionistas únicamente son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes a la sociedad, no impide, sin embargo, que en caso de que haya abuso de la personalidad jurídica³², se proceda al levantamiento del velo corporativo³³, tal como dispone la Ley de Sociedades. Como bien ha establecido la Corte Constitucional de Colombia, “cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas, generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido”³⁴.

3.1.2.3 La libertad de dirección de la empresa

La libertad de empresa conlleva la libertad de ejercicio de la actividad empresarial, la libertad de tomar decisiones y competir en un mercado libre. Ello implica la libertad de producción, la libertad de inversión, la

32 DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 26.

33 BOLDÓ RODA, German. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 34.

34 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-865/04*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>



libertad de fijación de una política comercial, la libertad de publicidad, la libertad de distribución y venta, libertad de competencia y la libertad de contratar. Estas libertades son mayores en los sectores libres que en los sectores regulados. Por otro lado, la libertad de producción derivada de la libertad de empresa puede ser limitada por el Estado, al establecerse que para evitar peligros a la ciudadanía, se requieren permisos o licencias para producir ciertos productos, como es el caso de los productos farmacéuticos, las bebidas alcohólicas y los fuegos artificiales. Del mismo modo, son constitucionalmente admisibles, en principio, los múltiples requisitos de producción en las áreas de protección laboral, medioambiental y de salud, seguridad técnica, basados en normas de producción que comprenden obligaciones para la empresa en lo referente a los medios de producción, a sus actividades; las limitaciones a la libertad de distribución de productos extranjeros derivadas de la obligación de fijar etiquetas con leyendas en idioma español, así como los controles a las importaciones y a las exportaciones que impone el Estado, dependiendo de la coyuntura y la política económica, constituyen también limitantes legítimas a la libertad de empresa.

3.1.2.4 La libre competencia como principio fundamental de la economía social de mercado.

“La libre competencia constituye el elemento sustancial del sistema económico establecido. Porque la economía de mercado, para ser libre, debe ser a la vez concurrente, ya que solo con la competencia se asegura que el ejercicio de la iniciativa económica redundará en los resultados más eficientes y adecuados a los objetivos constitucionales”³⁵. Ello explica el por qué no solo se consagra la libre competencia como principio rector del orden económico en el artículo 217 de la Constitución sino también por qué la Constitución dispone que “el Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional” (artículo 50.1).

35 CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Op. cit., p. 157.



En este sentido, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional español, “el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta [...] por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de este”³⁶. Se puede afirmar así que, tal como señalan los jueces constitucionales españoles, “la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”³⁷, al extremo de que puede afirmarse, como ha establecido la Corte Constitucional colombiana, que la libre competencia “es un presupuesto de la actividad comercial dentro de una economía de mercado, hasta el punto de que la actividad mercantil no puede concebirse sin que sea viable la libre concurrencia de diferentes agentes económicos que se disputen los mercados”³⁸, un verdadero “principio estructural de la economía social de mercado”³⁹.

Este principio constitucional protege, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean estos grandes o pequeños”⁴⁰, máxime en el caso dominicano, donde la Constitución no solo establece que “todas las perso-

36 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 88/1987* de fecha 2 de junio de 1987. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/820#complete_resolucion&fundamentos

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 208/1999* de fecha 11 de noviembre de 1999. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3950>

38 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. T-492/93*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-492-93.htm>

39 *Vid.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencias No. C-616/01 y T-583*. Consultadas el 20 de agosto de 2018. Disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm> y <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-583-03.htm>

40 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-535/97*.



nas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes” (artículo 50), sino que también, consciente de que este derecho no puede ejercerse plenamente sino es en un entorno social y económico propicio para ello, dispone que “el Estado fomenta la iniciativa económica privada, creando las políticas económicas necesarias para promover el desarrollo del país” (artículo 219), por lo que “el Estado reconoce el aporte de las iniciativas económicas populares al desarrollo del país; fomenta las condiciones de integración del sector informal en la economía nacional; incentiva y protege el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, las cooperativas, las empresas familiares y otras formas de asociación comunitaria para el trabajo, la producción, el ahorro y el consumo, que generen condiciones que les permitan acceder a financiamiento, asistencia técnica y capacitación oportunos” (artículo 222).

Por otro lado, la libre competencia opera tanto en beneficio de las empresas competidoras como a favor de los consumidores. Y es que, según la Corte Constitucional colombiana, “la conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores”⁴¹.

La defensa de la competencia constitucionalmente ordenada comprende no solo aquellas medidas expresamente contempladas en la Constitución, es decir, aquellas tendentes a combatir el monopolio y el abuso de posición dominante (artículo 50.1), sino todas las medidas necesarias para asegurar la libre competencia, pues, como ha señalado el Tribunal

41 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-535/97*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>



Constitucional español, “la defensa de la competencia, en un aspecto normativo ‘comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado’”, aunque “no debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten la estructura del mismo”⁴².

3.1.4 La unidad de mercado como elemento fundamental de la economía de mercado.

La emergencia, consolidación y expansión de la economía de mercado están ligadas a la creación y mantenimiento de un mercado común que facilite el comercio entre países, regiones y ciudades. Desde el comercio medieval, pasando por la creación de los mercados nacionales de los Estados modernos, hasta el surgimiento de un mercado común europeo, la unidad de mercado como condición de inmanencia a la economía de mercado ha estado siempre presente. Este carácter esencial de la unidad de mercado, como elemento básico de la economía de mercado, no se altera por el tipo de Estado de que se trate, aunque, indudablemente, la existencia de estados compuestos, que reconocen un mayor poder a las autonomías territoriales que lo componen, en contraste con los estados unitarios, plantea unos problemas más complejos que los presentes en estados unitarios, donde las decisiones de los poderes públicos en materia económica se encuentran más o menos centralizadas. Con todo, en un Estado unitario descentralizado, como la República Dominicana, la unidad de mercado es un tema constitucionalmente relevante, en la medida en que nuestro ordenamiento reconoce la autonomía de los municipios.

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 71/1982*, de 30 de noviembre de 1982. Consultado el 15 de agosto de 2018. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/113>



La unidad de mercado no está consagrada expresamente en la Constitución, aunque ella se deduce del reconocimiento de que la República Dominicana es un Estado “organizado en forma de República unitaria” (artículo 7); de la consagración de la libertad de tránsito (artículo 46), la cual, en conjunción con la libertad de empresa (artículo 50), supone la libertad de circulación no solo de personas sino también de bienes, servicios y capital; de la posibilidad constitucional para los ayuntamientos de imponer arbitrios en el ámbito de su demarcación, “siempre que los mismos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación ni con la Constitución o las leyes” (artículo 200); y de la existencia de una unidad monetaria nacional, el peso dominicano (artículo 229), todo lo cual deja claro que para la Constitución debe existir un solo mercado en el territorio nacional, que el comercio nacional debe estar sujeto a una reglamentación jurídica homogénea y vinculado a un único instrumento monetario, que el tráfico interior debe estar libre de gravámenes y que los tributos sobre la exportación y los demás impuestos deben ser uniformes en todo el territorio nacional. Y no podía ser de otro modo: cuando República Dominicana surge como nación independiente, el país se constituye como una sola unidad económica, más allá de la importancia de las economías regionales que durante gran parte del siglo XIX amenazaron la integridad político-territorial del país, de modo que la historia económica dominicana, desde la época colonial hasta toda la era republicana, al igual que la de la gran mayoría de los Estados nacionales, es fundamentalmente la historia de la progresiva integración económica nacional. Es más, puede afirmarse que “desde el punto de vista del derecho constitucional, la integración económica es una de las consecuencias propias del principio de integración constitucional al que se refiriera con maestría Rudolf Smend, al tratar la eficacia integradora de las constituciones modernas”⁴³. Tan importante es la integración económica para la Constitución y tan vinculada se encuentra ésta a la integración político-territorial que el constituyente, desde mediados del siglo XX hasta inclusive la reforma constitucional de 2010, ha venido insistiendo en considerar, para usar las palabras de la propia Constitución, “de supremo y permanente interés nacional la seguridad, el desarrollo económico, social y turístico

43 DALLA VIA, Alberto T. *Derecho Constitucional Económico*. p. 538.



de la Zona Fronteriza, su integración vial, comunicacional y productiva, así como la difusión de los valores patrios y culturales del pueblo dominicano” (artículo 10).

3.2 El Estado Social: el pilar igualitario de la Constitución económica.

La fórmula política definitoria del Estado dominicano es la del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 7). Como hemos visto en el Capítulo 8, con esta fórmula viene a sintetizarse la sustancia de las transformaciones sociales y políticas habidas desde el liberalismo clásico hasta nuestros días, gracias a las cuales el Estado, principalmente a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, abandona su modelo abstencionista de corte liberal y asume como propios los objetivos de establecer y asegurar unos mínimos de condiciones de vida para todas las personas y procurar la disposición de medios que cubran las necesidades de las personas y grupos que puedan estar en una situación más desfavorecida.

Ese Estado Social, que se realiza en forma muy desigual en cada país, establece, de manera abierta y flexible, una dirección, un principio orientador o teleológico, de naturaleza política, que consiste en asumir los siguientes postulados: (i) que es función del Estado conseguir la satisfacción generalizada de las necesidades básicas y eliminar o allanar los obstáculos que impiden la efectividad de la igualdad; (ii) que las personas tienen derecho a un mínimo vital, como exigencia derivada de su dignidad, en función de sus necesidades personales y familiares, de cuya efectividad ha de velar el Estado mediante las correspondientes acciones legislativas y administrativas; (iii) que los poderes públicos han de cuidar las personas y grupos que transitoria o permanentemente están en situación de inferioridad vital por causas ajenas a su voluntad, como la ancianidad, el desempleo, la minusvalidez; y (iv) que también es función del Estado procurar la mejor utilización de los bienes y servicios que los individuos no pueden gestionar por sí mismos⁴⁴.

Los postulados que desarrollan la cláusula constitucional del Estado Social pueden encontrarse actuantes en la Constitución dominicana,

44 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Op. cit., p. 655.



tanto en el Título II, que consagra los derechos económicos y sociales como en el resto de sus Títulos, principalmente en el Título XI, relativo al régimen económico y financiero. El Estado se configura como Estado protector, e integra a sus tradicionales funciones la política social, en su sentido más amplio, en el marco de la política económica. A tales fines, han sido llevadas a la Constitución normas de muy diversa índole, con una pretensión tanto legitimadora como orientadora y racionalizadora, incorporándose, además de las necesarias cláusulas de contenido económico, algunas normas que prefiguran derechos de prestación, otras que definen directrices o dirigen mandatos al legislador, y otras que emiten declaraciones. Todas estas normas aparecen vinculadas, directa o indirectamente, con la idea, valor y principio sustentador de la igualdad, entendida no solo en un sentido formal, sino también en un sentido material, como igualdad real y efectiva.

Es en ese conjunto de normas donde encontramos el núcleo de los contenidos del Estado Social. Y es precisamente ahí donde se manifiestan con mayor crudeza las dificultades de análisis del sector normativo constitutivo de la dimensión social del Estado, por lo complicado que resulta reconducir sus contenidos a estructuras de semejante nivel garantista alcanzado por los principios y contenidos del Estado de Derecho y el Estado Democrático. Se trata de la necesidad de construir, a partir de las herramientas constitucionales disponibles, una verdadera y efectiva “garantía social”⁴⁵ de lo que la Constitución denomina “derechos sociales” pero que, por su redacción, se revelan, algunos de ellos, como meros principios rectores de la política social y económica del Estado.

Dichos principios, frente al régimen de derechos fundamentales consagrados en el mismo Título II, se caracterizan por los siguientes rasgos: (i) disfrutan de una naturaleza marcadamente socioeconómica, reflejo de la configuración del Estado dominicano como Estado Social de Derecho; (ii) a diferencia de los derechos individuales, exigen de los poderes públicos una actividad de prestación, una actuación positiva y promocional; (iii) en ellos predomina su faceta institucional y objetiva; (iv) no gozan de un carácter homogéneo, de modo que mientras algunos preceptos se refieren

45 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 635.



a auténticos derechos, otros en cambio se incardinan en simples principios, aunque todos disfrutan de una naturaleza normativa; (v) una norma legal cualquiera puede ser considerada inconstitucional por omisión, si no atiende el mandato a los poderes públicos, en especial al legislador, contenido en dichos principios; (vi) con independencia de su exigibilidad por vía política o de presión social participativa, en la práctica su realización no tiene necesariamente que ser en forma inmediata, exhaustiva, generalizada y a través de prestaciones “in natura”, sino que su cumplimiento puede asegurarse a través de regulaciones periódicas y escalonadas en el seno de los instrumentos de ordenación de la economía; y (vii) dependiendo de su nivel de concreción y especificidad, pueden ser invocados directamente ante los tribunales, están protegidos por la acción de amparo y tienen un contenido esencial que vincula al legislador y a la Administración, no obstante que, algunos de ellos, solo devienen derechos a través de una legislación concreta de desarrollo.

“En consecuencia, de la formulación y de la realidad del Estado social –todavía gestándose, definiéndose en su encarnadura paradigmática como ‘Estado de bienestar’, con avances, crisis y retrocesos según la marcha de la política y de la economía– no podemos extraer un modelo relativamente cristalizado ni siquiera en el plano constitucional en el sentido en el que, por el contrario, sí lo podemos apreciar altamente racionalizado en relación con los contenidos del Estado de Derecho o del Estado democrático. Hoy por hoy, el Estado social, antes que una realidad estructural, es más bien, en el orden constitucional, un imperativo teleológico y, como tal, expresión de la tensión entre fuerzas sociales, políticas y económicas, lleno de potencialidades de desarrollo, por supuesto, pero también de contradicciones. Su concreción jurídica racionalizada, que por fuerza tiene que ser flexible porque el Estado no puede materialmente garantizar de manera estable estándares prestacionales preconfigurados en la Constitución, se centra en la definición y establecimiento de principios constitucionales. Estos principios, que están ideológicamente bien asentados y tienen un gran poder simbólico de evocación y de apelación al articular sobre nuevas bases el poder político y la sociedad, no tienen, sin embargo, como analizaremos más adelante, la densidad normativa de otros preceptos constitucionales, siendo su naturaleza la de principios rectores o normas directrices, cuyo destinatario inmediato y directo no son los ciudadanos, sino los poderes



públicos, aunque formalmente a veces se formulen de manera expresa como derechos”⁴⁶.

Estos principios rectores pueden ser normas directrices que establecen objetivos o fines generales de la acción estatal. Es paradigmática de este tipo de normas la formulación del artículo 10, referente al régimen económico y social fronterizo y en virtud de la cual “se declara de supremo y permanente interés nacional la seguridad, el desarrollo económico, social y turístico de la Zona Fronteriza, su integración vial, comunicacional y productiva, así como la difusión de los valores patrios y culturales del pueblo dominicano”. Pueden ser también normas directrices relativas a la protección de determinados bienes de interés general, como es el caso de la norma consignada en el artículo 15 de la Constitución: “El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

Ahora bien, más allá de los anteriores principios rectores, como bien señala la Suprema Corte de Justicia, “nuestra Constitución, además de consagrar de manera tradicional los derechos civiles y políticos del individuo, ha incorporado posteriormente en su texto, como garantía fundamental del ciudadano, los derechos sociales y económicos, con el fin de desarrollar la existencia de una situación de bienestar y de vida mejor a favor de todos los dominicanos”⁴⁷. Estos derechos sociales, entre los cuales encontramos el derecho a la vivienda (artículo 59), el derecho a la seguridad social (artículo 60), el derecho a la salud (artículo 61), el derecho al trabajo (artículo 62) y el derecho a la educación (artículo 63), no son menciones constitucionalmente genéricas o declarativas, como pretendió una doctrina conservadora (SCHMITT) y una izquierda escéptica frente a las reales posibilidades del constitucionalismo social. Hoy se admite crecientemente que, al igual que los derechos individuales constitucionalmente reconocidos, los derechos sociales pueden ser exigidos judicialmente al Estado. Dichos derechos sociales, tan derechos fundamentales como los derechos civiles y políticos, condicionan y moldean sin lugar a dudas la economía social de mercado,

46 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, y otros. *Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999, p. 230.

47 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DOMINICANA. *Sentencia No. 9* de fecha 25 de agosto de 1999. Boletín Judicial No. 1065.



tanto en su vertiente objetiva como en su lado subjetivo de las libertades económicas que le sirven de sustento.

En síntesis, puede afirmarse que la trascendencia del Estado Social es más visible en el plano de la Constitución económica que en el resto de los demás ámbitos constitucionales. Ello así porque la igualdad material que el Estado Social reclama, en contraste con la igualdad formal del Estado de Derecho, que se satisface con una mera decisión política, exige decisiones económicas fundamentales, que implican no solo gastos públicos dirigidos a promover la igualdad sino también la afectación de actividades económicas públicas o privadas. Y es que, como bien ha establecido la Corte Constitucional colombiana, “a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado, con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional [...]. De manera más puntual, se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos”⁴⁸.

3.3 El Estado de Derecho: el pilar garantista de la Constitución económica.

Del principio fundamental del Estado de Derecho dimana una serie de consecuencias para la Constitución económica.

48 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No.C-1064/01*. Consultada el 25 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm>



3.3.1 Actividad económica y seguridad jurídica.

La Constitución contiene una serie de disposiciones que aseguran el principio de juridicidad, lo cual significa que todos los actos gubernamentales y administrativos están subordinados a las leyes (principio de legalidad), y que tanto los actos como las leyes están subordinados y acorde con la norma fundamental: la Constitución (principio de constitucionalidad). El respeto a este conjunto de normas que aseguran el principio de juridicidad es lo que establece el orden mínimo necesario para que la actividad económica y empresarial se desarrolle dentro de un ambiente de certidumbre institucional, que no haga temer a los agentes económicos la confiscación o expropiación forzosa de sus propiedades o el desconocimiento de derechos válidamente adquiridos al amparo de una legislación anterior o el aniquilamiento de empresas mediante decisiones del Estado que no han sido tramitadas de acuerdo a las prescripciones constitucionales. La existencia de este Estado de Derecho, o lo que es lo mismo, la sujeción de la Administración al principio de legalidad tiene repercusiones en el plano económico, en la medida en que la complejidad de los problemas socioeconómicos y las exigencias derivadas de la cláusula del Estado Social han obligado al Estado a una intervención creciente en los aspectos más diversos de la vida social.

Quizás estas parezcan disquisiciones bizantinas a aquellos políticos, economistas y empresarios que propugnan por reformas económicas sin importar que se atropellen las instituciones del Estado de Derecho. Lo cierto es que la intervención discrecional del Estado en la economía, el cambio inesperado de las reglas de juego económico, producen una incertidumbre institucional, un riesgo que, si bien despreciado por los economistas neoclásicos, ha sido ponderado como variable por economistas tales como Hernando de Soto. Estos riesgos institucionales implican costos adicionales considerables para las actividades de los agentes económicos.

Se sabe que cualquier decisión orientada al futuro, en especial para la inversión en capital –humano o material– o en el progreso tecnológico, implica riesgos e incertidumbre. Es precisamente la capacidad empresarial para asumir estos riesgos lo que explica la preeminencia del sistema de mercado sobre el sistema de planificación centralizada. La gran diferencia entre estos riesgos normales a cargo del empresario y los riesgos institucionales, o sea, aquellos provocados por la inflación de normas jurídicas,



el mal funcionamiento de las regulaciones, la inexistencia de un sistema judicial independiente que dirima las disputas entre el sector privado y el Estado, y la ilimitada discrecionalidad del Estado para cambiar las reglas de juego en cualquier momento y por cualquier razón, es que estos actúan como un “peso muerto” en la economía, que reduce la inversión, o, en el mejor de los casos, restringe la eventual ampliación de los efectos de la misma. La credibilidad no puede establecerse vía decretos presidenciales. Muy por el contrario, el incontrolado poder discrecional del Poder Ejecutivo para emitir decretos cuando le plazca contribuye decisivamente a la erosión de la credibilidad de los agentes económicos en la capacidad del Estado de regular la economía.

Pero, en un Estado Social como el que configura la Constitución, la seguridad jurídica no solo protege a los empresarios. Los trabajadores informales, por solo citar un ejemplo, se benefician de esta seguridad. Así, como bien ha dictaminado la Corte Constitucional colombiana, no se justifica que vendedores ambulantes sean desalojados de los espacios públicos sin que ello vaya acompañado de algunas medidas a favor de ellos, pues ello vulnera el principio de confianza legítima. Si estos vendedores han estado localizados durante largo tiempo en un determinado espacio público, sin ser perturbados por la Administración municipal, el principio de buena fe exige que se dé un tiempo transitorio para la reubicación de los vendedores y que se les notifique con tiempo suficiente la medida. “En principio, la medida es la de la reubicación, no en el sentido de que el erario público se encarga de entregar un inmueble para que allí se formalice un trabajo que antes era informal [...], sino que las autoridades públicas y, concretamente, el respectivo municipio determine el sitio donde pueden laborar las personas que van a ser desalojadas, dándoseles las debidas garantías para el ejercicio de su oficio, y además hay que colaborar eficazmente con determinados beneficios [...] que faciliten la ubicación en el nuevo sitio para trabajar y también se haga más llevadero el traslado y la reiniciación del trabajo”⁴⁹.

49 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No.SU-360/99*. Consultada el 25 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>



3.3.2 El principio de razonabilidad.

El legislador, al regular la actividad económica, ha de observar en todo momento los límites que le marca el principio de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad (artículos 40.15 y 74.3 de la Constitución). Este principio “exige para la intervención legislativa en las libertades económicas la existencia de un motivo constitucionalmente legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido de la elección del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la trascendencia de la intervención y la utilidad obtenida, y por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines”⁵⁰.

Según el Tribunal Constitucional, que sigue el examen de razonabilidad desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, el test de razonabilidad debe desarrollarse “en tres pasos: a) análisis del fin buscado por la medida; b) análisis del medio empleado; y, c) análisis de la relación entre el medio y el fin”⁵¹. Nuestros jueces constitucionales especializados han juzgado que para determinar la razonabilidad de una disposición legal hay que preguntarse: “(...) qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin). –Estos son- criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por tanto, constitucional o arbitraria”⁵².

De estas sentencias se infiere que la razonabilidad se configura cuando el acto o la norma impugnada es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Para determinar estas condiciones es necesario iniciar el análisis de la razonabilidad con un test leve. Según el Tribunal Constitucional, citando a su homólogo colombiano, “el test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita, cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra,

50 PAPIER, Juan J. “Ley Fundamental y orden económico”. En Ernesto Benda y otros. *Manual de Derechos Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 597.

51 Sentencia TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre de 2012.

52 *Ibidem*.



a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, si es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de razonabilidad”⁵³.

La jurisprudencia constitucional alemana ha afinado los instrumentos con los cuales se puede evaluar la razonabilidad de la intervención del legislador en la esfera económica. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que se viola este requisito de la intervención legislativa cuando los medios empleados son “objetivamente inapropiados o sencillamente inadecuados”⁵⁴. Del mismo modo, ha afirmado que el legislador ha de estar guiado por un proceso de estimación suficientemente comprensivo y apoyado en suposiciones correctas, por lo que si el legislador se ha dejado guiar por “suposiciones incorrectas y análisis insuficientes”, entonces “no ha podido producirse –en el proceso legislativo– una ponderación objetiva de los diversos puntos de vista, incluido el estudio de medidas que pudieran ser menos gravosas”⁵⁵. Aquellas medidas legislativas rectoras de la economía deberán ser evaluadas a la luz de “si el legislador, al tiempo de promulgación de la ley, tomó, de modo correcto y suficiente, conciencia de la situación fáctica de partida existente”⁵⁶. Si el legislador se ha guiado por los conocimientos y las experiencias que eran determinantes o accesibles, en el momento de la elaboración de la ley, y si su estimación de las consecuencias es aceptable, la ley, a la hora del control de constitucionalidad por el juez constitucional, será conforme a la Constitución, incluso cuando esta estimación se revele posteriormente parcial o totalmente incorrecta.

El margen de configuración del legislador y la relativización del control de constitucionalidad de su obra son amplios, pero no se puede presumir que los efectos que mediante la ley se trata de obtener, de hecho se van a conseguir, y que no se van a derivar de ello consecuencias negativas para la economía en su conjunto. De ahí que el legislador debe dar razones capaces de justificar sus decisiones. “El Legislador es, ciertamente, libre, en los límites, por supuesto, de la Constitución, para elegir, de entre todas las posibles, la alternativa o vía de acción que estime en cada caso más conveniente, y lo es también para escoger las razones que mejor puedan

53 *Ibid.*

54 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 30, 250 (263).

55 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 36, 47 (58).

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 39, 210 (225).



justificar su elección, dentro, claro está, del cuadro de razones que concretamente admita la norma que le sirva de fundamento jurídico [...]. Las razones del Legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. Deben ser también necesariamente razones consistentes con la realidad objetiva, con los hechos que constituyen el punto de partida de la decisión a adoptar, porque sobre los hechos, ni el legislador ni nadie, como es obvio, puede reclamar poder de disposición alguna [...]. Los hechos son, en su concreta realidad, un dato fijo para todos, legislador incluido. Deben ser, en fin, razones conformes con las reglas de la lógica formal. Ni el legislador ni nadie pueden afirmar al mismo tiempo una cosa y la contraria, ni decir que dos y dos son cinco. No puede, pues, proclamar un principio con carácter general y negar luego su necesaria consecuencia en un caso concreto”⁵⁷.

3.3.3 Control de constitucionalidad de las políticas públicas.

Las políticas públicas constituyen una categoría de creciente interés para los juristas. Ello se debe fundamentalmente a la configuración creciente y eminentemente prestacional del Estado: en la medida en que el Estado deja de ser un Estado que ejerce un poder de policía y asume funciones de coordinación y fiscalización de los agentes públicos y privados para la realización de ciertos fines, fines dentro de los cuales se encuentra la realización progresiva de los derechos sociales, económicos y culturales, en esa misma medida, son relevantes en el plano jurídico las políticas públicas, en especial, las políticas económicas y sociales. Las políticas públicas no son ni actos administrativos ni normas jurídicas sino más bien actividades, conjuntos organizados de normas y actos tendentes a la realización de un objetivo determinado y unificados por su finalidad.

57 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid: Civitas, 1998, p. 160.



Si el Estado no quiere dejar de ser constitucional, es decir, Estado de Derecho, los jueces no pueden rehuir su obligación de juzgar la constitucionalidad de unas políticas que constituyen en la actualidad la actividad medular del Estado. Ahora bien, juzgar la constitucionalidad de una política pública no es lo mismo que controlar la constitucionalidad de las normas y actos que la componen. Una ley, dictada en el marco de una política, puede ser inconstitucional sin que aquella lo sea. Inversamente, una política, en razón de los objetivos que persigue, puede ser juzgada incompatible con las políticas constitucionales, sin que ninguna de las normas y actos que la componen sea inconstitucional. Los tribunales controlan la constitucionalidad de las políticas públicas cada día con más frecuencia. Así, la Cuarta Sala de Justicia Federal de la Sección Judicial del Estado de Santa Catarina (Brasil), declaró inconstitucional el Programa de Mantenimiento y Desarrollo de la Enseñanza Fundamental del Fondo Nacional de Desarrollo de la Educación, por considerar que, independientemente de la constitucionalidad de las normas y actos que lo componen, la política pública subyacente a dicho Programa privilegia, como valor absoluto, el criterio de costo/beneficio, al canalizar los recursos de ayuda solo a las escuelas con más de 20 alumnos, lo que “implica privilegiar los alumnos de las regiones urbanas, en detrimento de aquellos más necesitados del área rural, con lo que se perpetúan las desigualdades sociales existentes, se fomenta el éxodo rural, y se causa un desequilibrio cada día más acentuado entre regiones y municipios”⁵⁸.

4. EL ROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Aunque parezca antinómico y contradictorio, en el plano económico, el rol del Estado es, a la vez, subsidiario en lo que respecta a sus actuaciones empresariales, y activo en lo que concierne a su papel como regulador de la economía. Veamos en qué consiste este doble rol del Estado...

58 *Vid.* (www.ideli.com.br/fndesc.htm).



4.1 El rol empresarial del Estado.

4.1.1 El principio de subsidiaridad.

La Constitución establece que “bajo el principio de subsidiaridad el Estado, por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional” (artículo 219). Este principio, cuyo desarrollo teórico, en tanto elemento clave para la adecuada ordenación de los poderes públicos, se debe fundamentalmente al magisterio de los papas y a la doctrina social de la Iglesia Católica, especialmente en el siglo XX. Viene a significar que “el poder público, sin dejar de velar en todo momento por la efectividad del bien común, habrá de aspirar a reducir su acción pública a lo que solo él puede hacer realmente y, por lo tanto, a la máxima plenitud de la sociedad civil mediante una adecuada articulación libre de las activas responsabilidades de los ciudadanos (...). Subsidiariedad exige abstención del poder público donde baste la iniciativa privada –lo que la doctrina denomina la dimensión o el elemento negativo o pasivo de la subsidiariedad-, pero también su presencia y su acción necesaria allí donde la libertad no resulte bastante –la dimensión positiva o activa de la subsidiariedad-; incluso con actuaciones razonablemente preventivas, sin necesidad de esperar a que las carencias o fallos de la libertad hagan evidente e imperiosa la necesidad de la intervención pública”⁵⁹.

A la luz de lo anterior, queda claro que el rol empresarial del Estado –que no su rol regulador en materia económica, como veremos más adelante- es subsidiario: en otras palabras, queda vedado al Estado actuar como empresario en ámbitos donde los particulares puedan actuar eficazmente por sí solos, con su propia y libre iniciativa, y debe restringirse la actividad empresarial del Estado exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o necesite ser complementada, “con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional”. Es más, incluso en los ámbitos en los

59 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “El principio de subsidiariedad”. En Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.). *Los principios del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 1280.



que el Estado se ve obligado a satisfacer necesidades de interés colectivo mediante la declaratoria por ley de servicios públicos, el Estado podrá prestar dichos servicios a través de particulares que actúen como concesionarios, autorizados, socios del Estado, adquirentes de la propiedad empresarial estatal o bajo cualquier modalidad contractual (artículo 147). De manera que puede afirmarse que conforme la Constitución económica, la libertad de empresa es la regla, y la intervención empresarial del Estado, la excepción.

El Estado no puede, válidamente, desde la óptica constitucional, desplazar o sustituir arbitrariamente a las personas privadas ni ocupar un espacio de libertad reservado para los particulares, lanzándose al mercado sin más. Y es que, contrario a los particulares, que pueden crear empresas con la plena libertad que le confiere la Constitución, siempre que sus fines sean lícitos, las actuaciones del Estado deben responder al interés público, tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales. El artículo 219 de la Constitución no deja lugar a dudas: el Estado puede actuar empresarialmente solo cuando concurren estas dos condiciones: las personas privadas no hacen uso de su libre iniciativa o esta es ineficiente (principio de subsidiaridad) y se requiere la actuación empresarial del Estado “con el fin de asegurar el acceso a la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional”. Es por ello que la actividad empresarial del Estado podrá declararse inconstitucional “cuando claramente no medie un interés público, y siempre y cuando esta actividad económica administrativa limite tanto la libertad de empresa que llegue a hacerla irreconocible, desprotegiendo los intereses jurídicos que le dan vida”⁶⁰.

4.1.2 Igualdad de tratamiento a los empresarios.

Como “la libertad de empresa no protege frente a la competencia de empresas de titularidad pública”⁶¹, la Constitución se cuida de establecer que “la actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo trato

60 TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 164.

61 ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, p. 223.



legal” (artículo 221), lo que significa que no pueden crearse privilegios en beneficio de las empresas públicas⁶², como los que se derivan de los pactos colusorios y del abuso de posición dominante. En este sentido, junto con el Tribunal Supremo español, puede decirse que “la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate, la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado”⁶³.

El fundamento de la cláusula constitucional de igualdad de tratamiento es que “lo contrario, es decir, la no exigencia de paridad de trato podría dar lugar a que el poder público en su actividad como empresa competidora en los mercados, abusase de su posición, una posición que, de suyo, es en todo caso susceptible de ser una posición de predominio, y por lo tanto susceptible de poseer una cierta influencia o poder sobre el mercado y sobre la fijación de los precios. Potencialmente, el poder público podría utilizar medios (de índole fundamentalmente normativa, o financiera) que romperían la igualdad entre los participantes en el mercado, medios que en ningún caso están al alcance del empresario privado. Por ello, conviene recordar y obligar jurídicamente al poder público que ha optado por participar en el mercado a través de una empresa pública, a comportarse como si de un empresario privado se tratase, y a someterse al mercado con todas sus consecuencias, renunciando a utilizar los mecanismos que posee en tanto que poder público”⁶⁴.

Esta cláusula aplica a toda empresa o actividad empresarial pública, es decir, aquella en la que existe la influencia dominante de un poder público, sin importar la forma jurídica o el régimen jurídico aplicable. La noción de empresa pública, con vistas a la aplicación de la igualdad de tratamiento

62 VICTORIA CONTRERAS, Omar. “Artículo 221”. En VVAA. *Constitución comentada*. Santo Domingo: FINJUS, 2011, p. 428.

63 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. *Sentencia de 10 de octubre de 1989* (Sala 3ª, sección 1.ª. Ponente A. Bruguera Manté).

64 AMPARO, María y ARMENDÁRIZ, Salvador. *Banca Pública y mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 286.



empresarial es, en consecuencia, de carácter realista y funcional, en donde no importan las formas jurídicas adoptadas por el Estado para desplegar su actividad empresarial, sino la existencia o no de una influencia estatal dominante. Esta influencia puede ser constatada a partir de criterios objetivos tales como la posesión de la mayoría del capital suscrito, la disposición de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas, y la posibilidad de designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia.

La igualdad de tratamiento implica la sumisión de las empresas públicas a las normas generales sobre competencia desleal o sobre prácticas restrictivas, así como la obligatoriedad de separar el poder regulador del Estado de las empresas estatales que suministran servicios públicos. Además, la igualdad de tratamiento de las empresas públicas y privadas proscribire las ayudas del Estado a sus empresas, incluyendo el financiamiento estatal a las empresas públicas en condiciones de desigualdad respecto a las empresas privadas, pues, como es más que obvio, el Estado tiene una capacidad de generar recursos casi ilimitada, en comparación con el sector privado, lo que le permitiría financiar empresas no rentables. Para evaluar la legitimidad del financiamiento del Estado a sus empresas, se ha desarrollado en el ordenamiento comunitario europeo el principio del inversor en una economía de mercado, el cual consiste, como bien determinó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “en determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener estos fondos en los mercados privados de capital. En el caso de una empresa cuyo capital está enteramente en manos de las autoridades públicas, se trata en particular de determinar si en circunstancias similares, un accionista privado, con vistas a obtener un beneficio y prescindiendo de consideraciones sectoriales y de política social y regional, hubiera suscrito el capital en cuestión. Esto no implica que el Estado no pueda inyectar capital a una de sus empresas durante un período más o menos largo, hasta que la empresa sea rentable, o para ganar tiempo y reorientar sus actividades. Llegará un momento, sin embargo, en que nuevas inyecciones de capital por el Estado “son ajenas a toda posibilidad de rentabilidad, aun a largo plazo”, por lo que “esas inyecciones deben ser consideradas como ayudas”⁶⁵. De todos modos, “el principio del inversor

65 Asuntos ALFA/FIAT y Lanerossi, asuntos 305/89 y 303/88.



se aplica cuando no quepa la menor duda de que la aportación de fondos solo se explica como una ayuda. En tales casos, lo mismo da, a los efectos de la calificación, que la aportación sea directa de fondos procedentes de organismos públicos, o bien que se trate de fondos transferidos, dentro de un grupo de empresas públicas, de unas empresas a otras, para desarrollar proyectos sin rentabilidad”⁶⁶.

Por otro lado, se reconoce la posibilidad de conceder tratos especiales a las inversiones localizadas en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, ya sea que estas inversiones sean privadas o públicas. Estos tratos concuerdan con la política constitucionalizada en virtud de la cual es “de supremo y permanente interés nacional la seguridad, el desarrollo económico, social y turístico de la Zona Fronteriza, su integración vial, comunicacional y productiva, así como la difusión de los valores patrios y culturales del pueblo dominicano” (artículo 10).

En todo caso, “se garantiza igualdad de condiciones a la inversión nacional y extranjera, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y las leyes” (artículo 221). De este modo, la Constitución, al tiempo de garantizar esta igualdad entre la inversión nacional y extranjera, lo cual fomenta el acceso a la inversión extranjera, permite establecer limitaciones constitucionales y legales a la misma, atendiendo al interés nacional y a la necesidad de fomentar la inversión nacional.

Finalmente, la Constitución establece que, como regla general, “en todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, debe constar el sometimiento de estas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República”. Sin embargo, es admisible que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometan las controversias derivadas de la antes indicada relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes o a arbitraje nacional o internacional conforme la ley (artículo 220).

66 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009, p. 1095.



4.2 El rol regulador del Estado.

4.2.1 Fines de la regulación.

Que el Estado sea subsidiario cuando se trata de su actuación empresarial no significa que el mismo no desempeñe un papel activo en el plano económico y social. Ya hemos dicho que el papel del Estado, conforme una Constitución que proclama a la República Dominicana como un Estado Social (artículo 7), es un rol activo, con vistas a asegurar a la persona la obtención de los medios que permitan su perfeccionamiento de modo igualitario, equitativo y progresivo (artículo 8), por lo que este juega un papel fundamental en la prevención y combate de la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión (artículo 39.3), así como en la garantía de los derechos sociales de las personas, base indispensable para el orden de libertad individual y de justicia social que quiere y manda el artículo 8 de la Constitución. Ese rol activo del Estado se manifiesta también en la dimensión del Estado regulador económico, es decir, del Estado que puede “dictar medidas para regular la economía” (artículo 50.2).

Uno de los fines fundamentales de la regulación estatal de la economía en una economía de mercado como la que consagra y protege la Constitución es el de ser un instrumento al servicio del mercado y no su sustituto. En este sentido, la regulación aparece como regulación de la competencia que busca enfrentar los fallos o distorsiones del mercado propios de un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde muchas veces es difícil o imposible la libertad de acceso, existen grandes concentraciones empresariales y se producen abusos de posiciones de dominio. Esta regulación de la competencia, ordenada por la propia Constitución cuando establece que “el Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante” (artículo 50.1), se concreta a través del Derecho antimonopolio, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores y el control de las concentraciones, pero también se manifiesta a través del estímulo de la iniciativa económica privada, mediante políticas que promuevan el desarrollo del país (artículo 219). De modo que la regulación, en el esquema de la Constitución económica, “resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competi-



tivo, pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactados”⁶⁷.

La regulación, sin embargo, no es ni puede ser solo regulación de la competencia. La promoción de la competencia libre y leal no es el único mandato constitucional al cual debe ceñirse el Estado regulador en el ámbito económico. La regulación económica debe sujetarse a la cláusula del Estado Social y a un conjunto de mandatos constitucionales en la esfera económica que no se limitan a la promoción de la competencia, como es el caso de las acciones que debe el Estado desplegar, a fin de procurar “un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico” (artículo 218). Por eso, puede decirse que “la regulación no es, pues, un fin en sí mismo, sino una actividad de los poderes públicos orientada hacia unos objetivos. Una actividad que puede cambiar su estrategia y configuración en función de factores diversos, desde la estructura de los mercados hasta las orientaciones políticas o doctrinas económicas que se presenten como dominantes en cada momento. Y así es como pueden sucederse diversos modelos de regulación”. De ahí que la regulación económica no se identifica con el “modelo de regulación orientado a la competencia y a la recreación del mercado (...). De la misma manera que han existido otros modelos o paradigmas regulatorios con anterioridad al que se ha impuesto en los últimos años, nada impide que en el futuro más inmediato pueda adoptarse otro modelo”⁶⁸.

4.2.2 Concepto de regulación.

La Constitución no define expresamente qué se entiende por regulación. El término aparece por vez primera en el articulado constitucional

67 KRESALJA, Baldo y OCHOA, Baldo. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2009, p. 370.

68 ESTEVE PARDO, José. “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009, p. 401.



con la reforma constitucional de 1947, que dispuso que “la regulación del sistema monetario y bancario de la Nación corresponderá a la entidad emisora” de billetes, es decir, el Banco Central. En todo caso, para entender qué entiende la Constitución por regulación hay que partir de la imagen que del instituto de la regulación se ha formado históricamente, a nivel mundial y en el seno de la comunidad política, empresarial y jurídica dominicana. Aunque usualmente se confunde la regulación con el ejercicio por parte del Estado de sus funciones normativas, lo cierto es que la regulación no solo es legislación y reglamentación, a pesar de la importancia de la potestad normativa en el conjunto de potestades regulatorias del Estado. “Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros, la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador”⁶⁹. Es ese concepto amplio de regulación y no restringido a las normas el que precisamente el legislador acogió en el artículo 1.b de la Ley Monetaria y Financiera, cuando dispuso que la regulación del sistema monetario y financiero “comprende la fijación de políticas, reglamentación, ejecución, supervisión y aplicación de sanciones, en los términos establecidos en esta ley y en los reglamentos dictados para su desarrollo”. Y ese ha sido también el sentido del término desde que el mismo apareció por vez primera en los textos constitucionales hasta que se consagra expresamente con la reforma constitucional de 2010 la facultad del Estado de regular todos los sectores de la economía y no solo el monetario y financiero. Ello así porque, como bien explica la Corte Constitucional colombiana, la regulación debe entenderse en sentido amplio, dado que “la amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste

69 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Op. cit., p. 111.



disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica”⁷⁰.

4.2.3 Organismos reguladores.

4.2.3.1 El estatuto constitucional de los organismos reguladores

La Constitución establece que la regulación económica puede llevarse a cabo por “organismos creados para tales fines” por el legislador (artículo 147.3). Estos organismos reguladores deben gozar de independencia o autonomía reforzada pues no puede ser de otro modo, si tenemos en cuenta el hecho de que “es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercerla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración”⁷¹. Estas agencias, autoridades, comisiones o administraciones reguladoras independientes o de autonomía reforzada, tienen a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (mercados financieros, telecomunicaciones, energía, etc.) o que afectan derechos fundamentales básicos (por ejemplo, el derecho a la intimidad, sujeto a afectación por la existencia de bancos informatizados de datos personales). La opción por la regulación a través de estos entes reguladores, en lugar de regular vía el legislador o la propia Administración, se explica en la necesidad de fuerte especialización que requieren sectores económicos altamente dependientes de la innovación tecnológica, el imperativo de concentrar las potestades regulatorias del Estado en un solo órgano que reglamente, administre y juzgue las controversias entre los agentes económicos regulados y, lo que no es menos importante, el deber de asegurar la neutralidad de la regulación en sectores económicos en donde la politización o partidización propia

70 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-150/05*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-150-05.htm>

71 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Op. cit., p. 1173.



de las coyunturales mayorías legislativas o gubernamentales podría afectar sensiblemente la estabilidad o la eficiencia de los sistemas regulados. Se diferencian así estos organismos reguladores de los previstos en el artículo 141 de la Constitución, los cuales son “organismos autónomos o descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica” y “adscritos al sector de la Administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector”, pues los organismos reguladores del artículo 147.3 deben gozar, por la definición misma de regulación económica y de ente regulador, de independencia o autonomía reforzada. A estos organismos reguladores es preferible denominarlos organismos reguladores independientes, pues la autonomía se predica en nuestro ordenamiento tanto de los organismos autónomos o descentralizados, fuertemente vinculados a la Administración central, como de los entes municipales. “En este contexto de confusión, el término independencia tiene el añadido de que, al menos, indica un grado tal de autonomía muy superior al de los demás entes de la denominada Administración instrumental”⁷².

La necesidad de una regulación económica desvinculada de una Administración Pública centralizada, conforme al modelo francés napoleónico imperante en Europa y América Latina, en donde las decisiones administrativas están demasiado ligadas a las decisiones políticas del gobierno, debe ser enfatizada, para entenderla en su justa medida y escapar de la usual satanización de todo intento de configuración de autonomías a la que nos tienen acostumbrados muchos de nuestros políticos. “La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si esto es malo en todos los sectores, peor resulta en aquellos de carácter económico que afectan decisivamente la propiedad de los ciudadanos o la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial y deben estar, por ello, revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales”⁷³. Por ello, se encomiendan estas decisiones a organismos

72 BETANCOR, Andrés. *Regulación: mito y derecho*. Navarra: Civitas/Thompson Reuters, 2010, p. 344.

73 CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 200.



reguladores, de carácter técnico y no político, compuestos por personas independientes y expertas, de estatuto protegido y a salvo de remociones sin justa causa, por lo menos durante un período fijo más o menos largo, y que preferiblemente no debe coincidir con los ciclos electorales y con renovación periódica y gradual de sus integrantes, de modo que participen todas las mayorías políticas en su conformación. Estos organismos aseguran así ser verdaderos órganos imparciales que puedan, sin ser capturados por las empresas ni controlados por el Estado, arbitrar debidamente los conflictos entre los diferentes intereses en juego, los cuales ponen de frente no solo a empresas privadas frente a otras empresas privadas sino también a empresas estatales frente a las primeras.

Esta necesidad de entes reguladores independientes se hace más acuciante en los casos de privatización o liberalización de actividades antiguamente prestadas en régimen de monopolio público o en el marco de una fuerte intervención pública. Aquí “la regla general que se ha implantado es que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad. El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector quedarían en una situación de desigualdad”⁷⁴. No por azar la Constitución consagra la posibilidad de crear estos organismos reguladores en el momento mismo en que establece todo un estatuto de los servicios públicos (artículo 147), los cuales podrán ser prestados directamente por el Estado o por delegación a los particulares, bajo cualquier forma legal o contractual (concesión, autorización, asociación, etc.). Lo que resulta obvio, a la luz de lo antes dicho, es que, aunque la creación de entes reguladores de los servicios públicos es una opción para el legislador, ello se hace imperativo cuando en la prestación de estos servicios concurren empresas privadas y empresas estatales, en tanto que el mantenimiento

74 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Op. cit., p. 133.



agrupado de las funciones de regulación y gestión constituiría una situación de privilegio de los operadores públicos frente a los privados, que no se compadece con el deber de dar igual tratamiento a la actividad empresarial y pública (artículo 221). Lógicamente, de nada serviría separar la gestión y la regulación si el organismo estatal al que se le asignan las funciones regulatorias del servicio no goza de relativa autonomía reforzada o independencia, pues, de ese modo, el Estado propietario o empresario podría seguir imponiendo, ahora con la careta de Estado regulador y de modo, si se quiere, indirecto, a través de su control omnímodo de ente regulador, restricciones al acceso de los competidores privados a los mercados.

Como se puede observar, tres principios se deducen del artículo 147.3 y del resto de la Constitución económica respecto a los organismos reguladores. En primer término, más allá de que los entes reguladores en el Derecho de la Regulación Económica siempre han sido conceptuados como entes más o menos independientes, estos organismos reguladores deben y solo pueden ser independientes, pues, si no fuese así, no tendría sentido crearlos, cuando, por demás, es perfectamente posible y constitucionalmente válido que el legislador deje la regulación en sus propias manos o en las de la Administración. En segundo lugar, el legislador puede optar entre crearlos y no crearlos, porque se trata claramente de una opción constitucional (“la ley podrá establecer”). Por último, la creación de estos organismos reguladores, si bien es opcional cuando el servicio público es prestado única y exclusivamente por el Estado o cuando se trata de la regulación “de otras actividades económicas”, se vuelve absolutamente imperativa cuando el Estado participa, junto con las empresas privadas, en la prestación de un servicio público, pues solo la separación del gestor del regulador impide la creación de un privilegio a favor del gestor, el cual es inconstitucional, a la luz del principio de igualdad de tratamiento de las empresas públicas y las empresas privadas.

No es ocioso recordar que, aunque el artículo 147.3 de la Constitución permitiría la creación de un organismo regulador en los casos en que el Estado ejerce un monopolio o controla la prestación de un servicio público, lo cierto es que “la opción por la titularidad pública sobre servicios y actividades se sitúa extramuros del espacio de la regulación. Hay dos razones claras que explican esta exclusión. La primera es que semejante opción queda fuera del alcance de los reguladores, al recaer sobre ella una reserva de ley por determinación expresa de la Constitución. La segunda,



porque la titularidad pública nos sitúa en otro segmento de la actividad administrativa que, aunque se ha reducido muy considerablemente, todavía se mantiene, y es el de la actividad de prestación –directa o indirecta, con las fórmulas que se adscriben a otra modalidad–, de servicios y actividades de titularidad pública”⁷⁵. Y es que, a fin de cuentas, “cuando las actividades económicas están monopolizadas por los poderes públicos, no se produce ninguna tensión entre los intereses públicos y los intereses privados”, aparte de que “el mercado tampoco funciona, por definición, en los sectores ocupados por los monopolios”⁷⁶, lo que haría innecesaria no solo la creación de un organismo regulador sino la regulación misma, por lo menos en lo que respecta a la regulación económica, principalmente cuando esta se manifiesta como regulación de la competencia.

Finalmente, es preciso enfatizar que la independencia o autonomía reforzada de estos organismos reguladores no es absoluta. La doctrina es más que clara al respecto. “Es una independencia relativa, como lo debe ser teniendo en cuenta que los organismos de los que hablamos son entidades que forman parte de un sistema jurídico-político llamado Estado de Derecho. No son, como es obvio, un Estado dentro del Estado; son entidades estatales y, como tales, sujetos a las reglas y a las limitaciones derivadas de esa pertenencia. En consecuencia, el Gobierno, el Legislativo y el poder Judicial tienen poderes que les permiten, en mayor o menor grado, interferir o controlar el ejercicio de las funciones por parte de los organismos”⁷⁷. “No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión, para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama [...], valores que se entiende serán mejor satisfechos, si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”⁷⁸.

75 ESTEVE PARDO, José. “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009. Op. cit., p. 403.

76 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Op. cit., p. 1174.

77 BETANCOR, Andrés. *Regulación: mito y derecho*. Op. cit., p. 344.

78 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima –Bogotá: Palestra/Temis, 2006, p. 465.



4.2.3.2 Diferencia con el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos

Uno de los grandes aportes de la reforma constitucional de 2010 ha sido el de darle un estatuto constitucional a la regulación y a los organismos a cargo de ella. En efecto, la Constitución, al tiempo de establecer que “el Estado podrá dictar medidas para regular la economía” (artículo 50.2), ha dispuesto que “la regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado” y que “la ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines” (artículo 147.3).

Con estos textos, el constituyente de 2010 ha resuelto de un plumazo, por lo menos en lo que respecta a los dominicanos, más de un siglo de intensa discusión doctrinal y jurisprudencial en Estados Unidos y Europa acerca de la constitucionalidad de la regulación y de los entes públicos a cargo de ella. En el caso estadounidense, la situación es más que dramática: la Constitución de los Estados Unidos prohíbe expresamente la delegación de poderes, por lo que, desde que surgen las agencias reguladoras, se produce un cuestionamiento acerca de si estas pueden ejercer facultades cuasi legislativas (como reglamentar) y cuasi jurisdiccionales (como sancionar a los operadores de un sector económico regulado). Aunque la Suprema Corte estadounidense reconoció en 1934 la constitucionalidad de dichas agencias, hay juristas de la talla de Philip Hamburger que consideran que todo el Derecho Administrativo estadounidense, es decir, el Derecho emanado de las agencias reguladoras en los últimos 125 años, es ilegítimo, en la medida en que estas agencias asumen funciones legislativas y jurisdiccionales. Más aun, Richard A. Epstein, en su obra “The Liberal Constitution”, ha considerado no solo que todo el Derecho Administrativo es ilegal, como afirma Hamburger, sino algo más y peor: que la mayoría del Derecho Constitucional emanado de la Suprema Corte estadounidense es inconstitucional, en tanto vulnera el derecho de propiedad y la libertad de empresa reconocidos por la Constitución de 1787. La situación en la que se encuentra el Derecho Público estadounidense es, por tanto, bastante difícil, al extremo de que uno de los principales constitucionalistas de los Estados Unidos, Laurence Tribe, decidió en 2005 no seguir publicando nuevas ediciones de su “American Constitutional Law”, al considerar que la Suprema Corte estaba variando todos los precedentes establecidos por las Cortes Warren y Burger.



La Constitución vigente evita a los dominicanos sumirnos en una precariedad dogmática que solo un país de la tradición constitucional e institucional de los Estados Unidos puede darse el lujo de crear. Aquí queda claro que los organismos estatales reguladores de los servicios públicos y de la economía pueden no solo dictar reglamentos, que es la más intensa e intrusiva de las potestades administrativas, sino también ejercer las demás potestades inherentes a la función regulatoria del Estado: supervisar, inspeccionar, controlar, sancionar, etc., a los agentes económicos que operan en un sector regulado, sea o no considerado un servicio público. Y lo que no es menos importante: queda claro, además, que estos organismos reguladores —que no son ni se deben confundir con los “organismos autónomos o descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica” y “adscritos al sector de la Administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector”, de que nos habla el artículo 141 de la Constitución— deben gozar de independencia o autonomía reforzada, pues la regulación por organismos reguladores especializados hoy se entiende y solo se puede entender como regulación a cargo de “un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración” (Santiago Muñoz Machado).

Y es que la opción por la regulación a través de estos entes reguladores, en lugar de regular vía el legislador o la propia Administración, se explica en la necesidad de la fuerte especialización que requieren sectores económicos altamente dependientes de la innovación tecnológica, el imperativo de concentrar las potestades regulatorias del Estado en un solo órgano que reglamente, administre y juzgue las controversias entre los agentes económicos regulados y, lo que no es menos importante, el deber de asegurar la neutralidad de la regulación en sectores económicos en donde la politización o partidarización propia de las coyunturales mayorías legislativas o gubernamentales podría afectar sensiblemente la estabilidad o la eficiencia de los sistemas regulados. Se crean así organismos reguladores, de carácter técnico y no político, compuestos por personas independientes y expertas, de estatuto protegido y a salvo de remociones sin justa causa, por lo menos durante un período fijo más o menos largo y que preferiblemente no debe coincidir con los ciclos electorales y con renovación periódica y gradual de sus integrantes, de modo que participen



todas las mayorías políticas en su conformación. Estos organismos aseguran de ese modo poder ser verdaderos órganos imparciales que puedan, sin ser capturados por las empresas ni controlados por el Estado, arbitrar debidamente los conflictos entre los diferentes intereses en juego, que ponen de frente a empresas privadas frente a otras privadas y a empresas estatales frente a privadas.

4.2.3.3 El Tribunal Constitucional y los organismos reguladores

La Sentencia TC/305/14, dictada por el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de un conflicto de competencias entre la Junta Central Electoral (JCE) y la Dirección General de Contrataciones Públicas, viene a delinear la autonomía de los órganos extra poder, lo que es un gran paso para la comprensión y debido tratamiento normativo y dogmático de la organización constitucional de la Administración puesta en pie por la Constitución de 2010, una organización, hay que decirlo, compleja y heterogénea, como debe ser en un Estado que se pretende Social y Democrático de Derecho, y muy lejos del modelo centralizado, jerarquizado y vertical de la Administración napoleónica y trujillista.

Al margen de los trascendentales votos de los magistrados Leyda Piña, Lino Vásquez y Hermógenes Acosta, cuyo estudio es crucial para entender el modo cómo el TC conceptúa el proceso constitucional del conflicto de competencias y las eventuales críticas a dicho modelo conceptual desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, lo que resalta de esta sentencia constitucional es el hecho de que, por vez primera en la historia jurisprudencial dominicana, se establece, clara, ordenada, didáctica y detalladamente el estatuto de los órganos constitucionales autónomos o extra poder, que “son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes” y que “surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno”. Estos órganos, como es el caso de la JCE, conforme el TC, “a. constituyen órganos fundamentales del Estado, pues están situados en el vértice de la organización política, en posición de relativa paridad e independencia respecto de los poderes públicos tradicionales; b. escapan a toda línea jerárquica y a los controles de vigilancia y tutela jurídica de la autoridad rectora de



la Administración Pública; c. reciben directamente de la Constitución el estatus y competencias esenciales que definen su posición institucional en la estructura del Estado; d. concretan externamente las formas de gobierno y el Estado manifiesta a través de ellos su voluntad con la máxima eficacia formal; y e. los parámetros bajo los cuales ejercen sus funciones no pasan por los criterios inmediatos del momento, sino que, al ser órganos troncales o supremos, preservan el equilibrio institucional de la República y participan con los poderes tradicionales en la dirección política del Estado”.

Para el TC, “la autonomía de la que han sido revestidos los órganos extra poder en la Constitución de 2010 es cualitativamente superior a la autonomía meramente administrativa que la Constitución reconoce a los organismos autónomos y descentralizados de la Administración Pública, los cuales podrán ser creados por ley y ‘estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector’. Ella se distingue también de la autonomía de la Administración Local o Municipal, que la Constitución establece para estimular la descentralización territorial en el contexto de una República unitaria. Así, los órganos constitucionales están dotados de una autonomía reforzada, es decir, de un grado tal de autonomía muy superior al de los entes administrativos y municipales, que les garantiza una esfera libre de controles e injerencias del Poder Ejecutivo”.

Por su parte, la Sentencia TC 305/14 garantiza la autonomía reforzada del Banco Central y de su órgano superior, la Junta Monetaria (JM), en la medida en que, de acuerdo al razonamiento del TC, estos entes, en tanto órganos constitucionales, “reciben directamente de la Constitución –en específico, en sus artículos 223 a 228 (EJP)- el estatus y competencias esenciales” y por irradiación cubriría al menos “los entes reguladores del sistema [monetario y financiero, EJP] y del mercado financiero” (banca, seguros, mercado de valores, pensiones), cuya “coordinación” queda a cargo de la Junta Monetaria, pues se supone que un órgano extra poder, como lo es la JM, no puede coordinar organismos que se encuentren bajo la dependencia del Ejecutivo o bajo la supervigilancia de un ministro. Sin embargo, el TC no se ha pronunciado expresamente sobre la autonomía de los organismos reguladores de los servicios públicos y de otras actividades económicas, que consagra el artículo 147 de la Constitución y cuyas competencias son estructuradas por el legislador.



Estos organismos, que tienen a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (telecomunicaciones, energía, etc.) deben gozar de independencia o autonomía reforzada, pues no puede ser de otro modo, ya que el fenómeno de la regulación económica se caracteriza precisamente porque esta se atribuye a un órgano independiente, desvinculado de los operadores económicos y también de los poderes públicos. La creación de estos organismos reguladores independientes se vuelve absolutamente imperativa cuando el Estado participa junto con las empresas privadas en la prestación de un servicio público, pues solo la separación del gestor del regulador impide la creación de un privilegio a favor del gestor, el cual no solo politiza lo que debe ser una regulación económica neutral, técnica y especializada, sino que es manifiestamente inconstitucional a la luz del principio de igualdad de tratamiento de las empresas públicas y las empresas privadas (artículo 221 de la Constitución).

BIBLIOGRAFÍA

- AMPARO, María y ARMENDÁRIZ, Salvador. *Banca Pública y mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.
- ARAGÓN, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid: McGraw-Gill, 1995.
- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, y otros. *Derecho Constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999.
- BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1988.
- BETANCOR, Andrés. *Regulación: mito y derecho*. Navarra: Civitas/Thompson Reuters, 2010.
- BOLDÓ RODA, German. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*. Navarra: Aranzadi, 2000.
- CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Bogotá: Universidad de Externado.



- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia No. C-074/93*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-074-93.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia No. C-865-04*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-040 de 1993*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-040-93.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-047/93*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-074-93.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-1064/0*. Consultada el 25 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-865/04*. Consultada el 20 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. T-492/93*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-492-93.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. C-1064/01*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. SU-360/99*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia No. SU-360/99*. en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA. *Caso Pedro Antonio Pérez*, de fecha 15 de diciembre de 1998.
- DALLA VIA, Alberto T. *Derecho Constitucional Económico*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2006.
- DE JUAN, César. *La Constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- ESTEVE PARDO, José. “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”. En Santiago Muñoz Machado y José



- Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid: Civitas, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- FORSTHOFF, E. “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”. En VVAA. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima –Bogotá: Palestra/Temis, 2006.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1977.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, Baldo. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2009.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “El principio de subsidiariedad”. En Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.). *Los principios del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- PAPIER, Juan J. “Ley Fundamental y orden económico”. En Ernesto Benda y otros. *Manual de Derechos Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- PAPIER, Juan J. “Ley Fundamental y orden económico”. En Ernesto Benda y otros. *Manual de Derechos Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. *Sentencia de 10 de octubre de 1989* (Sala 3ª, sección 1ª. Ponente A. Bruguera Manté).
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DOMINICANA. *Sentencia No. 9* de fecha 25 de agosto de 1999. Boletín Judicial No. 1065.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 1/1982*, de 28 de enero. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/gl/Resolucion/Show/43#complete_resolucion&completa.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 208/1999* de fecha 11 de noviembre de 1999. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3950>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 71/1982*, de 30 de noviembre de 1982.. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/113>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia No. 88/1987* de fecha 2 de junio de 1987. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/820#complete_resolucion&fundamentos
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No.*



- TC/0001/14, de fecha 14 de enero de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000114>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0027/12*, de fecha 5 de julio de 2012. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15626/sentencia-tc-0027-12-c.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0027/12*, de fecha 5 de julio de 2012. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15626/sentencia-tc-0027-12-c.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0062/15*, de fecha 30 de marzo de 2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc006215>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentencia No. TC/0327/14* de fecha 22 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8021/tc-0327-14.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 30, 250 (263).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 36, 47 (58).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 39, 210 (225).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (BverfGE) 4, 17.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- VICTORIA CONTRERAS, Omar. "Artículo 221". En VVAA. *Constitución comentada*. Santo Domingo: FINJUS, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 1995.



SEGUNDA
JORNADA
20 DE SEPTIEMBRE DE 2018

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA VIDA POLÍTICA

Dr. Roberto Gargarella,
Catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Argentina



Dr. Roberto Gargarella

Es abogado y sociólogo por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la misma universidad y la Universidad de Chicago (EE.UU.), con estudios postdoctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor o investigador visitante en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España), New York, Columbia, New School y Harvard (Estados Unidos). Ha recibido las becas John Simon Guggenheim (1999) y Harry Frank Guggenheim (2002). Ha publicado varios libros sobre teoría constitucional y filosofía política, entre los cuales se destacan: *Latin American Constitutionalism* (Oxford U.P., 2013); *The Legal Foundations of Inequality* (Cambridge U.P., 2010), y también, *La justicia frente al gobierno*; *Las teorías de la justicia después de Rawls*; *Los fundamentos legales de la desigualdad* y *El Derecho a protestar: El primer derecho*.

EL PROBLEMA DE LA “DISONANCIA DEMOCRÁTICA” (CON ESPECIAL ATENCIÓN SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA)

Introducción

En este trabajo quisiera ocuparme, una vez más, de la difícil relación existente entre el ideal del constitucionalismo y el ideal de la democracia. El hilo fundamental que recorre mi escrito dice lo siguiente. Poco a poco, la vida institucional de los países americanos se ha constitucionalizado, lo cual representa una noticia importante, dado que nuestras relaciones públicas han pasado a ser reguladas por un esquema de poder limitado y sujeto a controles. Sin embargo, según diré, ese paulatino y significativo proceso de constitucionalización no ha implicado, al mismo tiempo, la democratización de nuestras sociedades. El constitucionalismo ha mostrado siempre una relación difícil con el ideal democrático, y con las aspiraciones y demandas cada vez más democráticas de nuestra sociedad. Por lo mismo, paulatinamente, los procesos de constitucionalización y democratización, que parecían ir de la mano, han ido tomando caminos divergentes. El resultado es que, en la actualidad, la vida pública aparece adecuadamente regulada por normas constitucionales que solo satisfacen parcialmente, y de modo muy imperfecto, las razonables apetencias democráticas de la comunidad. Vivimos, en la actualidad, bajo un paradigma fuertemente democrático; lo cual genera una situación de *disonancia*: tenemos expectativas y demandas que nuestra organización institucional no ayuda a satisfacer, sino que



por el contrario, habitualmente frustra¹. Hablaré, por tanto, de una situación de *disonancia democrática*.

Para dar un poco más de carnadura a la introducción anterior, la expresaría en tres breves pasos. Primero: desde su nacimiento, a fines del siglo XVIII, el constitucionalismo –americano, que es el tipo de constitucionalismo del que me voy a ocupar– apareció inscrito dentro de un paradigma de pensamiento que era el típico de la época, y que obviamente, tenía que ver con una visión muy hostil a la democracia o, en el mejor de los casos, con una visión muy estrecha de la democracia. Cuando se hablaba de democracia, entonces, se pensaba a la misma en relación con la democracia directa griega, a la que se consideraba fuente de graves males sociales: violencia, violación de derechos, etc.².

Segundo: las constituciones que se crearon en la época (la Constitución de los Estados Unidos, en 1787; y una mayoría de constituciones latinoamericanas, desde comienzos del siglo XIX) reflejaron, como era esperable, ese tipo de presupuestos elitistas, que quedaron plasmados, más o menos directamente, a lo largo de toda la Constitución.

Tercero: el paradigma aristocrático o elitista que fuera dominante en el “momento fundacional” del constitucionalismo americano (digamos, entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX), comenzó a resquebrajarse a mediados del siglo XIX. Desde entonces a la actualidad, en América como en Europa, la ruptura del viejo orden fue seguida por crecientes demandas democratizadoras, que hoy se encuentran en un punto culminante. Podríamos decir que vivimos en una época marcada por el *hecho de la democracia*³. Quiero decir: tenemos una asentada y extendida

1 Ver, por ejemplo, el libro de Robert Dahl, *How democratic is the American Constitution*, en donde el autor se pregunta “¿Cuánto es que nuestro sistema constitucional satisface los estándares *democráticos* propios de este momento?”. Se interroga, además: “Si nuestra constitución es en ciertos modos relevantes defectuosa desde un punto de vista democrático, deberíamos entonces cambiarla, y cómo? (Dahl 2003, 3-4). Seemingly, Sanford Levinson, escribiendo sobre la Constitución norteamericana, sostuvo que: “la Constitución es insuficientemente democrática, en un país que profesa creer en la democracia, y *además* significativamente disfuncional, en términos de la calidad de gobierno que recibimos...[es] una creación humana abierta a crítica y también al rechazo” (Levinson 2008, 9).

2 Así, por ejemplo, a lo largo de las páginas de *El Federalista* n.10. en donde Madison habló de tales democracias diciendo que ellas “han dado siempre un espectáculo de turbulencia... incompatible con la seguridad personal y los derechos de propiedad”.

3 En sentido similar, pero diferente, de un modo importante también, algunos han hablado del “hecho del pluralismo” como marca de la época (Rawls, 1991), y otros, en el mismo sentido, han hablado del “hecho del desacuerdo” (Waldron, 1999). Creo que una mejor descripción de lo que es propio



convicción de que nos corresponde el derecho a intervenir en la decisión sobre aquellos asuntos públicos que de modo directo nos conciernen. El problema es, sin embargo, que nuestras viejas o renovadas constituciones no han sabido tomar nota del “hecho de la democracia”, y siguen estando muy marcadas por aquellos viejos rasgos elitistas que las marcaron en un comienzo. Esta situación, según entiendo, genera una “disonancia democrática” profunda, y amplios niveles de insatisfacción con el estado de cosas dominante, en términos políticos, legales y constitucionales.⁴

En lo que sigue, no voy a ocuparme de dar apoyo a este tercer reclamo, referido al “hecho de la democracia,” que daré por supuesto. Haré algunas referencias, en cambio, al modo en que el sistema constitucional quedó moldeado por supuestos de tipo aristocrático, o en tensión con básicos ideales democráticos, y dedicaré especial atención a mostrar los remanentes (llamémoslos así) antidemocráticos que persisten dentro de dicho esquema. Como en trabajos anteriores, tendré en mente, al hablar de “democracia,” una noción bastante robusta de la misma, ligada con lo que a veces se denomina una concepción “diagnóstica,” “conversacional” o “deliberativa”, de la misma. Sin embargo, lo cierto es que, para los propósitos de este trabajo, me bastará con mucho menos, es decir, con presuponer o tomar en cuenta una noción modesta y de sentido común de la misma. Esta versión “modesta” de la democracia, que es susceptible de lecturas más o menos exigentes de la misma, parte de la idea de que somos individuos moralmente iguales, y afirma que los asuntos públicos o de interés común deben ser discutidos y decididos colectivamente, esto es, quedar sujetos, en última instancia, a la regla de la mayoría.

En lo que sigue, voy a examinar críticamente algunas de las herramientas distintivas del constitucionalismo moderno, que aparecen crecientemente en tensión con nuestras aspiraciones democráticas.

del tiempo tiene que ver, no tanto con los niveles de diversidad o desacuerdos existentes, sino con el derecho a participar en la decisión de tales asuntos sobre los que desacordamos.

4 Solo para citar un apoyo a esta afirmación, que derivo del conocimiento que puedo tener de la práctica política regional, mencionaré al Reporte del Latinobarómetro 2017, según el cual: “El declive de la democracia se acentúa en 2017, con bajas sistemáticas del apoyo y la satisfacción de la democracia, así como de la percepción de que se gobierna para unos pocos. El informe da cuenta de múltiples indicadores que también confirman la baja. Los gobiernos sufren la misma suerte; cada año, los latinoamericanos los aprueban menos”. <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>



Constitucionalismo en las Américas: dificultades heredadas

Según diré, el principal problema que heredamos del viejo constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, tiene que ver con el sesgo antidemocrático o contramayoritario del mismo, que quedaría incorporado en cada una de las principales piezas del esquema constitucional. En efecto, todavía hoy, el carácter contramayoritario del sistema institucional se expresa de modos diversos dentro de la organización constitucional. Me interesará subrayar, entonces, la permanencia y relevancia de las “reglas incapacitadoras” que permanecen en nuestro ordenamiento. En lo que sigue, y luego de algunas consideraciones generales sobre el “carácter contramayoritario” del constitucionalismo regional, me concentraré en el análisis de algunas de las siguientes cuestiones: i) la representación como separación; ii) la preferencia por los controles internos antes que externos o populares; iii) el sistema de “frenos y contrapesos” entendido como sistema destinado a canalizar el conflicto; y iv) la cuestión referida a los jueces como custodios de “derechos naturales”. Luego, me referiré a dos graves problemas adicionales, más propios o típicos del constitucionalismo latinoamericano: v) la cuestión del hiperpresidencialismo; y vi) problemas relacionados con lo que llamaré “constituciones disociadas.”

La creación de un sistema contramayoritario

El modo en que el constitucionalismo americano organizó a la función judicial ha dado lugar a recurrentes y conocidas críticas, que Alexander Bickel plasmó bajo la idea de la “dificultad contramayoritaria”⁵. En esta sección procuraré fundamentalmente subrayar dos temas. En primer lugar, afirmaré que el problema en cuestión trasciende largamente a una “dificultad” que afecta al área judicial. Se trata, más bien, de un rasgo de identidad que define al modelo constitucional adoptado. En segundo lugar, señalaré que el problema en cuestión tiene que ver con un modo

5 Decía Bickel: “Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o un decreto ejecutivo, ella tuerce la voluntad del pueblo del aquí y ahora; ejerce su control no a favor de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella” (Bickel, 1967, 16-17).



poco atractivo de pensar la democracia, heredado de una tradición política y filosóficamente elitista.

Sobre el primer punto, comenzaría suscribiendo un juicio hecho por Roberto Mangabeira Unger, quien resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” está dado por su “disconformidad con la democracia” –una disconformidad que se expresa, según él, y sobre todo, en “*la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios*” (Unger, 1996, 72, 198, énfasis añadido). Jack Balkin también exploró esta peculiar “sensibilidad anti-popular”, que reconoce como propia de las élites jurídicas dominantes (Balkin, 1995, 1951).

El punto es relevante, según entiendo, porque acostumbramos a centrar nuestra atención en “la dificultad contramayoritaria” como dificultad constreñida a la esfera judicial, cuando se trata de un problema que la trasciende, obviamente. Hablo de un rasgo que define a todo el sistema institucional, y que tiene que ver con una actitud de *desconfianza democrática* –desconfianza en relación con las capacidades de la ciudadanía para tomar a cargo la decisión de sus propios asuntos– distintiva de la dirigencia que quedó a cargo del diseño de los sistemas constitucionales americanos. Se trata, en definitiva, de que el modelo constitucional que se convirtió en dominante en toda América, resultó apoyado en una concepción elitista que, según diré, aparece en tensión con la concepción democrática que parece más difundida entre la ciudadanía en la actualidad –una concepción hoy asociada a prácticas y convicciones extendidas⁶. Por entonces, y como sostuviera Robert Dahl –tal vez uno de los mejores analistas de la época– el constitucionalismo no manifestó, en sus orígenes, “mayor ansiedad sobre los peligros que podían surgir de la tiranía de la minoría, pero mostró un enorme temor, en comparación, frente al riesgo de la tiranía de la mayoría” (Dahl, 1956, 9).

6 Esa visión de desconfianza democrática fue identificada por Carlos Nino como (una modalidad del) “elitismo epistémico”. Se trata del tipo de “elitismo político” que Morton White considerara distintivo del pensamiento de los “padres fundadores” en el momento decisivo de la creación constitucional norteamericana, y característico –en particular– de los trabajos presentes en *El Federalista* –la principal y más influyente pieza ideológica en la fundamentación de dicho esquema constitucional (White, 1987, 213). En buena medida, podría decirse, ese es el hilo que finalmente recorre y une a toda la estructura constitucional elaborada por la Convención Federal de 1787. Procuré dar apoyo textual e histórico a estos dichos en Gargarella (2010).



En América Latina, esa lectura de la “desconfianza” tendió a primar en las clases dirigentes regionales, a mediados del siglo XIX. La idea conforme a la cual la sociedad no estaba preparada, ni interesada, en ejercer sus libertades políticas, era propia del pensamiento de toda esa generación de dirigentes latinoamericanos. El historiador Natalio Botana describió dicho pensamiento como el tránsito “*de la soberanía del pueblo a la soberanía de la razón*” (Botana, 1996). En otros términos: la dirigencia de la época coincidía en desafiar la visión más democratizadora –rousseauiana– que había primado en el tiempo de la revolución (la de la “soberanía del pueblo”), para afirmar que era la hora de la “soberanía de la razón”, esto es, la hora de un gobierno a cargo de minorías bien preparadas⁷.

Concluiría esta sección introductoria subrayando dos puntos en torno a lo dicho. En primer lugar, dicha concepción estrecha sobre la democracia es la que –a través de dirigentes como los señalados– tendió a primar dentro de las Convenciones Constituyentes celebradas en esa segunda mitad del siglo. En segundo lugar, y a resultas de lo expresado, llamaría la atención sobre el hecho de que tal paradigma fue el que definió –desde entonces y hasta hoy– el perfil de la parte medular de nuestras constituciones, esto es, la que refiere a los modos en que se organiza el poder. En las próximas secciones, vamos a reconocer el impacto de este tipo de supuestos en la construcción de todo el esquema constitucional latinoamericano.

7 Tal como lo expresara Esteban Echeverría, en su obra más conocida –el *Dogma Socialista*: “la razón colectiva solo es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional” (Echeverría, 1915, 185-86). Esta línea de pensamiento fue común en la América Latina del siglo XIX. Mencionaría, en tal sentido, al venezolano Andrés Bello, tal vez la figura jurídica más influyente en Chile, y una de las más importantes de la región. Responsable intelectual del Código Civil Chileno, pero también de la decisiva Constitución de Chile de 1833 (objeto de admiración en toda América Latina), él sostuvo, en uno de sus escritos más conocidos: “los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades... Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que... se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes” (Jaksic, 2001, 212). De manera similar se manifestaría, en Colombia, el liberal José María Samper, una de los dos grandes intelectuales –junto con Miguel Antonio Caro– detrás de la Constitución de 1886, que reivindicaba la nueva Constitución de su país, a pesar de las limitaciones de derechos que ella imponía (ver, por ejemplo, Valencia Villa, 1992, 154-5).



Representación como separación

En América Latina, como en buena parte del mundo occidental, se reprodujeron, desde el tiempo de la independencia, las discusiones que se habían dado en el mundo anglosajón en torno al carácter de los representantes. Tales discusiones encuentran un primer y crucial punto de referencia en los debates de Bristol de 1774, entre el conservador Edmund Burke y el radical Henry Cruger, acerca del vínculo que debía existir entre electores y elegidos una vez terminado el comicio. Ellos se preguntaron: ¿Es que el representante debía seguir estrictamente el “mandato” particular de sus electores –lo que podía implicar que él quedaba sujeto a “instrucciones obligatorias” y “revocatoria de mandatos”; o es que debía independizarse de aquellos, y pasar a servir los intereses generales de la Nación (antes que a los intereses fraccionales de quienes lo habían escogido)?

En el ámbito americano, la opción por un sistema representativo, entendido este como un sistema en tensión con la democracia, fue clara desde un comienzo. Dicha opción fue expresada como nadie por James Madison, en su artículo más importante –*El Federalista* n. 10– en donde marcó las grandes diferencias que separaban al sistema democrático del republicano (así se refirió al sistema representativo). Sostuvo entonces que en los regímenes representativos, “la voz pública” era “refinada y expandida” a través de un “cuerpo escogido de representantes, cuya sabiduría puede conocer mejor el verdadero interés del país, y cuyo patriotismo y amor por la justicia no va a ser sacrificado por consideraciones ocasionales”. Bajo dicho esquema, agregó Madison –en lo que sería una línea fundamental de su escrito– “es muy probable que la voz pública, pronunciada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien común, que si la hubiera pronunciado el pueblo mismo, convocado para ese fin”. La idea allí suscrita, y que Madison contrapuso a la idea “democrática” no fue solamente la de un sistema representativo, a secas, sino la de un sistema representativo entendido de un modo particular, en donde la representación era vista como una “primera opción” –esto es, de modo contrario a como podía verla toda la tradición radicaldemocrática, identificada con autores como Paine o Jefferson, y que pensaba a la representación como un “mal necesario” o un “segundo mejor”. Para quienes entendían a la representación como “mal necesario,” el sistema representativo se aceptaba dada la imposibilidad práctica de la primera opción, de democracia directa. Y



ello significaba, a la vez, que toda oportunidad de volver a la democracia directa, o de apelar a ella, debía ser, en principio, bienvenida. Para la tradición “triumfante,” en cambio (la de la representación como “primera opción”), la conclusión era otra: ni aun en los casos o modos en que fuera posible, resultaba atractiva o merecía favorecerse la democracia directa.

En América Latina, como en otras regiones, la posición que terminó por prevalecer en materia de representación fue la que en Bristol defendiera Edmund Burke y la que quedaría incorporada en el constitucionalismo de los Estados Unidos. La Constitución chilena de 1823, por ejemplo, dejaba en claro que la soberanía no residía en el pueblo, sino en sus representantes. En su artículo 3 expresaba: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y el ejercicio de ella en sus representantes”. De modo todavía más extremo, el artículo 22 de la Constitución argentina, vigente desde 1853, sostiene que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”. Se trata de un artículo que –de forma no sorpresiva– se usó y sigue siendo usado como base textual para criminalizar protestas pacíficas en las calles⁸.

Conviene advertir que los críticos de la “separación” no pretendían negar las dificultades propias del autogobierno colectivo, ni ser ciegos a los obvios riesgos derivados del establecimiento de vínculos muy estrechos entre representantes y representados. Tales riesgos habían sido bien descritos por Burke en su debate de Bristol: representantes que no piensan más por su cuenta; representantes que quedan sometidos a la voluntad de una facción e indispuestos a cambiar por mejores ideas expuestas en nombre del interés general; representantes que se convierten en meros “muñecos parlantes” de sus representados. Lo que a estos críticos les interesó, sobre todo, fue dejar en evidencia los obvios riesgos que conllevaban las posturas alternativas, y desde entonces dominantes. Me refiero a los riesgos previsibles, derivados de las posiciones conservadoras prevalecientes en materia de representación: los representantes –previsiblemente– iban a

8 Una ilustración particularmente importante y preocupante de esa postura judicial se advierte en el “Schiffrin, Marina”, Fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala I (2002).



inclinarse a actuar conforme a sus propios intereses; los representantes iban a coaligarse con sus pares y actúan como clase con intereses propios; los representantes, simplemente, iban a desvincularse de sus electores, y así iban a dejar de reconocer y entender los intereses de sus electores, a quienes habían prometido seguir y servir.

Quienes propiciamos sistemas institucionales más democráticos, rechazamos algunos supuestos que parecen clave en el tipo de organizaciones constitucionales aquí expuestas. Contra la tradición elitista avanzada por Burke, sostenemos que la deliberación de unos pocos no basta para favorecer la toma de decisiones democráticas e imparciales. La propuesta burkeana era capaz de reconocer apropiadamente el valor de la deliberación –deliberación como modo de cambiar de idea, si la propia se confrontaba con una idea mejor–; a la vez que queda ciega frente al valor de la inclusión –el valor del debate *colectivo*–. Y lo cierto es que la deliberación limitada a unos pocos maximiza el riesgo de no reconocer o no sopesar debidamente las legítimas aspiraciones de una mayoría de la sociedad. Lo dicho no implica valorar, contrariamente, la participación sin la posibilidad de informarse y/o debatir debidamente. Debe ser posible un proceso de toma de decisiones que resulte, a la vez, inclusivo, informado y basado en el diálogo y acuerdo entre sus miembros. En todo caso, el punto del análisis es más limitado: se trata de mostrar de qué modo la tradición representativa que es propia de nuestro sistema de gobierno se asienta en supuestos de tipo elitista, que hoy tenemos razones para rechazar; a la vez que genera riesgos –el aislamiento, la burocratización, la falta de conocimiento de los problemas ciudadanos– que tenemos razones para resistir.

La preferencia por los controles “endógenos” sobre los exógenos o populares

Desde los inicios de las reflexiones sobre la representación política y los controles a los representantes, se abrió otra discusión fundamental, que acompañó a las anteriores. Me refiero a la discusión acerca del valor de privilegiar los controles “internos” o “externos”; “endógenos” o “exógenos”. En el contexto norteamericano, dicho debate se conoció desde temprano, por ejemplo, en el escrito que presentara Thomas Jefferson, como sus “Notes on the State of Virginia” a los que le replicara Madi-



son, desde El Federalista n. 49. En dicho caso, Jefferson presentó una defensa de los controles populares o “exógenos,” esto es, los que pudiera realizar la propia ciudadanía, con su voto y otros medios, frente al poder, ante situaciones de trabazón institucional y crisis de gobierno. Como forma de impedir las crisis constitucionales (“correct [breaches]” of the constitution”), él propuso llamar a una Convención popular cada vez que se hiciera necesario solucionar un conflicto institucional grave. Contra dicha posibilidad, Madison se mostró muy enfático. Para él, la propuesta jeffersoniana enfrentaba al menos tres problemas: i) prometía alterar la tranquilidad pública, haciendo un llamado a las pasiones; ii) iba a privar al gobierno de la “veneración” que el mismo necesitaba; y iii) terminaba sugiriendo una solución sesgada, dado que el órgano legislativo –el más cercano al pueblo– iba a resultar favorecido, tendencialmente, ante consultas semejantes.

La paulatina afirmación de la alternativa madisoniana, en los Estados Unidos primero, y luego en América Latina, vino de la mano con la sistemática pérdida de prestigio de los controles populares o “exógenos”. Se enfatizaron entonces los controles “endógenos” o internos al sistema institucional: de una rama del poder sobre las otras. La mayoría de los controles externos en los que en algún momento se había pensado, o se habían puesto en práctica, fueron resultando entonces desplazados –salvo el voto periódico. Así, se dejaron de lado ideas y prácticas como la de las “town meetings” o las instrucciones a los representantes, a la vez que se tornaban cada vez más comunes y extendidas las elecciones indirectas o los mandatos extendidos en el tiempo, y se descartaba a la vez la posibilidad de contar con legislativos unicamerales que, por un lado, afirmaban la idea rousseauiana conforme a la cual la “voluntad del pueblo” era “una e indivisible,” y por otro dejaba en claro que no se quería el control de la gran propiedad (el Senado) sobre la voluntad más directa del pueblo.

En América Latina, la discusión fue algo menos densa, en este como en otros temas, pero ella no estuvo de ningún modo ausente. En la región también habían sido comunes las iniciativas de intervención y controles populares (las propuestas y prácticas relacionados con los “controles exógenos”): los cabildos nacidos con el objeto de acercar el pueblo al gobierno; las instrucciones a los representantes, que fueron tan comunes en los primeros años posteriores a la independencia, etc. Sin embargo, y



conforme a lo dicho, la regla fue la opción por los controles endógenos antes que exógenos: los primeros fueron paulatina pero sistemáticamente eliminados⁹. El rechazo de las instrucciones se convirtió, en la época y desde entonces, en un evento de un impacto simbólico extraordinario. La temprana decadencia de las “instrucciones a los representantes” fue seguida por la lenta agonía de los Cabildos; la desaparición de la idea de la revocatoria de los mandatos; la extensión de la permanencia de los representantes en sus cargos; el desdén hacia la idea de la “rotación obligatoria”, etc. En toda la región, el sufragio terminó siendo objeto de recortes de todo tipo. Por un lado, aparecieron las elecciones indirectas como modo de “selección de los mejores” (Palti, 2007); y por otro, aparecieron limitaciones relacionadas con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los “notables” (ver, por ejemplo, Sábato, 2010; Sábato y Lettieri, 2003).

El hecho de que –al final del día– los controles sobre la función pública pasaran a ser, en toda América, controles fundamentalmente internos (de una rama del poder sobre las otras), generó problemas muy serios. Por razones de espacio, subrayaría aquí, simplemente, una de las consecuencias que se siguieron de los nuevos criterios: La decisión de descansar, fundamentalmente, en controles institucionales internos implicó una sobrecarga de responsabilidades extraordinaria para el sufragio periódico. Una herramienta que fuera, en su momento, central –pero finalmente, una entre varias– para el control al poder y la comunicación con el mismo, pasó a cargar sobre sus espaldas con casi toda la responsabilidad al respecto –una responsabilidad que, insisto, antes era compartida–. Ubicado en dicha función, sin dudas, el voto periódico perdió buena parte de su fuerza: hoy se muestra como una herramienta muy limitada para controlar al poder, y notablemente imperfecta para facilitar la comunicación entre representantes y representados.

9 Un ejemplo temprano y muy notable, al respecto, lo constituye el rechazo de las instrucciones que traían los representantes (“artiguistas”) de la Banda Oriental (Uruguay), por parte de la Asamblea General Constituyente de 1813, de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Esas famosas “instrucciones del año XIII”, resumidas en las ideas de federalismo, república e independencia, eran producto de un ideario radical-rousseauiano, que resultaba indigerible para la élite porteña, en Buenos Aires (Petit Muñoz, 1956).



“Frenos y contrapesos” o diálogo constitucional

El sistema de “frenos y contrapesos”, que todavía hoy gobierna las relaciones entre las ramas del poder, nació asociado a una sociología política estrecha, y a una filosofía política más bien elitista, como la explicitada más arriba. Voy a referirme a tales supuestos muy brevemente, partiendo del caso “madre” en la materia, que es el de los Estados Unidos, cuna del sistema de los *checks and balances*.

En su momento, James Madison describió parte de los supuestos sociales de los que habían partido los autores de la Constitución. Así, en *El Federalista* n. 10, Madison sostuvo:

Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

En párrafos como el citado se encuentra la base de lo que luego sería la organización del legislativo: un modo imaginado –improbable, agregaría– de incorporar a toda la sociedad al gobierno. Madison, como muchos dentro de su generación, consideró que era posible alcanzar una situación de “representación plena”, a partir de la certeza de que la sociedad se dividía en pocos grupos sociales, en conflicto entre sí (fundamentalmente, entre propietarios y no propietarios; acreedores y deudores), internamente homogéneos (Gargarella, 1998). Si esto era así, luego, bastaba con incorporar a algunos pocos miembros de cada grupo, dentro del sistema institucional, para alcanzar una representación completa dentro del recinto legislativo. La sociología política presumida por Madison era ya disputada en su tiempo, cuando muchos pensaban que el abanico de puntos de vista que se pretendía representar en el parlamento era demasiado estrecho. De allí que los críticos de su proyecto constitucional –los antifederalistas– hablaran de convertir al Congreso en un “espejo de la sociedad”, capaz de reproducir



los mismos intereses, sentimientos, opiniones y puntos de vista existentes en el seno del pueblo¹⁰.

Como anticipara, dicha sociología imperfecta vino acompañada de supuestos teóricos difíciles de aceptar, para nuestra actual conciencia democrática. El supuesto principal al que me refiero, propio de la vieja lógica de la “Constitución mixta”, es el que decía que tenía sentido el logro de un “equilibrio social” en el que el peso de los intereses de la mayoría (expresado en los órganos políticos, y particularmente en la Cámara Baja), merecía ser contrapesado por los intereses de los sectores minoritarios, integrados fundamentalmente por la gran propiedad (y que también encontraría expresión constitucional, i.e., en el Senado, la justicia). Quiero decir, no se trataba, simplemente, de fijar controles para evitar los excesos mayoritarios (un reclamo razonable que, desde cualquier concepción de la democracia puede llegar a aceptarse), sino de otorgar poder institucional equivalente a los intereses de las mayorías (pequeños propietarios, artesanos y trabajadores de clase baja), y a los intereses de los grupos minoritarios (identificados entonces, como dijera, con grandes propietarios, comerciantes, etc.).

El hecho es, en todo caso, que hoy contamos –en toda América, y en el caso de la República Dominicana, desde 1844 y su primera carta constitucional- con un sistema de “frenos y equilibrios” montado sobre una sociología política que era ya imperfecta en su tiempo, y una filosofía política de rasgos fuertemente no democráticos. Pocas dudas caben al respecto: nuestras sociedades han desbordado, contemporáneamente, al sistema institucional por todos los costados, como frente a un traje que le queda cada vez más chico, y que se muestra incapaz de contener a toda la diversidad que pretende albergar.

En todo caso, y para los propósitos de este texto, es crucial entender que el sistema de “frenos y contrapesos” fue diseñado originariamente para canalizar institucionalmente el conflicto, o contener la guerra civil. Su principal objetivo –que alcanzara con relativo éxito- fue el de canalizar una eventual guerra social, proporcionando herramientas defensivas (veto presidencial, revisión judicial, bicameralismo) a representantes de diferentes secciones de la sociedad. La idea detrás del mecanismo fue la de contener

10 Ver “The Federal Farmer,” en Storing (1981), vol. 2, p. 230.



el descontento social en una situación caracterizada por la presencia de profundos conflictos sociales, y por la existencia de lo que para muchos era una frecuente ‘legislación opresiva’. Este hecho, creo, explica por qué el sistema no está bien preparado para garantizar la deliberación colectiva a lo largo del tiempo. Puede hacerlo, tal vez, pero solo como resultado de la voluntad ocasional, informal y discrecional de ciertos funcionarios públicos.

Entiendo que algunos académicos creen que el sistema de controles y equilibrios fue diseñado para favorecer la deliberación democrática, o que el mismo se ha desarrollado en formas compatibles con ella. Por ejemplo, según Cass Sunstein, los “Padres Fundadores” del constitucionalismo estadounidense crearon un ambicioso sistema de “gobierno por discusión”, que no recompensa la autoridad o el privilegio, sino más bien los argumentos presentados y resueltos a través de una discusión general (Sunstein, 1993, n. 58, xvi). Stephen Holmes avanzó consideraciones similares en otros escritos propios (Holmes, 1993). Sin embargo, yo disputaría esos reclamos tanto a nivel histórico como teórico. He argumentado en contra de su base histórica en otra parte (Gargarella, 2014), así que déjenme agregar algo sobre la teoría en que se apoyan. En primer lugar, y como ya lo he dicho, las herramientas institucionales ofrecidas a las diferentes ramas de gobierno por el sistema de “frenos y contrapesos” no favorecen el comienzo, sino más bien la finalización de todo diálogo (i.e, la invalidación judicial de las leyes, el juicio político, el poder de veto, etc.). En segundo lugar, las complejidades del sistema (basado en agentes públicos con credenciales democráticas muy diferentes, que representan diferentes intereses, de legitimidad diferente, elegidos en diferentes momentos y mediante diferentes procesos), tornan al sistema más adecuado para la creación de un mosaico de puntos de vista (un “patchwork”) que para expresar de algún modo la “voluntad democrática” de la sociedad. Como dijo Carlos Nino:

no hay garantía alguna de que el resultado de esta mezcla incómoda de decisiones diferentes... llevados a cabo por diferentes grupos de personas en diferentes momentos, tenga alguna semejanza con el consenso de la mayoría, obtenido luego de un debate libre y abierto (Nino, 1991, 578).

En definitiva, muchos queríamos obtener del sistema de controles y equilibrios algo así como una deliberación democrática inclusiva, que



el sistema no está bien preparado para brindar. El sistema no impide el diálogo entre las ramas de gobierno y, ocasionalmente, puede coexistir con él, pero lo cierto es que no fue diseñado para promoverlo, sino más bien para lo contrario.

Poder judicial, derechos naturales y reflexión individual

No hay rama del sistema constitucional que muestra de mejor forma las tensiones con el ideal democrático, que la rama judicial. Desde temprano, ella fue identificada con el poder establecido, y con un actuar conservador en defensa de las tradiciones, y el “antiguo orden” en materia de propiedad. De allí que esa visión de la justicia fuera puesta en cuestión, luego de la Revolución Francesa; y de allí también que el pensamiento democrático norteamericano identificara a dicho poder como la parte más incurablemente antirepublicana del sistema constitucional. Esa línea de críticas siguió, en distintas formas, hasta la actualidad, y tuvo un reverdecer muy particular a mediados del siglo XX, a partir de trabajos como el de Alexander Bickel, que identificaron a dicho poder a partir de (lo que famosamente denominó) su carácter “contramayoritario” (Bickel, 1967).

De las numerosas cuestiones que merecerían traerse a colación a esta altura, en relación con el poder Judicial y su organización, mencionaría fundamentalmente dos. En primer lugar, el lugar, funciones y poderes asignados al poder Judicial, son hijos de un modo de entender la imparcialidad (o, digámoslo así por ahora, la toma de decisiones justas). Según entiendo, hay dos grandes modos de acercarse a la cuestión. Conforme al primero, la imparcialidad tiene que ver con decisiones colectivas, informadas y deliberadas por “todos los potencialmente afectados”. Esta tradición (que hoy podríamos denominar “habermasiana”) aparece anclada en la rama más democrática del pensamiento político; en ideas que remiten a los jurados populares o en la noción de un control de las leyes “departamentalista”, en donde todas las ramas del gobierno pueden intervenir, en igualdad de condiciones, en la interpretación constitucional (Kramer 2005). Desde este punto de vista, los jueces participan con los demás poderes en la reflexión en torno al derecho, y desde un lugar de vínculo –antes que de separación y distancia– con la ciudadanía. Jefferson presentó bien la aproximación democrática a la independencia judicial, cuando sostuvo: “que el poder



judicial sea independiente del rey o del ejecutivo es una buena cosa, pero independencia de la voluntad de la nación es incomprensible, al menos dentro de un gobierno republicano”¹¹. La visión alternativa sostiene, por el contrario, que la imparcialidad tiene que ver con procesos de reflexión individual (de uno o pocos), aislada, realizada por los grupos o individuos más preparados de la sociedad. Esta visión –que, contra lo sugerido por Jefferson, deriva la imparcialidad, del aislamiento judicial en relación con la ciudadanía- es la que marcó al diseño del poder Judicial en toda América, quedando reflejado, de modo especial, en las formas de selección de los jueces; los requerimientos para ocupar la función; y las formas propias del ejercicio de la tarea. Independencia, desde entonces, es sinónimo de aislamiento social o, como sostuvo Madison en *El Federalista* n. 49, una consecuencia propia de la que los jueces iban a estar “demasiado lejos de la ciudadanía, como para compartir alguna de sus disposiciones.”

El otro punto que mencionaría, sobre la cuestión, se relaciona con la concepción de los derechos que se corresponde con la mirada dominante, en torno a la función judicial y la democracia. La noción de los derechos que resulta propia del constitucionalismo americano, se vincula con la tradición de los *derechos naturales* y autoevidentes, que tiene su origen en el pensamiento de John Locke. Esa es la visión que quedó incorporada, de modo explícito, en las primeras líneas de la Declaración de la Independencia norteamericana (“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights...”); la que recorre los papeles del *Federalista*, desde sus primeras páginas; y la que quedó expresada en la Declaración de Derechos norteamericana, primero, y luego en la mayoría de las listas de derechos incorporados en el constitucionalismo de América Latina.

Ese modo de concebir a los derechos coloca a los mismos no como una creación humana, producto de la reflexión colectiva, que es el modo en que propuso pensarlos, por caso, Carlos Nino, desde la primera línea de su obra *Ética y derechos humanos* (el libro se abre diciendo “Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”), sino entidades “naturales”, ajenas a la discusión colectiva, y cognoscibles solo por la razón (de los más iluminados, como

11 Carta de Jefferson a Thomas Ritchie, diciembre 25, 1830, en Jefferson, 1984, 1446.



precisaría Alexander Hamilton en el *Federalista* n. 5). Desde esta particular concepción, de raíz elitista, los derechos son entendidos de modo separado de la democracia, como formando parte de una “esfera” propia, cuyos contenidos y contornos son accesibles por la razón científica, y que debe ser resguardada, por la justicia, de las intrusiones indebidas y amenazas que le impone la democracia. En el derecho latinoamericano, dicha cosmovisión se convirtió en dominante también; resultó reforzada por el pensamiento jurídico de posguerra (que se esmeró en asegurar un resguardo especial para los derechos, ante los agravios mayoritarios que asociaba al nazismo y fascismo); y se mantiene hoy intacta, gracias al respaldo de autoridades doctrinarias tales como Luigi Ferrajoli (en sus referencias a la “esfera de lo indecible”, ajena a la decisión democrática); Ernesto Garzón Valdés (quien sostiene una idea idéntica, a través de su noción del “coto vedado”), o los más tempranos escritos de Norberto Bobbio (quien aludiera en su momento al “territorio inviolable” de los derechos). La misma sigue ejerciendo una enorme influencia aun en los máximos niveles judiciales (como el de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos), y ha ayudado a generar algunas de las decisiones más polémicas de los últimos años, donde los derechos son leídos como entidades ajenas al debate colectivo; la democracia aparece más bien como una amenaza; y los jueces se autoasumen como custodios de valores que la democracia solo parece poner en riesgo¹². Es difícil, para los demócratas, no ver esta evolución de nuestro derecho como un problema, o como un retroceso: el cuidado por los derechos debe ser compatible con la preservación de nuestros compromisos democráticos más básicos.

Anomalías latinoamericanas

En las páginas anteriores, me ocupé de algunos problemas propios del constitucionalismo contemporáneo (centrándome, de modo especial, en el constitucionalismo americano), y que muestran la persistente influencia de reglas y principios “incapacitadores”. En las páginas que siguen, voy a

12 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. No. 221. I examined the problems related to the case in Gargarella (2017).



centrarme en dos problemas en particular, muy propios –aunque, como veremos, no exclusivos– del constitucionalismo de América Latina. En la sección siguiente, y en primer lugar, voy a referirme a la cuestión del –así llamado– hiperpresidencialismo. Luego, en una segunda sección, voy a ocuparme de la otra gran novedad que América Latina legó al constitucionalismo, esto es, los derechos sociales, y voy a aludir a algunos problemas relacionados con el modo en que ellos fueron incorporados a la Constitución.

Hiperpresidencialismo, poder concentrado y democracia

De todos los resabios antidemocráticos, todavía presentes en el constitucionalismo regional, seguramente ninguno es más importante que el relacionado con la organización del poder Ejecutivo. Ya en el esquema constitucional norteamericano, dicho poder alumbraba como un “*primus inter pares*”, y por tanto, se convertía en amenaza para la lógica del equilibrio propia del sistema de “frenos y contrapesos”. Sin embargo, dicho esquema se radicalizó en América Latina, a partir de la aparición de superpresidentes, construidos a resultas de un acuerdo liberal-conservador, a mediados del siglo XIX. En dicho acuerdo, los liberales se inclinaron por favorecer un modelo de “frenos y contrapesos” más en línea con la tradición norteamericana, mientras que los conservadores propusieron, como alternativas, formas de poder concentrado, más afines a la tradición monárquica de raíz hispánica. Como producto final de ese acuerdo, una mayoría de constituciones de la región construyeron sistemas de “frenos y contrapesos” muy peculiares, que combinaban el modelo de controles norteamericano, con los presidentes superpoderosos que derivaban del reclamo de los conservadores. De ese modo, por lo demás, el hiperpresidente aparecía, desde el primer instante, poniendo bajo amenaza, sino directamente en crisis, la estructura de controles mutuos que se procuraba establecer por otro lado: se formó así una estructura de “frenos y balances desbalanceada”.

Con razón, se ha examinado al poder Ejecutivo en las constituciones de América Latina apelando al concepto de “hiperpresidencialismo”. Según Carlos Nino –quien acuñara el concepto– la idea de “hiperpresidencialismo” se puede entender comparativamente, en particular cuando examinamos



las facultades asignadas al (y conseguidas por el) presidente, en las constituciones de América Latina, vis a vis las que fueron reservadas para el cargo en la Constitución de los Estados Unidos, que le sirviera como modelo (Nino, 1992, 524 y sigs.). Nino alude, entonces, a los poderes (adicionales) concedidos a los presidentes latinoamericanos en materias como las de Estado de sitio, la intervención federal en las provincias (ajenas al derecho constitucional norteamericano); o a la designación y remoción discrecional de los ministros; o a las competencias legislativas (Nino alude, en particular, a la promulgación parcial de leyes, y a las amplias funciones reglamentarias reservadas al presidente). Tales facultades se suman a los poderes especiales reservados para el presidente a partir de desarrollos jurisprudenciales (i.e., a favor de las facultades legislativas delegadas), y doctrinas como las de las “cuestiones políticas no judiciales”.

En el caso de la República Dominicana, la tradición hiperpresidencialista apareció muy tempranamente, cuando –por presiones del general Pedro Santana– se modificó la primera Constitución del país, de 1844, para insertarle un fatídico artículo 210, que vino a otorgarle plenos poderes al Presidente. El artículo en estableció sostuvo entonces que “Durante la guerra actual y mientras no esté firmada la paz, el Presidente de la República puede libremente organizar el ejército y armada, movilizar guardias nacionales, y tomar todas las medidas que crea oportunas para la defensa y seguridad de la Nación; pudiendo en consecuencia, dar todas las órdenes, providencias y decretos que convengan, sin estar sujeto a responsabilidad alguna”. Esta nefasta tradición, por supuesto, resultó reforzada durante los más 30 años del general Pedro Trujillo en el poder (1930-1961), que convirtieron a la división y el equilibrio de poderes en meras ficciones.

La crítica al hiperpresidencialismo dominó buena parte de los estudios constitucionales de la región, al inicio de los 80. Entonces, una mayoría de los países latinoamericanos recuperó la democracia, y muchos autores (con razón) comenzaron a señalar al sistema hiperpresidencialista como co-responsable de lo que entonces aparecía como el peor de los “dramas” institucionales de la región: la inestabilidad democrática (Linz & Stepan, 1978; Linz & Valenzuela, 1994; Nino, 1996; Nino, 1997). Aquellas saludables críticas inauguraron un debate inacabado, en torno a la responsabilidad efectiva del hiperpresidencialismo regional en la inestabilidad democrática dominante en la región durante todo el siglo XX. El hiperpresidencialismo pasó a ser discutido por su vínculo con la *estabilidad política*, pero esa



importante disputa pasó a ocluir otra discusión, seguramente más importante todavía, relacionada con la plausibilidad del hiperpresidencialismo en términos normativos-democráticos. Salvo algunos relevantes estudios sobre la materia, los autores que comenzaron a trabajar sobre ella, provenientes en particular de la ciencia política, se concentraron en estudios empíricos explícitamente alejados de otros debates normativos (entre las excepciones, ver Alegre, 2009).

Ante todo, convendría recordar que, no por azar, y desde el mismo momento de la independencia, las figuras públicas más vinculadas con el pensamiento radical republicano se mostraron fundamentalmente enemigas del presidencialismo. A lo largo de décadas, los republicanos y radicales latinoamericanos exploraron las propuestas constitucionales más diversas, tendentes a resistir la concentración del poder¹³. Es decir, aquellos pensadores que más acento pusieron en el valor del autogobierno colectivo, identificaron inmediatamente, y desde un comienzo, que nada era más contrario a dicho ideal que la concentración de poderes en el poder Ejecutivo. Parece claro que hay una disyuntiva entre el “gobierno de todos” y el “gobierno de uno”; entre las formas de la democracia horizontal, y las formas más extremas del poder concentrado. En todo caso, resultó clara desde el comienzo de la vida constitucional en la región, la existencia una tensión entre la defensa doctrinal del ideal del autogobierno colectivo, y el sostén constitucional de cláusulas orientadas en dirección contraria, como las relativas a la conformación de un poder Ejecutivo fuerte¹⁴.

Algunos autores podrían decir que la concentración del poder en el poder Ejecutivo constituye, en verdad, una estrategia reforzadora de la

13 Por ejemplo, una de las primeras constituciones escritas en la región –la pionera Constitución de Venezuela de 1811– en su artículo 72 creó –contra las tendencias prevaletentes en el derecho comparado– un poder Ejecutivo tripartito, orientado a poner algún inmediato freno a la concentración del poder impulsada por el “Libertador” Simón Bolívar. De modo similar, los primeros constituyentes peruanos discutieron la fórmula de un Ejecutivo plural, en 1823, temerosos –como sus colegas venezolanos– de la posibilidad de un gobierno concentrado. De modo todavía más extremo, en la Convención de Ríonegro, en Colombia –que concluiría sus debates con la Constitución de 1863– los representantes del llamado “Olimpo radical” propusieron mandatos presidenciales de solo un año, claramente dirigidos a disipar los riesgos del exceso presidencial.

14 Lo dicho en torno al hiperpresidencialismo debe considerarse válido, también, para nuestras referencias críticas sobre el centralismo. Ocurre que la concentración del poder y la centralización del territorio formaron parte del mismo paquete de propuestas avanzadas por el conservadurismo latinoamericano, al menos, durante todo el siglo XIX. La desconfianza democrática y el elitismo político fundaban, al mismo tiempo, ambas propuestas.



democracia, dada la relación más directa que existe entre el Ejecutivo y la ciudadanía, y la capacidad de esta última para controlar al primero (Posner & Vermeule, 2010). Este análisis, sin embargo, parece gravemente defectuoso. Por un lado, el mismo sobreestima las capacidades controladoras de la ciudadanía cuando enfatiza la capacidad (“retrospectiva”) del voto, para sancionar los eventuales excesos ejecutivos. Y es que, primero, los “mensajes” que puede querer dar la ciudadanía, a través del voto, son múltiples, aumentan o se modifican con el paso del tiempo, y muy habitualmente se traducen en pretensiones razonables, pero en tensión entre sí. El voto torna muy difícil la posibilidad de que ofrezcamos respuestas más refinadas; que establezcamos matices; o que nos involucremos en una conversación de algún tipo interesante con las principales autoridades políticas: estamos obligados a decir “sí” o “no” a paquetes completos y cerrados de medidas.

Por otro lado, así como los defensores del Ejecutivo fuerte sobreestiman las capacidades ciudadanas para controlar al gobierno, ellos también subestiman u ocultan las capacidades del presidente para eludir los controles que se le impongan y para socavar la autoridad de quienes pretendan limitarlo -ello así, particularmente, en sociedades ya institucionalmente marcadas por la fuerza desnivelada del Ejecutivo, y aun más, en sociedades desiguales como las nuestras. Piénsese, al respecto, en los habituales avances del poder Ejecutivo sobre la justicia (en el nombramiento, remoción y desplazamiento de jueces; en las presiones sobre sus fallos); en el opacamiento y en el obstruccionismo aplicado sobre el Congreso, cuando es opositor; en el desarrollo de la doctrina de las “cuestiones políticas;” en los efectos de la intervención federal; en la práctica y teoría de la delegación de facultades legislativas; en los decretos de necesidad y urgencia; etc. (Nino, 1996). Es esa misma dinámica la que amenaza con tornar inocuas o estrictamente acotadas, a las reformas que no se dirijan directa y primariamente a atacar los poderes extraordinarios delegados y asumidos, en los hechos, por aquel (ello así, ya sea que se trate de cambios en la organización del poder o, tal vez más claramente, de modificaciones en la distribución constitucional de derechos y libertades). De allí, también, la imperiosa necesidad de abordar cambios amplios sobre el núcleo duro de la parte orgánica de la Constitución (así, por ejemplo, en Nino, 1992b); poner fin a las “presidencias imperiales” (Ackerman, 2010); en lugar de simplemente “aceptar” las prácticas existentes, “reconciliarnos” con la



estructura institucional dominante y “hacer las paces” con ella (Posner & Vermeule, 2010, 209).

Constituciones disociadas: el problema de la “sala de máquinas de la Constitución”

Quiero dedicar esta última sección a reflexionar sobre el problema de las constituciones “disociadas”, que se convirtió en común, dentro del constitucionalismo latinoamericano, desde comienzos del siglo XX. En ese entonces, apareció la famosa Constitución Mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incluir una larga lista de derechos económicos, sociales y culturales en su texto, y por sobre la tradicional lista de derechos liberales clásicos. La mayoría de las constituciones de América Latina siguieron ese ejemplo, sobre todo desde mediados del siglo XX, y lo expandieron aun más, recientemente, con el agregado de referencias explícitas a los derechos humanos y multiculturales. En el caso de la República Dominicana, el constitucionalismo social parece asomarse en 1942, comienza a afirmarse en 1955, y toma un perfil más definido con la entrada en vigencia de la reforma de 1963, impulsada por el gobierno de Juan Bosch, y que se abre haciendo alusión, en su art. 1, a la necesidad de eliminar “los obstáculos de orden económico y social que limiten la igualdad y la libertad de los dominicanos”, y consagra fuerte protección a los derechos de los trabajadores. Los derechos sociales parecen gozar de buena salud, todavía en la actualidad, a través de una Constitución aun pródiga en cuanto a los derechos que consagra¹⁵.

El problema al que quiero referirme no tiene tanto que ver con la “obsesión” por los derechos constitucionales que los latinoamericanos mostraron desde entonces, sino con la “disociación” que se produjo entonces entre las dos partes de la Constitución: la referida a las Declaraciones de Derechos, y la relativa a la organización del poder. El problema es que las notables reformas “progresivas” incorporadas en las nuevas constituciones, a través de largas listas de derechos, no se acompañaron

15 Ver Prats (2005), y ver también, Prats (2016) <https://acento.com.do/2016/opinion/8362950-esceptico-frente-la-constitucion-social/>



por reformas acordes en la organización del poder, que siguió reflejando valores y supuestos propios de fines del siglo XVIII. El problema puede verse también, por caso, en la Constitución de la República Dominicana de 1966, que acompaña la larga lista de derechos que consagra con un reforzamiento de los tradicionales y siempre excesivos poderes delegados sobre el presidente.

Asumiendo, por lo demás, que nos interesa que las constituciones (latinoamericanas) sigan albergando una lista de derechos amplia –y existen buenas razones para ello (Gargarella, 2013)- llamaría la atención sobre los muchos problemas generados por el modo imperfecto en que esos derechos fueron incorporados a la Constitución. Aquí me interesará subrayar sobre todo un problema en ese sentido. El mismo tiene que ver con las tensiones que quedaron abiertas entre la estructura de los derechos, y la “parte orgánica” de las nuevas constituciones.

En varios trabajos me he ocupado de este problema, al que llamé el *problema de la “sala de máquinas” (engine room)* de las nuevas constituciones, y que consiste en la preservación –básicamente intocada- de las viejas estructuras de poder, montadas a mediados del siglo XIX. Frente a tal modelo de organización del poder –y como expresión evolutiva del proceso de la “acumulación” en curso- se fue desarrollando el “constitucionalismo social” latinoamericano, que resultó fundamentalmente encapsulado en el área de las declaraciones de derechos. Pasamos, de ese modo, a contar con constituciones con “dos almas”: un “alma” vinculada al liberalismo conservador del siglo XIX, y reflejada en la organización del poder; y la otra, aspiracional y de vanguardia, más en línea con las expectativas democrático-participativas del siglo XXI, y reflejada en la organización de los derechos.

El problema mayor, según dijera, deriva del hecho de que una y otra sección de la Constitución no son indiferentes entre sí: una parte puede entrar en conflicto con la otra, socavándola o bloqueando su desarrollo (Gargarella, 2013). De modo más serio aun: la tendencia es que la vida constitucional resulte en buena medida definida por el modo en que se organiza el poder, en términos institucionales. Y si la organización del poder –como ocurre en todas las constituciones latinoamericanas- sigue estando marcada por criterios propios del siglo XIX (elitismo, carácter contramayoritario, desconfianza democrática, hostilidad a la participación popular, etc.), luego, no es dable esperar un florecimiento significativo en



materia de derechos. Así, los “nuevos” derechos -sociales, democráticos, participativos, de avanzada, propios del siglo XXI- de las “nuevas” constituciones regionales, tienden a ser frenados por las “viejas” estructuras, alineadas conforme a criterios, más bien elitistas, propios del consenso liberalconservador del siglo XIX. De algún modo, podría decirse, factores como los anteriores ayudan a entender las restrictivas disposiciones adoptadas por la Constitución de la República Dominicana recientemente, en materia de derechos (restringiendo explícitamente el aborto y el matrimonio igualitario, y convirtiendo así a la República Dominicana en el primer país en el mundo en constitucionalmente prohibir todas las formas de reconocimiento para parejas del mismo sexo). Al mantener y reforzar una organización constitucional del poder tan severamente concentrada, los grupos de presión e interés (como los conglomerados económicos, la iglesia), ganan poder de influencia y aumentan sus posibilidades de obtener recompensas políticas o institucionales: basta con que convenzan o persuadan a unas pocas personas, en control del poder concentrado.

Tales desafortunados resultados aparecen como omnipresentes en la región: sabemos de situaciones en donde las estructuras vinculadas con el “viejo” poder Judicial quedaban encargadas de la interpretación de los más revolucionarios “nuevos” derechos; o en donde el “viejo” poder concentrado en el presidente quedaba con la capacidad de bloquear, vetar, socavar o circunvalar a través de alguno de los tantos medios, formales e informales, legales y paralegales de los que dispone, “nuevos derechos”, como los participativos, tal como ocurriera en las recientes experiencias de Ecuador, Venezuela o Bolivia (Gargarella, 2013). Para pensar en casos concretos: la vieja estructura judicial (elitista y dependiente de la política), ha tendido a socavar el valor de “novísimos” derechos, como el del “buen vivir”, en Ecuador, de igual modo en que el presidente de Venezuela ha podido bloquear la implementación del derecho de revocatoria incorporado por la nueva Constitución¹⁶; así como el “viejo” poder concentrado, en Bolivia, ha socavado a “nuevos” derechos participativos, como el vinculado con la elección popular de los magistrados¹⁷.

16 Ver, por ejemplo, <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37724322>. Consultado en septiembre 20, 2017.

17 Ver, por ejemplo, <https://dplfblog.com/2017/07/20/judicial-elections-in-bolivia-a-second-attempt/>. Consultado en septiembre 20, 2017.



De ese modo, los “progresivos”, sociales, avanzados derechos, orgulloosamente incorporados al constitucionalismo latinoamericano, exigen que los principios y compromisos que ellos expresan, en términos de participación democrática y justicia social, encuentren respaldo –y no frenos– en todo el resto de la Constitución: la organización del poder debe ajustarse a los nuevos criterios, si es que se quiere tomar en serio a los mismos, y no simplemente expresarlos de modo demagógico o declamativo. Si esos cambios en la estructura de organización del poder no avanzan, entonces, corresponderá sospechar sobre la voluntad efectiva de tornar efectivos los nuevos derechos. Finalmente, querría subrayar que –desde la perspectiva aquí defendida– “ingresar en la sala de máquinas” no implica, simplemente, operar cambios en el área de la organización del poder –algún cambio, de cualquier tipo–. La metáfora pretende expresar otra motivación, más precisa, cual es la de reestructurar la organización del poder para modificar el sesgo que hoy la define, y que tiene que ver con lo que aquí llamé un criterio de “desconfianza democrática” –desconfianza en las capacidades políticas de la ciudadanía–.

Conclusiones

En este trabajo me ocupé de la “disonancia democrática” que afecta al constitucionalismo –americano en particular–. Dicho constitucionalismo nació, a finales del siglo XVIII, naturalmente apoyado en supuestos hostiles a la democracia, que eran propios de la clase dirigente de la época. Conforme sostuve, dichos supuestos fueron trasladados, inmediatamente, al esquema constitucional, y quedaron marcando muchos de sus aspectos principales: los modos en que concebir la representación; las formas de organizar y entender los controles al poder; la idea de los derechos, etc. La vida pública se constitucionalizó, pero dicho importante avance no vino de la mano con una profunda democratización de nuestras sociedades, como pudo haberse esperado.

Lo dicho hasta aquí no ha pretendido negar, por otra parte, la potencia “capacitadora” de la Constitución; o que determinadas reglas “restringan las opciones abiertas y permitan a individuos y comunidades alcanzar más de sus fines, que los que podrían alcanzar si estuvieran completamente libres de limitaciones” (Holmes, 1998, 236); ni menos que ciertas limitaciones



“organicen nuevas prácticas y generen nuevas posibilidades que de otro modo no existirían” (ibíd., 237). Podemos estar de acuerdo, también, en que los muertos “no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos” (ibíd., 240). Más todavía, debemos aceptar que muchas cláusulas constitucionales pueden generar, en la actualidad, consecuencias que eran impensadas en su origen; otras pudieron “transformarse” en direcciones imprevistas, con el paso del tiempo; y otras más –tal vez creadas, en sus orígenes, por razones que hoy repudiaríamos-, tuvieron la suficiente flexibilidad para “adaptarse” a las nuevas demandas (“democráticas”) de la época.

Sin embargo, y frente a todo lo anterior, me ha interesado mostrar que el reconocimiento de aquellos cambios, tanto como el de la potencia “capacitadora” de las limitaciones constitucionales, no debe llevarnos a tomar a la posición contraria, como punto de reposo. El hecho es, simplemente, que la Constitución –cualquier constitución- puede seguir, y sin dudas sigue contando, con diversas “limitaciones que limitan” a la democracia, no siempre de un modo justificado. Me ha interesado subrayar la importancia de este riesgo, y también dar cuenta del mismo a través de ejemplos que –al menos así me lo he propuesto- permitieron volver a mirar con una mirada más fresca, viejos problemas constitucionales. Del mismo modo, me ha interesado decir que la permanencia de ciertas e injustificadas limitaciones constitucionales resulta particularmente preocupante, en la actualidad. Ello, en razón de que las mismas se manifiestan en momentos en que la ciudadanía, más o menos activamente, se muestra comprometida con intensas demandas democráticas

Hoy, luego de más de doscientos años de vida constitucional, podemos decir que vivimos dentro de un contexto de ideas radicalmente opuesto al que primaba en aquel “período fundacional”. Lo que parece primar es (lo que denominé) “el hecho de la democracia,” esto es, el compartido supuesto conforme al cual tenemos el derecho de participar activamente en la decisión de todos los asuntos públicos que nos importan. Sin embargo, me interesó señalar, nuestras constituciones no parecen haber registrado ese cambio de paradigma. A pesar de las muchas modificaciones a que han sido sujetas (sobre todo, en relación con las declaraciones de derechos), tales constituciones han mantenido básicamente intocada la vieja organización del poder (su “sala de máquinas”), y así, por tanto, los rasgos antidemocráticos de su estructura: resaltan, por su número e importancia, los principios y reglas

“incapacitadoras” remanentes. A resultas de ello –me interesó sugerir– hoy se registra la llamada “disonancia democrática”, que nos habla de las rupturas existentes entre la ciudadanía y la organización constitucional vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. (2010), *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard: Harvard University Press.
- Alberdi, J. B. (1920), *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad.
- Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Alegre, M. (2009), “Democracy without Presidents,” http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Democracy_without_Presidents.pdf
- Balkin, J. (1995), “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*. 268. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/268
- Basadre, J. (1949), *Historia de la República del Perú*, Editorial Cultura Antártica, Lima.
- Bickel, A. (1967), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.
- Bilbao, F. (1886), *Obras completas*, ed. por M. Bilbao, vol. I, Buenos Aires: Imprenta de Buenos Aires.
- Botana, N. (1996), “La transformación del credo constitucional,” *Estudios Sociales*, Univ. Nacional del Litoral, pp. 23-48.
- Dahl, R. (1956), *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Dahl, R. (2003), *How democratic is the American Constitution?*, Conn.: Yale University Press.
- Echeverría, E. (1915), *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, Buenos Aires: Librería La Facultad.
- Egaña, J. (1969), *Juan Egaña. Antología*, ed. Por Raúl Silva Castro, Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Elster, J. (1979), *Ulysses and the Sirens*, Cambridge: Cambridge University press.
- Elster, J. (2000), *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, J. & Slagstad (1998), eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University press.



- Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Conn., Yale University Press.
- Gargarella, R. (1998), "Fill Representation, Deliberation, and Impartiality," en J. Elster, ed. *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2014), "We the People' Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances," *Current Legal Problems*, Vol. 67, Issue 1, 1 January, 1-47.
- Gargarella, R. (2015). "Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*." *AJIL Unbound*, 109, 115-119.
- Gargarella, R. (2018), "Constitution-Making in the Context of Plural Societies. The "Accumulation Strategy", en J. Elster, R. Gargarella et al, *Constitutional Assemblies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- González Vigil, F. (1948), *Importancia de las Asociaciones. Importancia de la Educación Popular*, Lima.
- Halperín Donghi, T. (2007), *Historia Contemporánea de América Latina*, Alianza: Buenos Aires.
- Holmes, S. (1993), *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- Holmes, S. (1993), "Precommitment and the Paradox of Democracy," in J. Elster & R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University press.
- Jaksic, I. (1997), "Preface", en *Andrés Bello. Elected Writings*, Oxford: Oxford University Press.
- Jefferson, T. (1984), *Writings*, New York: Literary Classics.
- Jordán de Albarracín, B. (1978), *Documentos para la historia del derecho constitucional boliviano*, La Paz.
- Kramer, L. (2005), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford U.P.
- Lastarria, J.V. (1906), *Estudios políticos y constitucionales*, Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, vols. 1 y 2.
- Lerner, H. (2013), *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Levinson, S. (2008), *Our Undemocratic Constitution*, Oxford: Oxford University Press.



- Linz, I. (1967), *Historia do Positivismo no Brasil*, Sao Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Linz, J. & Stepan, A. (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Linz, J. & Valenzuela, A. (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Madison, J.; Hamilton, A.; Jay, J. (1998), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books.
- Molina, G. (1987), *Las ideas socialistas en Colombia*, Bogotá: Ediciones Tercer Mundo.
- Montalvo, J. (1984), *Selections from Juan Montalvo*, ed. por MacDonald Spindler, F. & Cook Books, Temple: Center for Latin American Studies: Arizona State University.
- Nino, C. (1985) [1991], *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea. [*The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford U.P.].
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1996), "Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina", in A. Liphart and C. Waisman, eds., *Institutional Design in New Democracies*, New York: Westview Press.
- Nino, C. (1997), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press.
- Palti, E. (2007), *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Paz Soldán, J. (1973), *Derecho constitucional peruano*, Lima: Ediciones Librería Studium.
- Pereira, G. (2010), "Participación y grupos desaventajados," en R. Gargarella, comp., *La Constitución 2020*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Petit Muñoz, E. (1956), *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- Posner, E. & Vermeule, A. (2010), *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press.
- Prats, J. (2005), *Derecho constitucional*, Ed. Gaceta Judicial, Santo Domingo: República Dominicana.
- Prats, J. (2016), « Un escéptico frente a la Constitución social » en <https://acento.com.do/2016/opinion/8362950-esceptico-frente-la-constitucion-social/>
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Restrepo Piedrahita, C. (1997-2005), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 6 vols.



- Sábato, H. (2010), *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Sábato, H. & Lettieri, A. (2003), comps., *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Salazar, D. (2015), "My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador," *SELA*, Yale University.
https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf
- Storing, H. (1981), *What the anti-Federalists were for*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Sunstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.
- Valencia Villa, A. (1992), *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Vile, M. (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- White, M. (1987), *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA
VIDA POLÍTICA: AVANCES Y RETOS EN
LA REPÚBLICA DOMINICANA
PANEL

Dr. Julio César Castaños Guzmán,
Presidente de la Junta Central Electoral de la
República Dominicana

Dr. Flavio Darío Espinal,
Consultor jurídico del Poder Ejecutivo de
la República Dominicana

Dr. Marisol Vicens,
socia de la firma Headrick, Rizik, Álvarez & Fernández,
República Dominicana

Dr. Cristóbal Rodríguez,
socio de la firma AEQUUS Abogados-Consultores



Dr. Julio César Castaños Guzmán

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 1977. Hizo estudios de Maestría en Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), 1987, y de posgrado en Derecho Penal ante la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), 1991. Es doctorando de la Universidad Complutense de Madrid, 2013 y especialista en Derecho: contratos y daños por la Universidad de Salamanca, 2015. Ha sido profesor en distintas universidades dominicanas desde 1978. En su vida como funcionario público se destacan los siguientes cargos: Miembro Titular de la Junta Central Electoral (1996-2002); presidente de la Junta Central Electoral (2006-2010); y primer sustituto del presidente de la Suprema Corte de Justicia y presidente de la Primera Sala de dicha alta corte (2011-2016); actualmente es presidente de la Junta Central Electoral (JCE). Entre sus publicaciones más llamativas se encuentran: *Ética para un político del siglo XXI*, *Discursos para la democracia y Filosofía del hombre burro*, entre otras.

JULIO CÉSAR CASTAÑOS GUZMÁN

A los integrantes de este Panel:

Dr. Flavio Darío Espinal,
Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo

Dra. Marisol Vicens,
Abogada asociada de la firma Headrick Rizik Álvarez & Fernández

Dr. Cristóbal Rodríguez,
Abogado fundador de AEQUUS Abogados-Consultores

Señoras y señores:

Agradezco sobremanera la oportunidad que me brinda el Honorable Tribunal Constitucional de la República Dominicana a los fines de tener una ponencia en este IV Congreso Internacional de Derecho y Justicia Constitucional, “**LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO**”.

El tema de este panel es La Constitucionalización de la vida política: avances y retos en la República Dominicana.

En lo concerniente a nuestra participación de esta mañana agotaremos la parte relativa a *La Constitucionalidad de los Procesos Electorales*, y ciertamente es un axioma del Derecho Electoral y las Ciencias Políticas, la tendencia universalizada de que los procesos electorales necesariamente sean más acordes con la Constitución, lo cual equivale a que debe existir una correspondencia entre el Derecho Electoral y la Constitución Política, no solo en lo atinente al proceso en sí y su necesaria justeza, razonabilidad y eficacia, sino también en el derecho ciudadano para el ejercicio del sufragio y las garantías de que este derecho esté revestido de libertad y seguridad, así como garantizar el equilibrio necesario para que ninguna



persona pueda ser segregada o excluida de la posibilidad de ejercer el sufragio con toda libertad.

Como es conocido, en este año se cumplirán 55 años de las primeras elecciones democráticas organizadas en el país después de la caída del régimen tiránico de Trujillo, las cuales tuvieron lugar el día 20 de diciembre de 1962 y en las que resultó electo como presidente constitucional el profesor Juan Bosch. En este lapso de más de cinco décadas, la República Dominicana ha experimentado una notable evolución en su sistema político y, concomitantemente, ha debido sortear varias crisis post-electorales, con una secuela a contrapunto de diversos cambios en el sistema para la escogencia de funcionarios mediante el voto popular, así como 21 jornadas electorales (casi al hilo) han dejado en la historia política contemporánea una rica experiencia en materia electoral. Más aún, en 2020 contaremos en nuestro haber con 24 (contando las Primarias Simultáneas de octubre de 2019), incluso con posibilidad de 25, si hubiere segunda vuelta en las presidenciales.

Tratándose de eventos intensos, casi siempre dramáticos, las elecciones han sido los momentos cumbre de nuestra ya no tan joven democracia dominicana, tanto por sus resultado, como por la dinámica generada en términos de participación que consolida el sentido de ciudadanía.

Desde 1962, 8 reformas constitucionales: 1962, 1963, 1965 (Acta Institucional), 1966, 1994, 2002, 2010 y 2015 han abordado los grandes temas políticos de reelección, no reelección y alternancia, así como representación, doble vuelta o *ballotage*, elecciones separadas en los distintos niveles de elección, colegios electorales cerrados –finalmente abiertos–; y jurisdicción electoral especializada en lo administrativo y contencioso, diferenciando en este apartado la Junta Central Electoral del Tribunal Superior Electoral, así como la recién aprobada Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, publicada en fecha 15 de agosto de 2018.

La boleta electoral es un acto jurídico –acaso el “instrumentum” imprescindible que hace operativa la democracia– en tanto la hace materialmente posible al permitir el encuentro de voluntades entre la propuesta de candidatura, que hacen los partidos políticos a los ciudadanos, y la decisión del ciudadano-soberano que ejerce su opción al votar. Es como si se firmase el contrato democrático, y entonces se establece y se crea el vínculo entre las partes, porque el contrato es la ley de las partes.



Como toda manifestación de voluntad que se plasma en un acto jurídico, votar tiene consecuencias jurídicas que se harán manifiestas al concluir los trabajos de escrutinio y consolidarse un número requerido. Legalmente, se declaran los ganadores por la sumatoria de una voluntad colectiva que resulta mayoritaria. Procediéndose entonces a investir al funcionario electo con la resolución del órgano electoral que declara quién ha ganado.

A modo de un contrato social en el que se van renovando, no de forma tácita sino expresa, los mandatos respectivos que el pueblo va confiriendo a sus mandatarios. “Nadie es tan bueno como para que pueda gobernarme sin mi permiso”, decía alguien.

La Constitución dominicana de 2015 en su Título X, establece los componentes de nuestro sistema electoral de una manera integral, concatenando estructuralmente el ejercicio del sufragio con:

1. Las Asambleas Electorales, las cuales están desde ya convocadas para las elecciones generales de 2020 y que están articuladas en...
2. Colegios Electorales, sitios en determinados recintos, distribuidos en el territorio nacional en provincias y municipios, con un número específico de ciudadanos inscritos en el padrón de electores, en una palabra, el pueblo, la soberanía popular,
3. Los referendos, o el mecanismo de las consultas populares reguladas por una ley,
4. La Junta Central Electoral y las juntas electorales dependientes de esta, organiza y dirige las Asambleas Electorales para la celebración de elecciones y de mecanismos de participación popular y con facultades reglamentarias establecidas en la Constitución y las leyes. Aparte de la administración del Registro Civil y la Cédula de Identidad y Electoral, tiene la misión, dentro de sus vastas atribuciones legales y constitucionales, de propiciar con sus actos el orden necesario para establecer el mejor clima para la celebración en el año 2020 de elecciones auténticas, pacíficas y justas. Por tales motivos, está llamada por mandato que expresamente le hace el artículo 211 del Texto Fundamental de garantizar la libertad, transparencia, equidad y objetividad de las elecciones,
5. El Tribunal Superior Electoral, con la misión esencial de juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contenciosos electorales y los diferendos al interno de los partidos políticos o entre éstos,



6. Los partidos políticos, con el propósito esencial de presentar la propuesta de las candidaturas a los distintos niveles de elección: presidencial, congresual y municipal.

Esto sin dejar de mencionar, por supuesto, el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad, el Tribunal Superior Administrativo y la Cámara de Cuentas.

Esta visión sistémica permite poner en contexto la independencia y nuestra propia soberanía institucional, sujeta en el Estado de Derecho mediante vasos comunicantes interinstitucionales que sostienen una organicidad diseñada por el constituyente.

El sufragio aparece en nuestra Constitución como un derecho fundamental y un deber, así como una manifestación de la expresión más excelsa de la soberanía popular junto al respeto a la dignidad humana, la libertad y el Estado de Derecho. Ello así, porque unas elecciones libres y justas son parte esencial del sistema democrático, asegurando la elección, sustitución y el reemplazo pacífico y organizado de nuestros gobernantes, por la acción de los ciudadanos que expresan su voto que consolida el régimen de derechos civiles y políticos, preservándonos, además, del peligro de la tiranía.

Por otra parte, una elección es, antes que todo, un procedimiento que permite consultar eficazmente a los ciudadanos y ciudadanas acerca de sus preferencias políticas en un momento determinado, con la finalidad jurídica de investir autoridades por elección popular con un mandato para un período determinado. Es un mandato con el que la ciudadanía dota a otros iguales para que en su nombre administren el poder público bajo esa potestad que es siempre del pueblo y nunca propiedad de los elegidos.

El voto constituye un Derecho Humano, establecido como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Al mismo tiempo el derecho al voto también es un deber, aun cuando entre nosotros ya no es una obligación, como sí lo era antes de la reforma del 2010. Específicamente dispone nuestra Carta Magna en su artículo 75 referido a los Deberes Fundamentales, que: ...2) *Votar, siempre que se esté en capacidad legal para hacerlo;*

La CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, instrumento de Derecho Internacional Público Americano vinculante, votada y aprobada



por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 11 de septiembre de 2001, dispone:

Artículo 3: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”

Además, el **Artículo 208** de nuestra Constitución dispone literalmente lo siguiente: “Ejercicio del sufragio. Es un derecho y un deber de ciudadanas y ciudadanos el ejercicio del sufragio para elegir a las autoridades de gobierno y para participar en referendos. El voto es personal, libre, directo y secreto. Nadie puede ser obligado o coaccionado, bajo ningún pretexto, en el ejercicio de su derecho al sufragio ni a revelar su voto”.

Si bien cada país tiene su propia cultura política y particularidades históricas, entre nosotros el voto no es obligatorio. Es derecho y deber, aun cuando fue obligatorio antes del 2010.

Aristóteles refiere, en su obra *La Política* que en determinadas polis, con población estratificada, se les hacía obligatorio votar precisamente a los más acaudalados y principales, dejando en libertad de hacerlo o no a las demás categorías.

1. ¿Por qué y para qué hacemos elecciones?

En el sistema democrático celebramos elecciones porque es necesaria la alternancia del ejercicio del poder político, permitiendo que el soberano elija y cambie sus autoridades de una forma pacífica y periódica. A los fines de la escogencia de un gobierno civil, republicano, democrático y representativo.

- a) Civil, porque no es eclesiástico ni militar.
- b) Republicano, en tanto no es una monarquía, ya que se trata de ciudadanos y ciudadanas sin consideración a la heráldica y linajes hereditarios, y por supuesto, porque tenemos separación de poderes y elecciones libres.
- c) Democrático, porque hemos hecho descansar la soberanía en el pueblo, no en una persona ni en una categoría de individuos; y, finalmente,



d) Representativo, porque el poder se ejerce por representación o mandato.

Artículo 4. El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo.

2. Al amparo de la actual Constitución, ¿puede cambiarse la forma de gobierno?

Artículo 268.- Forma de gobierno. Ninguna modificación a la Constitución podrá versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

3. ¿Dónde radica la soberanía nacional?

Artículo 2.- 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.

4. ¿Cómo se pierde el derecho de elegir y ser elegido, y por cuáles razones?

Artículo 23.- Pérdida de los derechos de ciudadanía. Los derechos de ciudadanía se pierden por condenación irrevocable en los casos de traición, espionaje, conspiración; así como por tomar las armas y por prestar ayuda o participar en atentados o daños deliberados contra los intereses de la República.

Artículo 24.- Suspensión de los derechos de ciudadanía. Los derechos de ciudadanía se suspenden en los casos de:

1) Condenación irrevocable a pena criminal, hasta el término de la misma;¹

2) Interdicción judicial legalmente pronunciada, mientras esta dure;

3) Aceptación en territorio dominicano de cargos o funciones públicas de un gobierno o Estado extranjero sin previa autorización del Poder Ejecutivo;

¹ Ver Resolución dictada por la Junta Central Electoral en relación al Voto Penitenciario.



4) *Violación a las condiciones en que la naturalización fue otorgada.*

Párrafo del Artículo 208: *No tienen derecho al sufragio los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, ni quienes hayan perdido los derechos de ciudadanía o se encuentren suspendidos en tales derechos.*

5. ¿Qué tiempo después de abandonar las filas de la policía o de las Fuerzas Armadas, puede una persona optar por el cargo de Presidente o Vicepresidente de la República?

Artículo 123 numeral 4, *No estar en el servicio militar o policial activo por lo menos durante los tres años previos a las elecciones presidenciales.*

Quién quita que en un futuro no muy lejano se discuta la posibilidad de que los policías y militares puedan volver a ejercer el sufragio, tal y como lo hicieron desde el inicio de la República en el 1844 y hasta el año de 1923; y, tal y como ya lo hacen en nuestro país los presos preventivos en los recintos penitenciarios, desde las pasadas elecciones de 2016.

6. ¿Pueden los extranjeros participar en la política?

Los extranjeros y extranjeras no pueden participar en actividades políticas en el territorio nacional, salvo para el ejercicio del derecho al sufragio de su país de origen; sin embargo, para los cargos de los gobiernos locales, es decir, el de los municipios, alcalde o alcaldesa, regidores o regidoras, directores o directoras y sus suplentes, así como los vocales, dice el **Párrafo III del Art. 201**, que *las personas naturalizadas con más de cinco años residiendo en una jurisdicción podrán desempeñar dichos cargos, en las condiciones que prescriba la ley.*

Asimismo, en el **Párrafo del Artículo 20**, de nuestra Carta Magna, relativo a la Doble Nacionalidad, expresa que: *“Las dominicanas y los dominicanos que adopten otra nacionalidad, por acto voluntario o por el lugar de nacimiento, podrán aspirar a la presidencia y vicepresidencia de la República, si renunciaren a la nacionalidad adquirida con diez años de anticipación a la elección y residieren en el país durante los diez (10) años previos al cargo. Sin embargo, podrán ocupar otros cargos electivos, ministeriales o de representación diplomática del país en el exterior y en organismos internacionales, sin renunciar a la nacionalidad adquirida”.*



7. ¿Pueden los extranjeros naturalizados dominicanos ser senadores o diputados?

Sí.

Artículo 79 numeral 2). Las personas naturalizadas sólo podrán ser elegidas al Senado diez años después de haber adquirido la nacionalidad dominicana, siempre que hayan residido en la jurisdicción que las elija durante los cinco años que precedan a su elección.

Artículo 82.- Requisitos para ser diputada o diputado. Para ser diputada o diputado se requieren las mismas condiciones que para ser senador.

8. ¿Quiénes constituyen las Asambleas Electorales y quién las convoca?

Las constituyen los ciudadanos dominicanos hábiles para votar que estén inscritos en el Registro Electoral y asignados a un Colegio Electoral; y las convoca la Constitución de la República y la consecuente Proclama de la Junta Central Electoral, en la forma establecida en el artículo 87 de la Ley Electoral No. 275-97, del 21 de diciembre de 1997.

Artículo 209.- Asambleas electorales. Las asambleas electorales funcionarán en colegios electorales que serán organizados conforme a la ley. Los colegios electorales se abrirán cada cuatro años para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, a los representantes legislativos, a las autoridades municipales y a los demás funcionarios o representantes electivos. Estas elecciones se celebrarán de modo separado e independiente. Las de presidente, vicepresidente y representantes legislativos y parlamentarios de organismos internacionales, el tercer domingo del mes de mayo y las de las autoridades municipales, el tercer domingo del mes de febrero.

9. Período electoral y campaña electoral.

La ley especifica como período electoral, aquel lapso comprendido entre la Proclama que dicta la JCE y la proclamación de los ganadores.

La Ley de Partidos, Movimientos y Agrupaciones Políticas núm. 33-18, publicada el 15 de agosto de 2018, refiriéndose a las penalidades en el artículo 78 dispone en el numeral 8 que: *Los aspirantes que inicien su campaña antes del tiempo oficial de campaña o precampaña serán sancionados con la inadmisibilidad de la candidatura. La Junta Central Electoral será responsable de hacer cumplir esta disposición.*



Artículo 88 de la Ley 275-97.- Comienzo y Terminación. “*El período electoral se entenderá abierto desde el día de la Proclama, y concluirá el día en que sean proclamados los candidatos elegidos.*”

Y el concepto de campaña electoral en la Ley 275-97 solo es referido hasta el momento en el Art. 6, literales p) y r) sobre las atribuciones del Pleno de la JCE, de la Ley 275-97: “p) *Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos establezca la ley, y r) Disponer las medidas que considere apropiadas para asegurar el libre ejercicio de los derechos de tránsito, libre reunión, igualdad de acceso a los medios de comunicación, tanto estatales como privados, así como de todos los derechos y obligaciones relacionados con la campaña electoral previstos en la presente ley*”.

10. ¿Quién convoca las Asambleas Electorales a elecciones extraordinarias y en qué plazo?

Artículo 209 numeral 3. *En los casos de convocatoria extraordinaria y referendo, las asambleas electorales se reunirán a más tardar setenta días después de la publicación de la ley de convocatoria. No podrán coincidir las elecciones de autoridades con la celebración de referendo.*

Ley Electoral 275-97, **Artículo 87.-** “*Proclamas: (...) La que se refiere a una elección extraordinaria deberá publicarse dentro de los cinco (5) días que sigan a la publicación de la ley de convocatoria, cuando ésta haya sido dispuesta por ese medio, y por la propia resolución de la Junta Central Electoral que disponga la celebración de tal elección, cuando le haya sido otorgada a dicha Junta Electoral la atribución de convocarla*”.

11. ¿Las elecciones siempre han estado constitucionalizadas?

Sí. Desde la primera Constitución, el 6 de noviembre del 1844, Constitución de San Cristóbal y en todas las 39 reformas subsecuentes y hasta la última del 2015, siempre las elecciones han estado constitucionalizadas, porque nacimos formalmente como una República Democrática, influida por las constituciones de Estados Unidos de América de 1787, Cádiz de 1812 y Haití de 1843.



12. ¿Qué es el voto directo?

Es el método de elegir, ejerciendo directamente el voto a favor de un determinado candidato elegible ofertado en propuesta de candidatura conforme a la Constitución, en alguno de los niveles de elección, a fin de escoger dichos funcionarios mediante el sufragio universal.

13. ¿Hemos tenido voto indirecto en República Dominicana?

Sí. Nacimos como una República en el 1844 con sufragio censitario mediante Asambleas Primarias y Colegios Electorales integrados por propietarios y arrendatarios de inmuebles, empleados públicos, agricultores, militares y profesores. Esta situación se prolongó en subsecuentes textos constitucionales hasta que la Constitución de Moca en el 1858, admite por 11 primera vez el sufragio universal y el voto directo (al menos nominativamente); pero dispuso que los electores debían estar cualificados por ser propietarios, militares, arrendatarios, etc. El voto indirecto estuvo vigente consistentemente de 1887 a 1923.

14. En el siglo XX, ¿siempre tuvimos sufragio universal en la República Dominicana?

No, porque tuvimos sufragio censitario, asambleas primarias, voto indirecto y Colegios Electorales del 1887 hasta la Constituyente del 1924.

Hemos tenido sufragio universal y voto directo desde 1924 hasta el día de hoy.

15. ¿El voto preferencial de los diputados y diputadas es conforme a la Constitución de la República?

Sí, porque la Suprema Corte de Justicia, en fecha 6 de febrero del 2002, mediante sentencia, estatuyendo sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el numeral 5 de la resolución 5-2001, del 2 de julio del año 2001, dictada por la Junta Central Electoral, mediante la cual declaró que no era contraria y, por tanto, conforme con la Constitución de la República. Aun cuando esa misma sentencia sí declaró inconstitucional la obligatoriedad de residir en la circunscripción por la que los diputados se



estaban candidateando, ya que agregaba nuevos requisitos adicionales no establecidos en la Constitución para la escogencia de Diputados, señalando: “...que al adicionar el artículo quinto de la resolución señalada como requisito a cumplir por los candidatos propuestos, el hecho de que, en caso de no ser nativos estar domiciliados dentro de los límites de la circunscripción electoral de la población que intentan representar, y el de fijar domicilio permanente en su circunscripción electoral hasta el término de su mandato en caso de ser elegidos, bajo sanción penal, la Junta Central Electoral se ha excedido en sus poderes en razón de haber consignado exigencias no previstas por la Ley Sustantiva para que una persona pueda optar como candidato en las elecciones generales del 2002, por lo que el citado artículo quinto deviene no conforme con la Constitución de la República”;

16. ¿El criterio de proporcionalidad está en la Constitución de la República?

Sí está presente ya que así lo señala el **Párrafo II del Artículo 201**: “Los partidos o agrupaciones políticas, regionales, provinciales o municipales harán la presentación de candidaturas a las elecciones municipales y de distritos municipales para alcalde o alcaldesa, regidores o regidoras, directores o directoras y sus suplentes, así como los vocales, de conformidad con la Constitución y las leyes que rigen la materia. El número de regidores y sus suplentes será determinado por la ley, en **proporción** al número de habitantes, sin que en ningún caso puedan ser menos de cinco para el Distrito Nacional y los municipios, y nunca menos de tres para los distritos municipales. Serán elegidos cada cuatro años por el pueblo de su jurisdicción en la forma que establezca la ley.”

17. ¿Cuál es la circunscripción natural para la elección de los senadores?

Las provincias y el Distrito Nacional.

18. ¿Cuál es la circunscripción natural para los diputados y diputadas?

178 representantes por circunscripción territorial de las provincias y por densidad poblacional, con un mínimo de 2 por provincia; y, ade-



más, 7 escogidos en 3 circunscripciones fuera del país que representan a las comunidades del exterior. Aparte del criterio de acumulación de votos para escoger 5 diputados (as) de aquellos partidos minoritarios que participando sin alianza, obtengan por sí solos un porcentaje determinado.

19. ¿Puede haber elecciones sin Constitución formal en un texto único?

Sí. Como es el caso de Inglaterra, que realiza elecciones y no tiene Constitución en texto único; pero se han puesto de acuerdo, respecto a cuáles textos políticos tienen envergadura constitucional: Carta Magna, Habeas Corpus, etcétera. 13

20. ¿Garantiza el Método d'Hondt el Derecho de las minorías establecido en la Constitución de la República?

No necesariamente, ya que, el método d'Hondt o método de escrutinio proporcional consiste en la conversión de votos por escaños mediante cocientes fruto de la división sucesiva del número de votos válidos obtenidos por cada partido entre los números naturales 1, 2, 3, 4, etcétera, el número de escaños. Ha sido criticado porque en circunscripciones pequeñas es excluyente.

21. ¿Para qué examina la Asamblea Nacional las Actas de Elección del presidente y vicepresidente?

A fin de dar mayor solemnidad y formalidad a la elecciones de los integrantes del Poder Ejecutivo y antes de proceder a su proclamación y juramentación.

Artículo 120.- Atribuciones de la Asamblea Nacional. *Corresponde a la Asamblea Nacional:*

(...)

2) *Examinar las actas de elección de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República;*

3) *Proclamar a la o al Presidente y Vicepresidente de la República, recibirles su juramento y aceptar o rechazar sus renunciaciones;*



22. ¿Cómo se llenan las vacantes de Senadores y Diputados en el Congreso?

Artículo 77.- Elección de las y los legisladores.

La elección de senadores y diputados se hará por sufragio universal directo en los términos que establezca la ley.

1) Cuando por cualquier motivo ocurran vacantes de senadores o diputados, la cámara correspondiente escogerá su sustituto de la terna que le presente el organismo superior del partido que lo postuló;

2) La terna será sometida a la cámara donde se haya producido la vacante dentro de los treinta días siguientes a su ocurrencia, si estuviere reunido el Congreso y, en caso de no estarlo, dentro de los primeros treinta días de su reunión. Transcurrido el plazo señalado sin que el organismo competente del partido someta la terna, la cámara correspondiente hará la elección;

23. ¿Tienen los partidos, agrupaciones y movimientos políticos el monopolio para presentación de propuestas de candidaturas a cargos electivos?

Sí, de conformidad con el Párrafo II del Artículo 201, ya mencionado.

Además, el Artículo 216 de nuestra Carta Magna en cuanto a los partidos políticos: *“La organización de partidos, agrupaciones y movimientos políticos es libre, con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución. Su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley. Sus fines esenciales son: ... 2) Contribuir, en igualdad de condiciones, a la formación y manifestación de la voluntad ciudadana, respetando el pluralismo político mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular”;*

Las agrupaciones políticas regionales, provinciales y municipales pueden hacer propuestas de candidatos a las elecciones regionales, municipales y de distritos municipales para las posiciones de alcalde o alcaldesa, regidores o regidoras, directores o directoras y sus suplentes así como vocales.

De igual forma el **numeral 2 del artículo 23** de la Ley 33-18 Ley de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos establece que: *“Son derechos de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos...2) Presentar candidatos y candidatas a los diferentes cargos públicos de elección popular.*



24. ¿Qué garantías tienen las minorías en el sistema electoral dominicano?

Aun cuando falta una definición operacional y precisión del concepto de minorías. Aparentemente la elección de los Diputados y Diputadas por acumulación nacional es justamente en auxilio de aquellos candidatos a Diputados (as) de partidos minoritarios que han participado solos sin alianza en el certamen electoral. 15

Artículo 209. Numeral 2: *Las elecciones se celebrarán conforme a la ley y con representación de las minorías cuando haya de elegirse dos o más candidatos;*

25. ¿Qué peligros y retos se ciernen hoy sobre nuestro sistema democrático que, con luces y sombras, los dominicanos hemos construido en esta más de media centuria?

Un partido único a la usanza del antiguo Partido Dominicano de Trujillo, que siempre ganaba las elecciones con adeptos obligados a través de la coacción, bajo las circunstancias de que toda participación política y el acceso a todos los cargos debía de hacerse a través del mismo, es diametralmente contrario al régimen plural de partidos que actualmente existe en la República Dominicana, con 27 partidos y 3 agrupaciones políticas reconocidas.

Actualmente es evidente, y creo que no necesita un esfuerzo de demostración, el hecho palpable de que se advierte un empuje de ciudadanía desde la sociedad hacia el interno de los partidos políticos, empuje este, que está teniendo consecuencias inmediatas en la forma de hacer política y en la manera de participar en los asuntos públicos, al exigirse de forma palmaria cada vez más transparencia en la propuesta de candidaturas y en el financiamiento de las campañas electorales.

También es evidente la popularización de criterios jurídicos que lucen ya parte del acervo que constituye nuestra cultura política, así como la exigencia de que se cumplan a lo interno de las organizaciones sus estatutos partidarios, las cuotas de género y jóvenes, un límite de las reservas de candidaturas, la aspiración de primarias y convenciones transparentes. Amparo para el respeto de los Derechos Fundamentales de los afiliados partidarios, el cumplimiento de los requisitos para ser electos, y una Ley de Partidos Políticos que todavía debe pasar en su implementación, del reto a la realidad.



Me atrevo a afirmar además, sin tener que hacer grandes esfuerzos para demostrarlo, que las cosas no volverán a ser iguales en nuestro Sistema Electoral, una vez se advierte una corriente manifiesta en el cuerpo social dominicano de exigir cada vez más el estricto cumplimiento de la ley, de los procedimientos establecidos y una consolidación del Estado de Derecho que sobrepasa el simple Principio de Legalidad.

Retos para una adecuada justa electoral:

- Financiamiento y sus controles.
- Institucionalización de los partidos políticos.
- El abuso de la coacción económica por compra de votos y demás prácticas clientelares.
- Acceso desequilibrado a los medios de comunicación.
- Colaboración ciudadana en la administración y conformación de los colegios electorales.

Muchas gracias!!!



Dr. Flavio Darío Espinal

Es licenciado en Derecho (*Summa cum laude*), egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM-campus Santiago); magister en Gobierno de la Universidad de Essex, Inglaterra, y doctor en Gobierno y Derecho Público por la Universidad de Virginia, Estados Unidos. Además, realizó el programa sobre negociación de las Escuelas de Leyes de la Universidad de Harvard. Fue Embajador de la República Dominicana ante el Gobierno de los Estados Unidos de América (2004-2009). Asimismo, se desempeñó como embajador de la República Dominicana ante la Organización de los Estados Americanos (OEA: 1996-2000). Ha publicado numerosos artículos y ensayos sobre temas constitucionales y políticos en diferentes órganos académicos del país. Ha dictado numerosas conferencias en el país y en el extranjero sobre Derecho constitucional, Derecho administrativo y temas de relaciones internacionales. Actualmente, se desempeña como Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo y como profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la PUCMM.

I) INTRODUCCIÓN

La vida política dominicana ha estado marcada por una gran paradoja: la cuestión constitucional ha tenido una presencia decisiva en coyunturas políticas claves y, sin embargo, ha habido un abismo pronunciado entre la dimensión jurídico-formal expresada en los textos constitucionales y la dimensión político-material expresada en el funcionamiento de las instituciones y las prácticas de los actores políticos y sociales. No obstante, la proliferación de textos constitucionales a través de la historia dominicana, la configuración del Estado y el poder se fue haciendo al margen o en contraposición a lo plasmado formalmente en las constituciones. Solo en tiempos recientes se ha acortado la distancia entre esas dos dimensiones, sin bien hay todavía grandes retos por delante en el proceso de construcción de un Estado constitucional sólido y eficaz.

Un dato relevante pone de manifiesto esta paradoja: a pesar de esa proliferación de textos constitucionales, muchos de los cuales estuvieron inspirados en los valores democráticos y liberales, no fue sino hasta 1978 cuando se produjo la primera transferencia pacífica de mando de un partido político a otro como resultado de una competencia electoral. Esto revela que, contrario a lo mandado formalmente por las constituciones, la vida política dominicana estuvo durante la mayor parte de su historia caracterizada por el despotismo, la violencia política, el predominio del poder militar sobre el poder civil, la legalidad precaria, la exclusión del pueblo en la toma de decisiones y la violación de los derechos de las personas.

No es casual que el imaginario constitucional dominicano estuviera dominado durante varias décadas por la idea de que la Constitución era un “simple pedazo de papel”, expresión que el Dr. Joaquín Balaguer utilizó, parafraseando al político socialista e intelectual alemán Ferdinand Lasalle, en uno de sus primeros discursos luego de ascender a la presidencia en



1966 y de que se adoptara la Constitución que él y su partido propiciaron ese año, la cual, vale decir, ha sido la de más larga duración en la historia dominicana (1966-1994). Esa expresión reflejó no solo la realidad de una coyuntura particular, sino también la realidad de una historia constitucional en la que el formalismo jurídico encontró poco arraigo en la estructura política y el funcionamiento práctico de las instituciones.

Los últimos cuarenta años (1978-2018), sin embargo, han representado un cambio de la mayor envergadura en el quehacer político en la República Dominicana. Contrario a ese telón de fondo histórico, desde la transición política de 1978 el país ha gozado de estabilidad y gobernabilidad política, no ha habido golpes de Estado ni ruptura del orden institucional, se ha eliminado o reducido al máximo la violencia política, los gobiernos han sido el resultado de procesos electorales competitivos, si bien en algunas coyunturas, como en 1994, se han producido situaciones críticas que han podido resolverse a través del diálogo y la negociación entre los principales actores del sistema político dominicano.

No obstante estos avances en la construcción de la democracia y el Estado de derecho, es pertinente poner en perspectiva la cuestión constitucional y su impacto en la vida político-institucional del país como forma de entender determinados procesos, aprender lecciones y tener una mejor comprensión de nuestro recorrido histórico al mirar hacia adelante para enfrentar los problemas y desafíos que como sociedad tenemos en la nunca acabada tarea de perfeccionar y sedimentar el Estado constitucional.

II) EL CONSTITUCIONALISMO DOMINICANO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

La historia constitucional de República Dominicana, desde su momento fundacional en 1844 hasta la intervención militar norteamericana en 1916, fue sumamente inestable como resultado de la propia inestabilidad política y de la oscilación entre períodos de gobiernos autoritarios y períodos de desestructuración y caos político. La primera Constitución de la nueva Nación, la cual alcanzó su independencia frente a Haití el 27 de febrero de 1844, fue adoptada el 6 de noviembre de ese año, en la cual se plasmaron las tensiones entre el pensamiento liberal y el pensamiento



conservador sobre cómo articular el incipiente sistema político. Como se verá, el conservadurismo le fue ganando la batalla al liberalismo prácticamente en cada una de las coyunturas políticas relevantes, tanto en el resto del siglo XIX como en una gran parte del siglo XX.

El padre de la patria, Juan Pablo Duarte, líder intelectual y estrategia político del proyecto independentista, articuló en su Proyecto de Ley Fundamental una visión constitucional fuertemente sustentada en valores democráticos y liberales de avanzada en aquella época, cuyos pilares fueron los siguientes: 1) la Ley como fundamento de la autoridad; 2) la independencia nacional como “ley suprema del pueblo”; 3) una concepción nacionalista y antioligárquica del poder; 4) un gobierno de carácter popular, electivo, representativo, republicano y responsable; 5) un diseño cuatripartista de los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo, judicial y municipal; 6) una concepción del poder limitado por la ley en la mejor tradición liberal; 7) protección de los derechos individuales; 8) una visión de la libertad religiosa que procuró conciliar el carácter predominantemente católico del pueblo dominicano con el principio de la libertad de cultos.¹

Sin embargo, una de las grandes ironías y tragedias de la historia dominicana es que su padre fundador fue excluido por las fuerzas políticas que lo adversaron del proceso de construcción de la nueva Nación. En efecto, el general Pedro Santana, líder militar de la gesta independentista contra Haití, en su condición de presidente de la Junta Central Gubernativa, el 22 de agosto de 1844, a solo seis meses de la proclamación de la independencia, hizo declarar a Duarte y al resto de los líderes del movimiento liderado por este último “traidores e infieles a la Patria” y ordenó, además, “que todos ellos sean inmediatamente desterrados y extrañados a perpetuidad del país, sin que puedan volver a poner pie en él, bajo la pena de muerte”². Esta decisión excluyó total y definitivamente a Duarte de la vida política del país, lo que hizo que este no pudiera jugar ningún papel en el proceso de construcción de la nueva Nación y el nuevo Estado.

1 Cfr. Juan Pablo Duarte, “Proyecto de Ley Fundamental”, reimpreso en Arturo Peña Batlle, *Constitución Política y Reformas Constitucionales*, 1844-1942, volumen I. Santo Domingo: Publicaciones ONAP, 1981, pp. 628-33.

2 Junta Central Gubernativa, “Expulsión de Duarte, Sánchez y demás compañeros”, 22 de agosto de 1844, reimpreso en Archivo General de la Nación, *Documentos para la Historia Dominicana*, Colección de E. Rodríguez Demorizi, volumen I. Santo Domingo: Editorial Montalvo, 1944, pp. 7-17.



Esto significó que cuando se discutió y aprobó la primera Constitución Duarte estaba fuera del país, en un exilio que duraría el resto de su vida, con excepción de un breve tiempo que pasó aquí a principios de los años sesenta, cuando el país se encontraba en su segunda guerra de independencia, esta vez contra España, luego de que el general Santana decidiera en 1861 anexar la República Dominicana a ese país a menos de veinte años de la independencia de 1844. En todo caso, lo importante es destacar que Duarte no estuvo presente para defender su visión constitucional cuando se adoptó la primera Constitución.

La primera Asamblea Constituyente reunida en la ciudad de San Cristóbal llegó a aprobar de manera preliminar un texto constitucional de corte liberal muy a tono con la visión de Duarte. Entre los aspectos más sobresalientes de dicho texto se encontraban: un gobierno representativo, civil y electo por el pueblo; un régimen presidencial, con un poder legislativo bicameral y una división tripartita del poder (legislativo, ejecutivo y judicial); un período presidencial de cuatro años sin reelección consecutiva; la subordinación del poder militar a la autoridad civil; y el reconocimiento de los derechos y libertades básicas, con las garantías del debido proceso³.

Sin embargo, cuando el general Santana tuvo conocimiento de los rasgos liberales de la Constitución que estaba a punto de ser aprobada ordenó a parte de sus tropas que rodearan el lugar donde la Asamblea Constituyente estaba sesionando, y le requirió a dicha Asamblea que adoptara una Constitución que permitiera que el poder militar fuera el titular oficial del poder político. Su argumento consistía en que la Constitución preparada por la Asamblea Constituyente no le permitiría gobernar efectivamente en el contexto de una guerra en curso con Haití⁴.

Aunque el diseño básico de la Constitución que finalmente se adoptó permaneció inalterado, en términos prácticos el general Santana obtuvo lo que buscaba. La solución consistió en introducir, en una sección de “Disposiciones Transitorias”, varios artículos que le otorgaron todo el

3 Cfr. “Constitución de San Cristóbal”, reimpresa en Peña Batlle, *Constitución Política...*, op. cit., supra nota 1, pp. 9-48. Nota: el nombre de Constitución de San Cristóbal con que se conoce la primera Constitución dominicana viene del nombre de la ciudad donde sesionó la Asamblea Constituyente.

4 Cfr. Frank Moya Pons, *Manual de Historia Dominicana*. Santiago: Colección de Textos, 1980, 5ta edición, pp. 294-5.



poder que él requería. Uno de ellos, el famoso artículo 210, le concedió un poder ilimitado y sin responsabilidad alguna a Santana en el ejercicio del poder. Dicho artículo decía lo siguiente: “Durante la guerra actual y mientras no esté firmada la paz, el Presidente de la República puede libremente organizar el ejército y armada, movilizar las guardias nacionales, y tomar todas las medidas que crea oportunas para la defensa y seguridad de la Nación; pudiendo en consecuencia, dar todas las órdenes, providencias y decretos que convengan, sin estar sujeto a responsabilidad alguna”⁵.

Otras dos disposiciones transitorias ampliaron el poder político de Santana: una fue el artículo 205, el cual estableció que el presidente sería electo por la propia Asamblea Constituyente y no por elección popular como disponía la Constitución, recayendo lógicamente en Santana dicha elección; y la otra fue el artículo 206 que estipuló que quien fuera electo presidente –en este caso, Santana– permanecería en el poder por dos períodos consecutivos, con lo cual creó una excepción al principio establecido en el cuerpo del texto constitucional que prohibía la reelección consecutiva.

Este primer proceso constituyente puso de manifiesto algunos rasgos que marcarían la historia política y constitucional del país durante mucho tiempo. Entre estos vale destacar: 1) el uso de la fuerza como factor decisivo en la resolución de conflictos políticos; 2) la centralidad de la noción de “régimen de excepción” que apuntalaba el poder del presidente, especialmente durante el resto del siglo XIX; 3) la reelección presidencial como factor determinante de las decisiones constitucionales; y 4) el conflicto entre dos concepciones –una más liberal y otra más conservadora– de cómo organizar el sistema político. De hecho, podría decirse que la imposición política de Santana dio lugar a un “constitucionalismo autoritario” en esa etapa temprana de la nación dominicana, a pesar de las aspiraciones liberales y progresistas del movimiento independentista liderado por Duarte.

Desde 1844 hasta 1861 cuando se dio la anexión a España, República Dominicana tuvo cinco cambios constitucionales en una lucha entre

5 El régimen de excepción adoptado en la Constitución de 1844, el cual excluía al Presidente de la República de cualquier tipo de responsabilidad y le daba los más amplios poderes posibles, es considerado el más absolutista de todos los regímenes de excepción adoptados en las constituciones de los países de Hispanoamérica durante el siglo XIX. Un excelente estudio de esta problemática es el de Brian Loveman, *The Constitutions of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.



liberales y conservadores, en la cual siempre salían gananciosos, política y militarmente, los últimos⁶. El primero de esos cambios se produjo en febrero de 1854 en respuesta a la presión por parte de sectores progresistas y liberales por eliminar el artículo 210 que otorgaba poderes absolutos e incontrolables al presidente de la República. En esa oportunidad se adoptó un texto constitucional que eliminó el referido artículo e introdujo algunas disposiciones de corte más liberal, como, por ejemplo, la prohibición de la intervención del poder ejecutivo en la conformación del poder judicial y la concesión de mayor autonomía a las autoridades municipales en la administración de los asuntos locales, entre otras.

Sin embargo, la Constitución de febrero de 1854 no llegó a tener un año de vida. Poco tiempo después de su adopción, el general Santana, de nuevo en el poder, proclamó que la misma no otorgaba las herramientas necesarias para un gobierno eficaz, por lo que impulsó una nueva reforma constitucional que se aprobó en diciembre de ese mismo año. La nueva Constitución incorporó la concepción absolutista y centralizadora del artículo 210 en el mismo texto de la Constitución, restableciendo los amplios poderes del presidente y conformando un poder legislativo unicameral, denominado senador consultor, el cual no podía vetar las iniciativas legislativas del presidente, sino que, en caso de desacuerdo, debía entrar en un proceso de consulta con aquel, desnaturalizando las funciones propias de un poder legislativo.

El impulso liberal se mantuvo en esa etapa temprana de la vida republicana y en 1857 se produjo la llamada “Revolución del 7 de julio”, impulsada por un movimiento de pequeños y medianos productores, comerciales e intelectuales de la región centro-norte del país (región del Cibao) en contra del poder del sur-este encabezado por las fuerzas del general Santana. Producto de esa “revolución” nació la denominada “Constitución de Moca”, aprobada el 18 de febrero de 1858, la cual fue la más liberal del siglo XIX. Este movimiento político liberal triunfante,

6 Sobre el tema del liberalismo vs conservadurismo en la política dominicana del siglo XIX, Cf. Ramonina Brea, *Ensayos sobre la Formación del Estado Capitalista en la República y Haití*. Santo Domingo: Editora Taller, 1983; Howard J. Wiarda y Michael J. Kryzaneck, *The Dominican Republic: A Caribbean Crucible*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1982; William Javier Nelson, “The crisis of liberalism in the Dominican Republic, 1865-82”, *Revista de Historia de América* 104 (julio-diciembre 1987).



sin embargo, no duró mucho tiempo. Ese mismo año el general Santana llevó a cabo un contragolpe que lo llevó de nuevo al poder, desde el cual impuso su Constitución autoritaria de diciembre de 1854. Su siguiente paso fue todavía más radical: anexionar la República Dominicana a España, la cual tuvo lugar el 18 de marzo de 1861.

La anexión a España duró alrededor de cinco años. El 16 de agosto de 1863 inició lo que se denominó la Guerra de Restauración, la cual fue llevada a cabo por un ejército informal que tenía sus bases de operaciones y estructuras de mando en la región del Cibao. La guerra duró aproximadamente dieciocho meses, en la cual España no solo perdió su posesión colonial, sino también las vidas de más de diez mil personas. Por su parte, los dominicanos restablecieron la independencia de la Nación, pero a un alto costo en términos de pérdida de vidas y de la ruina económica del país⁷.

Tras el fin de la anexión a España en 1865 y hasta el fin del siglo XIX, República Dominicana mantuvo un patrón político de oscilación entre anarquía y autoritarismo. Durante ese período el país tuvo alrededor de sesenta y cinco gobiernos, muchos de los cuales apenas duraban meses o días. Y cuando el sistema político experimentó algún nivel de estabilidad fue bajo gobiernos autoritarios, como los de Buenaventura Báez entre 1868 y 1874 (seis años) y los de Ulises Hereaux entre 1887 y 1899 (12 años)⁸.

Durante ese período la República Dominicana tuvo alrededor de quince cambios constitucionales, lo cual reflejó tanto la inestabilidad política como la práctica de cada gobernante de impulsar “su” Constitución. El factor desencadenante de esos cambios constitucionales siempre fue la reelección presidencial, una vez para permitirla, otras veces para extender el período y otras para eliminar cualquier tipo de restricción. En efecto, durante esas décadas del siglo XIX el país experimentó todos los modelos concebibles de reelección presidencial, problema que ha perdurado en la historia constitucional dominicana.

La llegada del siglo XX encontró al país en un nuevo ciclo de inestabilidad política luego del asesinato en 1899 del último dictador del siglo XIX, Ulises Hereaux (entre 1899 y 1906 el país tuvo diez gobier-

7 Cfr. Moya Pons, *Manual de Historia Dominicana...* op. cit., supra nota 4, pp. 352-3.

8 El número exacto de gobiernos en ese período es tema de discusión entre diferentes historiadores. Aquí se toma la cifra aportada por Víctor Eddy Ruiz Burgos, *Los Gobiernos de la República Dominicana*. Santo Domingo: Publicaciones de la Biblioteca Nacional, 1993, pp. 32-51.



nos diferentes, algunos de los cuales apenas duraron meses o días)⁹. En esa época, el Estado no se había terminado de articular, pues si bien los gobiernos autoritarios lograron avanzar en ciertos aspectos cruciales de la construcción estatal –infraestructura, administración civil y militar, sistemas mínimos de comunicación interna, impulso de ciertas áreas de la economía–, dado el carácter altamente personalista de estos gobiernos, así como los sucesivos períodos de inestabilidad política, no fue posible crear estructuras e instituciones estatales perdurables.

En esa etapa temprana del siglo XX el país experimentó también la injerencia creciente de Estados Unidos en el manejo económico y control de ciertas áreas clave del Estado (aduanas, fiscalidad interna, policía), lo que preparó el terreno para la ocupación militar en 1916 como parte de la estrategia norteamericana de afianzar su poder en el llamado “patio trasero” del Caribe y Centroamérica¹⁰. El año previo se había producido la ocupación militar en Haití, más el control que ya ejercía Estados Unidos en Cuba, Puerto Rico y los países centroamericanos.

Hay que reconocer que la presencia militar de Estados Unidos en República Dominicana representó un avance importante en cuanto a la estructuración del Estado –mejoría en la administración civil, estructuración de un ejército nacional con un cierto grado de profesionalización, mayor integración del mercado interno a través un vasto programa de infraestructura, así como la creación de una base legal que sirviera de soporte al desarrollo del capitalismo–. El aspecto negativo, por supuesto, fue que esto se llevó a cabo no como resultado de un proceso endógeno, con actores internos impulsando la consolidación del Estado y el desarrollo económico, sino como resultado de una imposición extranjera.¹¹

9 Sobre la política dominicana a principios del siglo XX y sus luchas caudillistas, Cf. Miguel Ángel Monclús, *El Caudillismo en la República Dominicana*, tercera edición. Santo Domingo: Editorial El Caribe, 1962, pp. 131–61.

10 Cfr. “Protocol of an Agreement between the United States of America and the Dominican Republic, for the Submission to Arbitration of certain questions”, reimpresso en Summer Wells, *Naboth’s Vineyard: The Dominican Republic, 1844–1924*, volumen II. New York: Payson & Clarke, LTD, 1928, anexo I, pp. 995–100.

11 Dos estudios bien documentados sobre la ocupación militar norteamericana de 1916–1924 son: Bruce J. Calder, *Impact of Intervention: The Dominican Republic during the U.S. Occupation of 1916– 1924*. Austin: University of Texas Press, 1984; y Melvin M. Knight, *The Americans in Santo Domingo*.

New York: Vanguard Press, 1988. Sobre la problemática del Estado y la Nación en el contexto de la ocupación, Cfr. Pedro Catrain y José Oviedo, “La Conformación de lo Nacional-Estatal:



Tras la salida de las tropas norteamericanas en 1924, el país tuvo un período de relativa estabilidad política que duró seis años, pero en ese período también se revivió la vieja práctica de cambiar la Constitución para extender el período gubernamental y/o permitir la reelección presidencial. De hecho, el presidente que toma el poder en las primeras elecciones posintervención militar (Horacio Vázquez) modificó la Constitución dos veces, una para extender su período de cuatro a seis años y otra para permitir su postulación luego de concluido su período de seis años. Se trató de un gobierno que tuvo sus grandes luces en términos de desarrollo económico e institucional, pero quedó marcado por el hecho de cambiar la Constitución para intentar quedarse por diez años en el poder, lo que sirvió de “excusa” al general Rafael Leonidas Trujillo para entrar de lleno en la escena política y procurar llegar al poder por la vía electoral, lo que logró en las elecciones de 1930, si bien usando los recursos del poder militar para intimidar y reprimir, pero sin alterar formalmente el marco constitucional vigente.

Trujillo fue un producto de la intervención militar norteamericana. Durante esta logró su entrenamiento militar y empezó su ascenso que terminó consolidando en el gobierno de Horacio Vázquez en el que llegó a ser Brigadier General en 1927 y Comandante en Jefe del Ejército Nacional en 1928, de modo que cuando se llega a la coyuntura electoral de 1930, Trujillo se encontraba en la cúspide del poder militar, siendo esta la instancia más fuerte y mejor organizada en el contexto de una sociedad débil y poco estructurada. Así pues, el poder militar le dio a Trujillo la plataforma para emprender su proyecto político autoritario, o más bien totalitario en el sentido moderno del término, si bien respetando las formas jurídicas al momento de ascender al poder y a través de sus treinta y un años de dictadura. En efecto, en la llamada “Era de Trujillo” se observaron de manera ritual las reglas electorales, al punto de que en ningún momento durante esos largos años hubo una ruptura de la formalidad constitucional, lo que incluía la celebración periódica de elecciones en las que no siempre él participaba ni ejercía la presidencia, aunque sí fue el jefe político y militar indiscutible de la Nación desde su ascenso al poder hasta

Singularidad del Caso Dominicano”, ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Sociología, San Juan, Puerto Rico, 1981.



su asesinato el 30 de mayo de 1961. Se trató de una dictadura altamente sofisticada, que llegó a controlar todos los espacios de la sociedad, no solo a través de la fuerza bruta, sino también mediante el uso de mecanismos de control de las instituciones políticas y militares, la educación, la cultura, la comunicación, la ideología, la economía, entre otros. De ahí su carácter totalitario que lo diferenciaron de muchas dictaduras rudimentarias que se produjeron en otros países del entorno en esa época¹².

Durante los 31 años de dictadura trujillista, la Constitución fue reformada siete veces (1934, 1942, 1947, 1955, 1957, y dos veces en 1960), siempre guardando las formas jurídicas y los procedimientos institucionales, aunque con un control absoluto por parte de Trujillo y su Partido Dominicano, el único autorizado para actuar en la escena política. Por supuesto, no es posible hablar de constitucionalismo en la era de Trujillo tal como se entiende y aplica en una sociedad democrática. En su esquema de ejercicio de poder, los cambios constitucionales obedecieron siempre a algún propósito del régimen en una coyuntura determinada, por lo que podría argumentarse que la cuestión constitucional fue usada por Trujillo para cumplir algunos propósitos: el primero consistió en representar un “ritual democrático”. Por ejemplo, cada vez que la Constitución era modificada, se cumplía de modo impecable con los procedimientos legales (i.e. “elección” de representantes a las asambleas constituyentes, formación de comisiones, “debates” de propuestas, aprobación formal según las mayorías requeridas), como si lo decidido no estuviera de antemano dispuesto por el propio Trujillo y su equipo de poder. Un segundo objetivo era presentar al régimen de la mejor manera posible frente al mundo exterior. Mientras los instrumentos de terror operaban contra los opositores, Trujillo usaba muchos de los intelectuales y juristas más competentes para que trabajaran a su servicio y produjeran textos formalmente depurados y en línea con los países más avanzados. Y el tercer objetivo en el manejo de la cuestión constitucional era darle carácter constitucional a ciertas políticas o componentes ideológicos del régimen. Es lo que podría llamarse la “trujillización” del constitucionalismo dominicano. Así, cada vez que la Constitución era

12 Cf. Para una comprensión de esta etapa de la historia dominicana, Cf. Jesús de Galíndez, *The Era of Trujillo*, editado por Russel H. Fittsgibbon. Tucson, Arizona: The University of Arizona Press, 1973. También ver: Rosario Espinal, *Autoritarismo y Democracia en la Política Dominicana*. San José, Costa Rica: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, 1987.



modificada era porque habían ciertos temas (i.e. una política doméstica, una declaración ideológica, una posición de política exterior, la exaltación del dictador y sus obras) que el régimen quería plasmar en el texto constitucional. En cualquier caso, hay que señalar que una cosa era lo que se plasmaba formalmente en las Constituciones de Trujillo y otra muy distinta era el funcionamiento práctico de las instituciones de la dictadura.

Trujillo es asesinado el 30 de mayo de 1961. Este acontecimiento no fue el resultado de un alzamiento popular en contra de la tiranía, como ha sucedido en muchos otros países, sino de la decisión de un grupo relativamente pequeño, compuesto predominantemente por personas que sirvieron al régimen y que llegaron a tener desavenencias personales con el dictador. Dicho asesinato fue el punto de partida de un proceso muy complejo de transición a la democracia que fue abortado poco tiempo después, lo que generó acontecimientos verdaderamente traumáticos para la sociedad dominicana, incluyendo la segunda intervención militar de Estados Unidos en República Dominicana en el siglo XX.

III) 1961-1966: TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, CONSTITUCIONALISMO SOCIAL, GOLPE DE ESTADO E INTERVENCIÓN MILITAR NORTEAMERICANA.

La muerte de Trujillo dio lugar a un difícil e incremental proceso de liberalización política¹³ que fue marcando una transición a la democracia, o más bien a lo que Guillermo O'Donnell llamó la “primera transición”, es decir, la transición de un gobierno autoritario a un gobierno democráticamente electo. La “segunda transición”, esto es, la consolidación del régimen democrático, no estaba garantizada a priori, sino que dependía de una compleja construcción política que pudiese hacerla viable, lo que, a la postre, no fue posible lograr¹⁴.

13 Para una discusión sobre el concepto de liberalización política en un contexto post-dictadura, Cfr. Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter en *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1986, pp. 9-10.

14 Para una discusión sobre la diferencia entre “la primera” y “la segunda” transición, Cf. Guillermo O'Donnell, “Transitions, Continuities, and Paradoxes, en *Issues of Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspectives*, editado por Scott Mainwaring,



Luego de ciertos ajustes institucionales en la estructura gubernamental tras la muerte de Trujillo –un Consejo de Estado civil tomó el poder para organizar la transición–, en el país se celebraron elecciones libres en diciembre de 1962, la primera vez desde 1924 tras la salida de las tropas norteamericanas y previo a la toma del poder por parte de Trujillo. El Partido Revolucionario Dominicano (PRD), el cual había sido fundado en el exilio y liderado por el escritor y político Juan Bosch, ganó cómodamente las elecciones presidenciales y una mayoría en ambas cámaras legislativas.

Como parte de la llamada “izquierda democrática” latinoamericana, entre cuyos líderes más prominentes estaban Rómulo Betancourt, José Figueres y Luis Muñoz Marín, entre otros, Juan Bosch y su partido PRD presentaron un proyecto de constitución claramente identificado con el “constitucionalismo social”. De hecho, en la carta de remisión del borrador de Constitución al órgano encargado de adoptar la nueva Constitución, los redactores del proyecto expresaron que se inspiraban en las Constituciones de Weimar de la República Federal de Alemania, la de México de 1917, la de Cuba de 1940, entre otras¹⁵.

En lo que respecta a las instituciones políticas, la Constitución de 1963 se inscribía en un constitucionalismo liberal-democrático, con un régimen presidencial y una división clásica de los poderes públicos, con un fuerte énfasis en la responsabilidad y rendición de cuentas de los gobernantes. Sin embargo, en lo que esta Constitución fue verdaderamente innovadora fue en los aspectos económicos, sociales, laborales, educativos y de orden familiar, con lo cual marcó una ruptura significativa con la tradición constitucional dominicana. De hecho, los debates constitucionales giraron alrededor de las disposiciones relativas a estas materias, sin que los demás aspectos del nuevo texto constitucional generaran mayor debate o controversia. Sectores conservadores de la sociedad –empresariado, Iglesia católica, estamentos altos de la sociedad– emergieron con fuerza en el escenario público haciendo uso de las libertades que el escenario del posttrujillismo hizo posible, y lograron montar una campaña de oposición

Guillermo O’Donnell y J. Manuel Valenzuela. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992.

15 Cfr. “Carta de Presentación del Proyecto de Constitución” por Pedro María Solimán Bello, Obdulio E. Ogando y José Manuel Álvarez, 28 de enero de 1963. Reimpresa en Félix Jiménez, ¿Cómo fue el *Gobierno de Juan Bosch*. Santo Domingo: Editora Alfa & Omega, pp. 89-95.



sistemática al nuevo modelo constitucional auspiciado por el partido de Juan Bosch.

Las disposiciones constitucionales en materia económica y social que más irritaron a esos sectores de la sociedad dominicana fueron las siguientes: 1) la disposición que establecía que una de las misiones del Estado consistía en eliminar los obstáculos que limitaban una “efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país; 2) la disposición que prohibía la existencia de más de un sindicato por industria o establecimiento comercial, más de una federación por área de la economía y más de una confederación a nivel nacional; 3) el establecimiento de disposiciones que establecían, primero, el derecho de los trabajadores “a colaborar con las empresas” y, segundo, el derecho de los trabajadores “a participar en los beneficios de las empresas”; 4) la disposición relativa a la propiedad, ya que el texto se refería a que el Estado garantizaría y protegería “el goce de la propiedad”, en lugar de decir que garantizaría “el derecho de propiedad”; 4) la disposición relativa a la expropiación por causa de interés general, ya que el texto señalaba que al momento de establecer el monto de la compensación en caso de expropiación, se tomaría en cuenta “de una parte y de manera principal el interés del conglomerado y de la otra, el de los propietarios”; 5) la disposición que establecía que los poderes públicos podrían legislar para convertir “en propiedad colectiva o de economía colectiva” la tierra, el suelo, el subsuelo, las riquezas naturales y los medios de producción”; 6) varias disposiciones relativas a la propiedad rural, entre ellas, una que prohibía la existencia de latifundio, otra que prohibía que las sociedades comerciales pudieran adquirir la propiedad de la tierra, así como otra que prohibía a los extranjeros adquirir la propiedad de la tierra en el sector rural y recibir concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales.

Además de esas disposiciones sobre aspectos económicos y sociales que encontraron la radical oposición del sector empresarial, el texto constitucional fue combatido por sectores ligados a la Iglesia católica que objetaron varias disposiciones relativas a la educación y a la familia, entre las que se encontraban: 1) la que disponía que “de una manera absoluta”, el sistema escolar estaría sujeto a la organización y supervisión del Estado y que en “los establecimientos particulares solamente los padres, tutores o encargados de la educación del niño tienen el derecho de decidir si a este



se le instruirá o no en los principios de una religión”; se argumentaba que estas disposiciones violaban la libertad religiosa; 2) varias disposiciones relativas a la familia: una que declaraba que todos los niños tenían derecho a condiciones iguales de desarrollo sin importar que hubieran nacido dentro o fuera del matrimonio; otra que prohibía a los oficiales públicos especificar en los certificados de nacimiento y otros documentos oficiales si una persona era hija legítima o ilegítima; y otra que permitía a los tribunales de justicia, en ciertas condiciones, asimilar la unión consensual entre un hombre y una mujer a un matrimonio legítimo; y 3) la Iglesia católica también se quejó de que la Constitución no hacía mención de la existencia de un Concordato entre el Vaticano y el Estado dominicano, el cual había sido firmado durante la era de Trujillo.

El debate constitucional profundizó la polarización política e ideológica en la República Dominicana en un contexto en que apenas se salía de un régimen autoritario y los cimientos de la democracia no se habían solidificado. En ese contexto de polarización, los actores principales tomaron dos posiciones extremas: el PRD no negoció con los sectores que le adversaban, sino que impuso su modelo constitucional dada la mayoría que tenía en el órgano encargado de adoptar la nueva Constitución; y al otro extremo, los sectores empresariales, eclesiales y conservadores en general tomaron el camino de la agitación, la desestabilización y eventualmente el golpe de Estado, el cual tuvo lugar el 25 de septiembre de 1963.¹⁶

La Constitución social de 1963, que fuera adoptada el 29 de abril de ese mismo año, apenas duró cinco meses. Aunque los problemas políticos de la época inmediatamente posterior a la caída de Trujillo eran demasiado complejos para ser resueltos simplemente mediante la adopción de una nueva Constitución, “se puede argumentar que el proceso constitucional de 1963 fue una oportunidad perdida, en el sentido de que el mismo no contribuyó a proveer una base firme a la transición democrática que comenzaba a tener lugar en el país. En otras palabras, ese proceso constitucional no fue capaz de canalizar las energías nacionales en torno a un proyecto compartido de construcción de un nuevo orden político democrático. Como

16 Para una discusión del proceso constitucional de 1963, Cfr. Flavio Darío Espinal, *Constitucionalismo y Procesos Políticos en la República Dominicana*. Santo Domingo: PUCMM-Colección Documentos, 2001, capítulo 3.



momento simbólico, el proceso constitucional de 1963 pudo aprovecharse para generar un diálogo entre los diferentes actores públicos, reducir los niveles de polarización existentes, encontrar puntos de consenso y generar el apoyo necesario a favor de la joven democracia dominicana. Más bien, los debates divisivos que se produjeron en torno a la Constitución del PRD contribuyeron enormemente a pautar el curso político de la Nación en las semanas y meses siguientes, esto es, un proceso altamente polarizante que culminó con el golpe de Estado al Presidente Bosch¹⁷.

En esa etapa temprana de la apertura política, luego de ese largo período de dictadura, se impuso la lógica descrita por Carl Schmitt, según la cual los actores opuestos no se vieron mutuamente como adversarios, sino como enemigos a ser destruidos¹⁸. Por supuesto, no puede decirse que el único factor que condujo al golpe de Estado fue la polarización que produjo el debate constitucional, aunque este creó las condiciones para activar determinadas fuerzas sociales que encontraron la mejor excusa para pasar de una simple oposición política a la conspiración contra el gobierno legítimo.

También hay que destacar el contexto en que todo este debate se produjo. Apenas varios años antes se había producido la Revolución Cubana, lo que hizo que las fuerzas conservadoras de la sociedad dominicana vieran en cualquier idea progresista la amenaza comunista. Las estructuras militares no habían sido ni mínimamente reformadas luego de la caída de Trujillo para que apoyaran el proceso democrático y las bases de sustentación del régimen, si bien Bosch obtuvo un amplio respaldo electoral, eran sumamente débiles, ya que “los factores reales de poder”, para usar la frase de Ferdinand Lasalle, estaban alineados en contra del proyecto progresista del presidente Bosch.

Tras el golpe de Estado dado por los militares el 25 de septiembre de 1963¹⁹, estos pasaron el poder a una “Junta Civil” que recibió el nombre de Triunvirato, pues estaba formada por tres personas provenientes de los

17 Idem., p. 171.

18 Para una discusión contemporánea de la distinción formulada por Carl Schmitt entre “adversario” y “enemigo”, Cfr. Chantal Mouffe, *The Return of the Political*. Londres y New York: VERSO, 1993., pp. 4-8.

19 Cfr. Miguel Guerrero, *El Golpe de Estado: Historia del Derrocamiento de Bosch*. Santo Domingo: Editora Corripio, 1993.



sectores que enfrentaron al presidente Bosch, quien partió al exilio. Si bien este gobierno tomó medidas drásticas para reprimir y desarticular los sectores progresistas –partidos de izquierda, sindicatos, grupos estudiantiles–, no pudo consolidarse en el poder. Con el paso de los meses comenzó a estructurarse, desde la clandestinidad, una coalición de fuerzas civiles y militares para demandar el respeto a la constitucionalidad y el retorno de Juan Bosch al poder. El 24 de abril de 1965 estas fuerzas decidieron dar el paso de derrocar al Triunvirato, lo que dio lugar a un comienzo de guerra civil que cuatro días más tarde desencadenó la segunda intervención militar norteamericana en República Dominicana. Ante el ascenso de las llamadas “fuerzas constitucionalistas”, que resistieron con heroicidad la embestida militar de las fuerzas conservadoras, el gobierno del presidente Lyndon B. Johnson, con la excusa de proteger la vidas norteamericanas, decidió intervenir para impedir una “segunda Cuba” en el Caribe. Esta intervención cambió la marcha de los acontecimientos, pues abortó el proceso iniciado por los constitucionalistas y eventualmente se impuso un esquema político que condujo a una reestructuración autoritaria del poder, si bien presidido por un presidente civil, bajo el tutelaje norteamericano.²⁰

IV) 1966-1978: RESTRUCTURACIÓN AUTORITARIA DEL PODER, CONSTITUCIÓN SIN CONSTITUCIONALISMO Y UNA NUEVA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA.

El Dr. Joaquín Balaguer era el presidente nominal del país cuando se produjo el asesinato del dictador Trujillo, de modo que quedó a cargo del gobierno, si bien con toda la estructura trujillista de poder intacta. Balaguer intentó conducir el proceso de apertura utilizando el marco institucional heredado de Trujillo, es decir, su Constitución, su Poder Legislativo y su calendario electoral, pero las presiones contra él, en tanto representante emblemático de lo que se llamó “los remanentes

20 Dos textos particularmente relevantes para entender la intervención norteamericana de 1965 son: Piero Gleises, *The Dominican Crisis: The 1965 Constitutional Revolt and the American Intervention*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1978; y Abraham Lowenthal, *The Dominican Intervention*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1972.



del trujillismo” le impidieron pudiera consolidar su poder. Aunque sus expectativas era de permanecer en la presidencia en ese nuevo esquema, Balaguer fue forzado a ir al exilio en enero de 1962, en el que permaneció hasta mediados de 1965 cuando el país estaba ocupado por las tropas norteamericanas.

Balaguer fue la pieza clave de la reestructuración autoritaria del poder, con la peculiaridad, distinto a lo que ocurrió en otros países de América Latina, que tuvieron dictaduras militares, de que el gobierno que él encabezaría era de naturaleza civil, aunque con un peso importante de las fuerzas militares en el funcionamiento del sistema político.

Tras la intervención militar norteamericana en reacción al movimiento cívico-militar que propiciaba el retorno de Bosch al poder y la vuelta de la “constitucionalidad sin elecciones”, el gobierno de Estados Unidos, con el aval de la Organización de los Estados Americanos (OEA), propició un arreglo con las llamadas “fuerzas constitucionales”, lideradas por el coronel Francisco Alberto Caamaño Deñó, el cual contemplaba, entre otras cosas, la realización de elecciones en junio de 1966. Ese acuerdo no fue más que la imposición por la vía diplomática, con el respaldo de la fuerza militar, del enfoque de Estados Unidos respecto del curso de acción que debía seguir la República Dominicana luego de los traumáticos eventos políticos y sociales de los años 1961-1965.

En esas elecciones Balaguer se presentó como candidato presidencial y compitió contra Juan Bosch, quien también había regresado de su exilio luego del referido acuerdo. Además de contar con el apoyo de las tropas norteamericanas, Balaguer desarrolló un discurso que encontró condiciones de recepción en amplios sectores de la sociedad dominicana, especialmente en las zonas rurales que en ese época representaban el 60 % de la población. En su campaña electoral Balaguer decía que él estaba en un punto intermedio entre la extrema derecha y la extrema izquierda, con la que él identificaba a Bosch, alegando que si este último llegaría a ganar las elecciones se repetirían los traumáticos acontecimientos de la primera mitad de los años sesenta. Balaguer se presentó como “el candidato de la paz” que llevaría a cabo “una revolución sin sangre”, discurso que tuvo resonancia en una sociedad conservadora, predominantemente rural y todavía bajo el peso de lo que representó el poder de Trujillo durante treinta y un años. Balaguer ganó cómodamente las elecciones presiden-



ciales, y su partido –el Partido Reformista– obtuvo también la mayoría en las cámaras legislativas²¹.

Luego de tomar posesión, Balaguer convocó a las cámaras legislativas para que, unidas, actuaran como Asamblea Nacional Revisora de la Constitución, ignorando así el acuerdo arribado con el auspicio de la OEA, llamado Acto Institucional, que disponía la elección de una Asamblea Constituyente. La nueva Constitución fue adoptada el 29 de noviembre de 1966. Al igual que en 1963, la fuerza política dominante en el proceso constitucional de 1966 no negoció el texto sometido a discusión con el principal partido de oposición –en este caso el PRD de Bosch, que de fuerza dominante pasó a ser fuerza de oposición–, por lo que el mismo modo de operar sin negociación ni concertación política tuvo lugar tanto en la coyuntura progresista de 1962-1963 como en la coyuntura conservadora de 1966. En ambas ocasiones la fuerza dominante impuso su visión constitucional.

Aparte de esa similitud en cuanto al patrón de conducta política, el proceso constitucional de 1966 fue muy diferente al de 1963 por un cambio de temas y de actores políticos en esa coyuntura. Para empezar, todo el contenido social de la Constitución de 1963 fue sacado del texto sometido por el partido de Balaguer a la Asamblea Nacional Revisora en 1966, por lo que los actores sociales que se movilizaron en 1963 no tuvieron que hacerlo en 1966. Además, Balaguer representaba a las fuerzas conservadoras del país y era un aliado abierto del gobierno de Estados Unidos, por lo que las fuerzas conservadoras del empresariado y la Iglesia católica no tenían por qué entrar de nuevo al escenario político, el cual estuvo marcado más bien por la confrontación política entre el partido de Balaguer y el partido de Bosch, este último tratando de preservar algunas conquistas democráticas en el texto constitucional.

En esa ocasión el debate constitucional giró en torno a tres temas: el primero –y más importante– fue la cuestión de la reelección presidencial. El PRD quería que se adoptara el modelo de 1963 que prohibía la reelección consecutiva, aunque permitía que un presidente pudiera

21 Para un interesante análisis de las elecciones de 1966, Cfr. José del Castillo, “Elecciones del ‘66: Entre la Guerra y la Paz”, en José del Castillo, *Ensayos de Sociología Dominicana*. Santo Domingo: Editora Taller, 1981, pp. 18-23.



postularse de nuevo luego de un período fuera del poder. El partido de Balaguer, en cambio, aprobó no establecer límite alguno a la reelección presidencial, hecho que tendría repercusiones enormes en la vida política dominicana desde esa época hasta mediados de los años noventa. El segundo tema de mayor discusión en el debate constitucional de 1966 fue una disposición que el PRD quería que se incluyera en el texto para prohibir que los dominicanos pudiesen ser expulsados del país. El partido de Balaguer ignoró ese pedimento, lo que le permitió a Balaguer enviar al exilio a muchos opositores de su régimen. Y el tercero fue una disposición que permitía que las Fuerzas Armadas pudiesen desempeñar funciones de mantenimiento del orden público. El PRD argumentaba que este era un asunto de la competencia de la Policía Nacional, no de las Fuerzas Armadas, pero el partido de Balaguer no cambió su posición al respecto, y, en efecto, utilizó a los militares de manera continua en las labores de policía, especialmente para la represión de los sectores de oposición a su gobierno.

En lo que respecta a la reelección presidencial sin límites que aprobó el partido de Balaguer en la nueva Constitución, la controversia fue tan grande que Balaguer decidió dirigirse a la Nación en un discurso que repercutió durante muchos años después de esos acontecimientos. En el mismo Balaguer señaló: “Alguien ha dicho que en Latinoamérica las Constituciones han sido, son y serán durante mucho tiempo todavía simples pedazos de papel. Las constituciones son leyes que votan cada año y se violan todos los días. Lo que vale en cada país, en cada época, en cada momento histórico, no son los principios sino los hombres”. Y agregó: “El mandatario que en estos momentos está obligado a cumplir y hacer cumplir la Constitución de 1966, no aspira a ser reelegido y la única gloria que apetece, si es que en el cumplimiento del deber cabe alguna gloria, es la de ser uno de los pocos dominicanos que saben anteponer la conveniencia de la Nación y su porvenir democrático a sus propias apetencias y a sus propias ambiciones”²². Irónicamente, ese hombre que proclamaba en ese momento que no aspiraba a reelegirse, terminó ejerciendo el poder

22 Joaquín Balaguer, “Mensaje Sobre la Situación del País y Sobre las Recaudaciones Fiscales del mes de Noviembre de 1966”, publicado en el periódico *El Caribe*, 6 de diciembre de 1966, y reimpresso en Joaquín Balaguer, *Mensajes al Pueblo Dominicano*. Colección Discursos, Tomo VII. Barcelona, España: Industrias Gráficas Manuel Pareja, 1983.



durante veintidós años, primero doce años (1966-1978) y luego diez años adicionales (1986-1996).

El modelo de Constitución adoptado en 1966 podría definirse de “presidencialismo excesivo” o “hiper-presidencialismo”, por los amplios poderes en manos del presidente de la República en materia administrativa, presupuestaria y de decisión de políticas públicas. La reelección presidencial sin límites fue la expresión máxima de la configuración de un sistema político-constitucional personalista y centralizador, con muy limitados poderes, si alguno, de contrapeso al ejercicio del Poder Ejecutivo. De manera indirecta, el modelo constitucional propiciaba también la centralización política, pues los jueces de todos los tribunales del país y de la Junta Central Electoral eran nombrados por el Senado de la República, pero como el partido de Balaguer tenía mayoría en el Senado y este ejercía una hegemonía absoluta sobre sus seguidores, este tenía también control directo y efectivo, sin bien no desde el punto de vista formal pero sí material, sobre la justicia y el órgano electoral.

La Constitución de 1966 ha sido la de más larga duración en la historia dominicana, con 28 años de vigencia. Fue modificada parcialmente en 1994 tras una profunda crisis político-electoral que requirió la modificación constitucional para hacer posible la solución pactada entre diferentes fuerzas políticas, como se verá más adelante.

En lo que al ejercicio del poder de Balaguer concierne, este emprendió un proyecto de reestructuración autoritaria del sistema político haciendo uso de esa gran concentración de poderes, tanto normativa como fáctica. Los primeros diez años de su gobierno se caracterizaron por una gran represión contra opositores políticos, dirigentes de izquierda, líderes sindicales, periodistas, militantes de la causa constitucionalista de 1965 y otros sectores de la sociedad. Fue una represión bastante selectiva, aunque en ocasiones alcanzaba ribetes de represión masiva cuando las fuerzas militares y paramilitares penetraban barrios y comunidades para reprimir a sectores que podían estar activados contra Balaguer. Los militares tuvieron un enorme poder y márgenes importantes de autonomía en su actuación, pero en último término estaban sometidos a los dictados de Balaguer y servían a su régimen²³.

23 Para una interesante discusión sobre el uso de las Fuerzas Armadas por parte de Balaguer, Cfr. G. Pope Atkins, *Arms and Politics in the Dominican Republic*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1981.



Desde el punto de vista económico, Balaguer también llevó a cabo una gran transformación. Primero con el apoyo económico de EEUU y, luego, con recursos propios, Balaguer emprendió un impresionante programa de obras públicas, al tiempo que creó incentivos para el desarrollo de un sector empresarial privado, lo que marcó una diferencia con Trujillo, quien, además del poder político, concentraba la casi totalidad del poder económico²⁴.

El PRD siguió siendo el principal partido de oposición, aunque en 1973 el expresidente Bosch renunció para fundar un nuevo partido, el Partido de la Liberación Dominicana (PLD), el cual adoptó una ideología mucho más de izquierda que el PRD. Bosch se acercó a Fidel Castro y desarrolló la tesis de la dictadura con respaldo popular y de negación de la vía electoral al poder, lo cual lo alienó de sectores medios y empresariales que en algún momento lo apoyaron cuando estaba en el PRD.

Por su parte, el PRD, bajo el nuevo liderazgo del Dr. José Francisco Peña Gómez, adoptó una estrategia de combatir a Balaguer en el terreno electoral, lo que implicó una preparación interna y una búsqueda de apoyo internacional en los llamados “liberales de Washington” y la Internacional Socialista. Esa lucha por la liberalización política, el respeto a los derechos humanos y la celebración de elecciones limpias fue creando las condiciones para un cambio político.

En efecto, luego de abstenciones electorales en 1970 y 1974, debido a la ausencia de condiciones para una competencia electoral, el PRD participó en las elecciones de 1978, en la cual obtuvo el triunfo con el candidato Antonio Guzmán Fernández, un hacendado de la región del Cibao quien había sido ministro de agricultura en el efímero gobierno de Bosch y la figura que había emergido como cabeza de la oposición en la coyuntura de 1974, en la cual finalmente decidió no competir por las condiciones adversas creadas por el régimen de Balaguer. Al ganar las elecciones de 1978, y ante el intento de los militares balagueristas de desconocer la voluntad popular, el PRD fue capaz de movilizar una impresionante coalición de fuerzas internas y externas en apoyo a su triunfo electoral, en un escenario internacional más favorable con Jimmy Carter como presidente

24 Sobre el modelo económico de Balaguer, Cfr. Wildredo Lozano, *El Reformismo Dependiente*. Santo Domingo: Editora Taller, 1985.



de Estados Unidos y su política de promoción de la democracia y los derechos humanos en América Latina. En esas circunstancias Balaguer cedió el poder, pero la Junta Central Electoral, que él controlaba, amañó los resultados en un “fallo histórico”, según su propia expresión, para que el partido de Balaguer se quedara con el control del Senado, lo que también le daba control de la justicia y del órgano electoral. Esto también le permitió retener un poder de veto en eventuales decisiones en materia constitucional, por lo que cuando sectores del PRD en el Congreso Nacional promovieron una reforma constitucional, esta quedó bloqueada en el Senado. Curiosamente, el Senado de mayoría del Partido Reformista de Balaguer aprobó la primera ley presentada en ese período constitucional, la cual fue la ley de amnistía que permitió que centenares de presos políticos y exiliados se reintegraran con plenos derechos a la sociedad²⁵.

El PRD volvió a ganar las elecciones en 1982, esta vez con mayoría en ambas cámaras legislativas. Sin embargo, los conflictos entre líderes y grupos al interior de ese partido le impidió propiciar una reforma constitucional democratizadora como había prometido desde mediados de los años sesenta. Y en medio de una severa crisis económica, Balaguer retorna al poder en 1986, ya anciano y ciego, pero con la misma sed de poder que mostró siempre. Balaguer se reeligió en 1990, siendo en esa ocasión de nuevo su principal contrincante el expresidente Juan Bosch, pues los conflictos internos en el PRD debilitaron a este partido como opción electoral. Al perder de Balaguer, Bosch denunció lo que él llamó “un fraude colosal”, pero sus reclamos no prosperaron, por lo que Balaguer continuó en el poder por un nuevo período de cuatro años²⁶.

V) LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1994 Y 2002

Balaguer volvió a postularse en 1994, quien tuvo como principal contendiente al PRD, el cual se había reunificado alrededor de su líder,

25 Un análisis de esta coyuntura política aparece en José Oviedo y Rosario Espinal, *Democracia y Proyecto Socialdemócrata en República Dominicana*. Santo Domingo: Editora Taller, 1986.

26 Sobre el tema de las elecciones de 1990, ver Leonel Fernández, *Raíces de un Poder Usurpado: Radiografía del Proceso Electoral Dominicano de 1990*. Santo Domingo: Editora Alfa & Omega, 1991.



el Dr. Peña Gómez. En esta ocasión el PRD denunció, y logró probar el mérito de sus acusaciones, que cientos de miles de votantes habían sido excluidos de sus mesas de votación²⁷. Esto desató una crisis política que vino a resolverse, luego de casi tres meses de tensiones y negociaciones, con un pacto entre las principales fuerzas políticas del país, con la mediación de la Iglesia Católica y el representante de la Misión de Observación de la OEA, que conllevó una reforma de la Constitución, la cual se llevó a cabo en apenas tres días, justo a tiempo para la fecha de la toma de posesión de las nuevas autoridades el 16 de agosto de 1994. Dicha reforma incluyó los siguientes puntos²⁸: reducción del período presidencial de Balaguer de cuatro a dos años, por lo que en 1996 se llevarían a cabo nuevas elecciones presidenciales, pero no así elecciones congresuales y municipales, las cuales fueron validadas en su totalidad; 2) prohibición de la reelección consecutiva, lo que permitía que el presidente saliente pudiese optar por un nuevo mandato en el período siguiente; 3) separación de las elecciones presidenciales de las congresuales y municipales, las cuales tendrían lugar en 1998, mientras que las presidenciales se llevarían a cabo en 1996; 4) inclusión de la doble vuelta electoral cuando ningún candidato obtuviese más del 50 % de los votos; 5) atribución a la Suprema Corte de Justicia de la potestad de ejercer el control constitucional de manera abstracta y directa, al tiempo que se mantuvo el control difuso de constitucionalidad; 6) reconocimiento de la autonomía administrativa, financiera y funcional del Poder Judicial; 7) creación de un Consejo Nacional de la Magistratura, como órgano encargado de elegir los miembros de la Suprema Corte de Justicia, la cual, a su vez, tendría el poder de elegir a los demás jueces del país, con lo que se sustraía del Senado dicha competencia; 8) reconocimiento del derecho a la doble nacionalidad; y 9) establecimiento de los llamados “colegios electorales cerrados”, es decir, una modalidad de votación que impedía que el votante pudiese ejercer fraude votando en más de una mesa electoral. En las elecciones de 1996, sin Balaguer

27 Sobre el tema de la crisis electoral de 1994, ver Juan Bolívar Díaz, *Trauma Electoral*. Santo Domingo: Editorial AA, 1996.

28 Un interesante análisis de la coyuntura electoral de 1994 aparece en Jonathan Hartlyn, “Crisis Ridden Elections (Again) in the Dominican Republic: Neopatrimonialism, Presidentialism, and Weak Electoral Oversight”. *Journal of International Studies and World Affairs*, 36 (Invierno 1994): 91-144.



en la competencia electoral, pues se prohibió la reelección consecutiva, se enfrentaron Peña Gómez del PRD y una figura emergente del PLD, Leonel Fernández, quien se presentó por primera vez como candidato presidencial. Peña Gómez obtuvo la mayoría en la primera vuelta, pero no alcanzó el 50 % de los votos, lo que forzó a una segunda vuelta en la que ganó Fernández con el apoyo del presidente Balaguer. Se trató de una alianza política sorpresiva, pues el partido de Bosch fue un duro opositor de Balaguer por algo más de veinte años.

Como la Constitución prohibía la reelección consecutiva, Fernández no podía reelegirse en el año 2000 cuando concluyó su mandato. El candidato del PRD, Hipólito Mejía, ganó las elecciones ese año. Balaguer también fue candidato por última vez en ese proceso electoral. Como el PRD también había ganado la mayoría congresual y municipal en las elecciones de medio término dos años antes (1998), en medio de las cuales falleció de cáncer su líder Peña Gómez, el PRD tuvo un control de las instituciones clave del sistema político. De hecho, el PRD volvió a ganar las elecciones congresuales del año 2002, y tras ese triunfo, previo a que el nuevo Congreso iniciara su labor, este partido propició una reforma constitucional para eliminar los “colegios cerrados” y permitir la reelección presidencial consecutiva, aunque limitándola a dos períodos. Así, con el apoyo de Balaguer y su partido en el Congreso Nacional, el PRD pudo modificar la Constitución en el verano de 2002 para permitir que el presidente Mejía pudiese presentarse de nuevo en las elecciones presidenciales de 2004²⁹. En medio del proceso de reforma constitucional auspiciado por el PRD, con el apoyo del partido de Balaguer, este último falleció y de esa forma se puso fin a la más larga carrera política de figura alguna en la historia dominicana.

El texto que aprobó la Asamblea Nacional Revisora sobre la reelección presidencial fue bastante peculiar, pues el mismo no había aparecido en ninguno de los tantos textos constitucionales que había tenido la República Dominicana desde su fundación. Dicho texto decía así: “El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, quien será elegido cada

29 Otro punto que se sometió al debate en la reforma constitucional de 2002 fue la reducción del 50 % al 40 % el porcentaje para ganar en primera vuelta; sin embargo, esta propuesta no encontró el respaldo necesario para ser adoptada.



cuatro años por voto directo. El Presidente de la República podrá optar por un segundo y único período constitucional consecutivo, no pudiendo postularse jamás al mismo cargo, ni a la Vicepresidencia de la República”.

Aunque muchos han sostenido que esta fórmula es similar al “modelo norteamericano” –dos períodos máximo–, en realidad la disposición adoptada en la reforma constitucional de 2002 establece algo diferente, es decir, que el presidente de turno podrá optar por un período constitucional consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la vicepresidencia de la República, lo que significa que el derecho que tiene el presidente de turno es a postularse una sola vez desde su posición de presidente. Si gana las elecciones ejerce la presidencia durante un segundo período, pero si la pierde no podría postularse jamás al mismo cargo o la vicepresidencia de la República, por lo que ya no tendría oportunidad de ejercer la presidencia por segunda vez. Puede argumentarse que la fórmula contenida en esta disposición constitucional es original, pues lo que normalmente se dispone es un límite al número de períodos que se pueda ocupar la presidencia de la República, pero no un derecho a optar por un segundo mandato, el cual se agota definitivamente ya sea que el presidente gane las elecciones para un segundo mandato o la pierda, en cuyo caso ya no podría postularse jamás ni a ese cargo ni a la vicepresidencia.

Con esta reforma de 2002 se cerró el capítulo de las reformas constitucionales del siglo XX en República Dominicana.

VI) LA CONSTITUCIÓN DE 2010 Y SU REFORMA DE 2015

La reforma de 2002 fue auspiciada por el PRD con el propósito de que el presidente Mejía pudiese optar por un segundo mandato en el 2004, pero perdió las elecciones del candidato del PLD, Leonel Fernández, en medio de una de las peores crisis económicas que haya vivido la República Dominicana en tiempos modernos. Fernández se benefició de dicha reforma constitucional pues pudo optar por un siguiente mandato en el 2008 cuando de nuevo ganó para el período 2008–2012.

Desde antes de su reelección en el 2008, Fernández auspició un proceso de reforma constitucional de mucho más alcance que las anteriores reformas. El proceso como tal fue diferente. El primer paso consistió en constituir una comisión de juristas que llevara a cabo dos tareas: la primera,



una consulta con una variedad de sectores de la sociedad dominicana para identificar los aspectos que serían incluidos en la nueva Constitución; y, la segunda, la preparación de un borrador de texto constitucional para ser sometido a la consideración del mandatario y este, a su vez, someterlo a las cámaras legislativas. Este proceso preparatorio duró alrededor de dos años, más el tiempo que duró el debate en la Asamblea Nacional Revisora.

La nueva Constitución fue proclamada el 26 de enero de 2010. Aunque el proceso se llevó a cabo a través de una Asamblea Nacional Revisora y no de una Asamblea Constituyente, pues este mecanismo no existe en el ordenamiento constitucional dominicano, se considera que el texto que salió de este proceso tiene las características de una nueva Constitución. El principio rector del proceso fue modernizar el texto constitucional ante los cambios experimentados por la sociedad dominicana y adecuarlo a las nuevas corrientes constitucionales que se estaban llevando a cabo especialmente en el mundo iberoamericano.

La reforma de 2010 incorporó algunos conceptos e instituciones que sirven de pilares al nuevo ordenamiento constitucional: 1) la cláusula del Estado social y democrático de derecho como eje articulador del modelo constitucional; 2) el respeto a la dignidad humana como fundamento de la Constitución; 3) la cláusula de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, la cual no había aparecido de manera tan clara en los textos constitucionales anteriores; 4) la reafirmación del modelo presidencial como sistema de gobierno; 5) el ejercicio de la soberanía popular tanto a través de representantes como de manera directa; 6) la creación de un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, cuyas decisiones constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado; 7) una concepción amplia de los derechos fundamentales, la cual incluye los derechos civiles y políticos, los derechos económicos y sociales, los derechos culturales y deportivos, y los derechos colectivos y del medio ambiente; 8) un conjunto de garantías a los derechos fundamentales, tales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, el hábeas data, la acción de hábeas corpus y la acción de amparo; 9) el reconocimiento de que los tratados, pactos y convenciones relativos a los 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; 10) la



consagración del principio de favorabilidad o *pro homine*, según el cual 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 estos, y en caso de conflicto entre derechos fundamentales procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución; 11) una concepción renovada de la división y distribución de poderes al incorporar un conjunto de órganos constitucionalmente autónomos, considerados también extrapoderes –entre estos, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior Electoral, la Junta Central Electoral, el Banco Central, la Cámara de Cuentas, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública–, los cuales se encuentran en posición de paridad y no subordinación respecto de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; y 12) la adquisición de la nacionalidad basada en una concepción mixta del *jus sanguini* y el *jus soli*, pero con ciertas restricciones en la aplicación de este último.³⁰

Estos conceptos e instituciones renovaron el modelo constitucional dominicano. A diferencia de las experiencias de 1963 y 1966, así como las de 1994 y 2002, en el proceso que culminó con la proclamación de la Constitución de 2010 se involucraron las diferentes fuerzas políticas representadas en las cámaras legislativas y todas le dieron su voto favorable, si bien hubo posiciones encontradas en torno a una variedad de temas. Desde esta perspectiva, el proceso constitucional que desembocó en la Constitución de 2010 marcó una diferencia significativa con la tradición constitucional dominicana, la cual estuvo marcada desde su momento fundacional por la falta de negociación y consenso al momento de aprobar constituciones.

En lo que respecta al tema de la reelección, la Constitución de 2010 reintrodujo la fórmula adoptada en 1994, es decir, la que prohíbe la reelección inmediata, pero permite que el presidente saliente se postule de nuevo luego de, al menos, un período fuera del poder. Algunos sectores, incluyendo la comisión de juristas que preparó el primer borrador de texto constitucional, favorecían que se dejara intacta la fórmula adoptada en la reforma constitucional de 2002, esto es, el derecho de un presidente a optar por un segundo y último mandato sin poder presentarse jamás a la misma posición o la vicepresidencia de la República). Sin embargo,

30 Ver artículos 2, 5, 6, 7, 18, 37-74, 184, 185, 190, 212, 214, 225, 248 de la Constitución de 2010.



esta cláusula se modificó como resultado de un pacto firmado entre el presidente Fernández y el excandidato presidencial del PRD, Ing. Miguel Vargas Maldonado, el cual incluyó, entre otros puntos, la adopción del modelo de reelección adoptado en 1994, el cual había sido también el contenido en la Constitución de 1963³¹.

A cinco años de haberse adoptado la Constitución de 2010, sin embargo, esta fue reformada para modificar de manera exclusiva la disposición relativa a la reelección presidencial. En el contexto de una alta popularidad del presidente Danilo Medina, del PLD, quien había ascendido al poder en las elecciones de 2012, sectores de su partido (PLD) comenzaron a plantear a principios de 2015 la necesidad de modificar la Constitución para permitir la reelección del presidente Medina. Este planteamiento generó fuertes tensiones con el sector de ese partido bajo el liderazgo del expresidente Fernández, quien sustentaba que la Constitución de 2010 había sido el resultado de un amplio consenso y que no debía reformarse para cambiar ese aspecto particular. En cambio, el sector bajo el liderazgo del presidente Medina argumentaba que la disposición sobre la reelección contenida en la Constitución de 2010 no reflejaba el sentir mayoritario de la población, tal como esta se expresó en las consultas llevadas a cabo en preparación de la Constitución de 2010. Eventualmente, esta última posición prevaleció en el PLD, con el apoyo de los legisladores del PRD y del Partido Reformista Socialcristiano (PRSC), de modo que el 13 de junio de 2015 se produjo la reforma constitucional para restablecer la fórmula que había sido adoptada en la reforma de 2002 y así permitir que el presidente Medina pudiese optar por un segundo mandato.

VII) CONCLUSIÓN

La cuestión constitucional ha sido sumamente relevante en la historia política dominicana. La proliferación de textos constitucionales –República Dominicana es uno de los países con más cambios constitucionales no solo en América Latina, sino alrededor del mundo– es expresión de

31 Cfr. Listín Diario, 15 de mayo de 2009, <http://www.listin.com.do/la-republica/2009/5/15/101285/El-Presidente-y-el-ex-candidato-del-PRD-pactan-siete-reformas>.



las vicisitudes de un desarrollo histórico marcado por el autoritarismo y la anarquía, el intervencionismo extranjero, las dictaduras extremas, el excesivo presidencialismo y las complejas luchas por la democracia y la libertad.

Lo constitucional ha estado en el centro de coyunturas políticas cruciales desde el momento fundacional de la nación hasta nuestros días. Las visiones ideológicas, aun precariamente, se han manifestado en luchas constitucionales entre liberales y conservadores, entre democracia y autoritarismo. Tras la muerte de Trujillo, la elección de Juan Bosch y el golpe de Estado contra este en 1963, la Constitución fue el símbolo articulador de la conciencia democrática y sirvió de base para movilizar amplios sectores en defensa de la democracia, la libertad y la soberanía nacional. Más adelante, durante la etapa de restructuración autoritaria luego de la intervención norteamericana de 1965, las luchas democráticas tomaron la forma de demandas por reformas constitucionales para apuntalar la soberanía popular, la separación de poderes, la preeminencia del poder civil sobre el poder militar, la independencia de la justicia, la protección de los derechos humanos y, en general, la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico.

El constitucionalismo social de la Constitución de 1963 fue abortado por sectores conservadores que se resistieron al cambio, si bien los actores reformadores no tomaron en cuenta los estreñimientos propios de la época y las circunstancias para propiciar sus reformas. El resultado fue, como se vio en el cuerpo de este texto, una polarización insalvable que terminó en la conspiración y el golpe de Estado contra el presidente Juan Bosch. Por su parte, la Constitución de 1966, adoptada en el contexto de una restructuración autoritaria del poder, negó el constitucionalismo progresista de 1963 y adoptó un modelo caracterizado por un hiperpresidencialismo que sirvió a los propósitos de Joaquín Balaguer, de tener un control cuasi absoluto del poder, si bien en el marco formal de un gobierno civil y una división de poderes que tuvo muy poca, o más bien ninguna, efectividad práctica.

A partir de la transición democrática de 1978, la República Dominicana ha ido construyendo un sistema político estable, con altos grados de gobernabilidad y legitimidad, dejando atrás la historia de violencia política, golpes de Estado, inestabilidad y gobiernos despóticos, si bien hay retos enormes en el orden económico, social e institucional.



Luego de reformas constitucionales puntuales en 1994 y 2002, la Constitución adoptada en 2010 recoge principios e instituciones que, de llevarse efectivamente a la práctica, pueden servir de marco para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho. Por supuesto, la adopción de un marco normativo no conlleva, necesaria y automáticamente, su efectividad práctica. La separación entre lo jurídico-formal y lo político-institucional ha sido pronunciada en la historia dominicana, aunque en los últimos tiempos se ha avanzado enormemente en acortar esa distancia entre una y otra dimensión. Para seguir avanzando en esa dirección se requiere no solo actos de voluntad, sino también, y principalmente, la sedimentación de valores, el cambio de comportamiento en los actores políticos y sociales, la construcción paciente de instituciones, la lealtad de todos al orden constitucional, así como la superación progresiva de la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaro Guzmán, Raymundo. *Constitución Política y Reformas Constitucionales: 1947- 1966*, Volumen 3. Santo Domingo: Publicaciones ONAP, 1982.
- Archivo General de la Nación. *Documentos para la Historia de la República Dominicana*, colección de E. Rodríguez Demorizi, Vol. I. Santo Domingo: Editora Montalvo, 1944.
- Atkins G., Pope. *Arms and Politics in the Dominican Republic*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1993.
- Balaguer, Joaquín. *Mensajes al Pueblo Dominicano*. Colección Discursos, Tomo VII. Barcelona: Industrias Gráficas Manuel Pareja, 1983.
- Bosch, Juan. *Crisis de la Democracia de América en la República Dominicana*. Santo Domingo: Editora Alfa & Omega, 1991.
- Brea, Ramonina. *Ensayo sobre la Formación del Estado Capitalista en la República Dominicana y Haití*. Santo Domingo: Editora Taller, 1983.
- Calder, Bruce J., *The Impact of Intervention: The Dominican Republic during the U.S. Occupation of 1916-1924*. Austin, Texas: The University of Texas Press, 1984.
- Constitución de la República Dominicana, Proclamada el 26 de enero de 2010. Santo Domingo: Tribunal Constitucional, 2013.
- Del Castillo, José. *Ensayos de Sociología Dominicana*. Santo Domingo: Editora Taller, 1989.



- Díaz, Juan Bolívar. *Trauma Electoral*. Santo Domingo: Editorial AA, 1996.
- Espinal, Flavio Darío. *Constitucionalismo y Procesos Políticos en la República Dominicana*. Santo Domingo: PUCMM-Colección Documentos, 2001.
- Espinal, Rosario. *Autoritarismo y Democracia en la República Dominicana*. San José, Costa Rica: IIDH/CAPEL, 1987.
- Fernández, Leonel. *Raíces de un Poder Usurpado: Radiografía del Proceso Electoral Dominicano de 1990*. Santo Domingo: Editora Alfa & Omega, 1991.
- Galíndez, Jesús de. *The Era of Trujillo*, editado por Russel H. Fitzgibbon. Tucson, Arizona: The University of Arizona Press, 1973.
- Gleises, Piero. *The Dominican Crisis*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1978.
- Guerrero, Miguel. *El Golpe de Estado: Historia del Derrocamiento de Juan Bosch*. Santo Domingo: Editora Corripio, 1993.
- Hartlyn, Jonathan. "Crisis Ridden Elections (Again) in the Dominican Republic: Neopatrimonialism, Presidentialism and Weak Electoral Oversight". *Journal of International Studies and World Affairs*. 36, Winter 1994.
- Jiménez, Félix. *¿Cómo fue el Gobierno de Juan Bosch?* Santo Domingo: Editora Alfa & Omega, 1988.
- Loveman, Brian. *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.
- Lozano, Wilfredo. *El Reformismo Dependiente*. Santo Domingo: Editora Taller, 1985.
- Monclús, Miguel Ángel. *El Caudillismo en la República Dominicana*. Santo Domingo: Editora del Caribe, 1962.
- Mouffe, Chantal. *The Return of the Political*. Londres: VERSO, 1993.
- Moya Pons, Frank. *Manual de Historia Dominicana*, 5ta edición. Santiago, R.D.: PUCMM-Colección Textos, 1992.
- O'Donnel, Guillermo. "Illusions About Consolidation". *Journal of Democracy*. Vol. 7 (No. 2) abril 1996.
- Oviedo, José y Rosario Espinal. *Democracia y Proyecto Social Demócrata en República Dominicana*. Santo Domingo: Editora Taller, 1986.
- Peña Batlle, Manuel Arturo. *Constitución Política y Reforma Constitucional, 1844- 1942*. Vols. I-II. Santo Domingo: Publicaciones ONAP, 1981.
- Ruiz Burgos, Víctor Eddy. *Los Gobiernos de la República Dominicana*. Santo Domingo: Publicaciones de la Biblioteca Nacional, 1993.
- Wells, Sumner. *Naboth's Vineyard: The Dominican Republic, 1844-1924*. New York: Payson & Clarke LTD, 1928.



Dra. Marisol Vicens

Doctora en Derecho (*Summa cum laude*) por la Universidad Iberoamericana (UNIBE), 1987. Realizó estudios de maestría en Derecho Civil, mención “*Trés Bien*”, y en Derecho Privado General, mención “*Bien*”, en la antigua facultad de Derecho de la Sorbona, L’Université de Droit, d’ Economie et Sciences Sociales de Paris (Paris II). Es socia senior de la firma de abogados Headrick, Rizik, Álvarez y Fernández. Vicesecretaria de la Junta de Directores del Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP) y consultora jurídica de la Asociación de Industrias de la República Dominicana (AIRD). Pasada presidente de la Junta Directiva de la Confederación Patronal de la República Dominicana (COPARDOM) y de la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios (ANJE), entre otras instituciones. Ha recibido múltiples reconocimientos por su trayectoria profesional y publica una columna semanal de opinión en el diario “*El Caribe*” desde el año 2004, en la cual trata tópicos de actualidad, sobre todo enfocados al área de institucionalidad, democracia y Estado de Derecho.

DRA. MARISOL VICENS BELLO

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA EN EL NUEVO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Introducción.

Agradezco al presidente y demás miembros del Tribunal Constitucional por haberme distinguido invitándome a ser parte de este importante panel, en el que tendré el honor de exponer sobre un tema de tanto interés como el de “La participación ciudadana como garantía de la democracia en el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho”.

La democracia y la participación ciudadana son dos conceptos en los que creo, defendiendo y por los que he trabajado, convencida como estoy de que en países de débil institucionalidad como el nuestro, el fortalecimiento de la vida democrática tiene que ser impulsado por una comprometida y activa participación ciudadana.

Existen múltiples definiciones sobre lo que es una democracia, pero nos parece muy atinada la que, de manera muy llana y clara diera Abraham Lincoln, “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Otros la definen como una forma de organización del Estado en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta, que confieren legitimidad a sus representantes.



La participación, como expresara Roger Hart, “es la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive”¹.

Generalmente se asocia el concepto de participación ciudadana con el derecho a elegir y a ser elegido, pero el mismo es mucho más abarcador y se ha extendido a muchas otras manifestaciones o actividades ciudadanas desde hace décadas en distintas partes del mundo.

En países con instituciones débiles como es el caso de la mayor parte de los de América Latina, la democracia muchas veces es de papel, pues en los hechos no existe un verdadero ejercicio de separación de poderes, de delegación y de representatividad porque no hay una acendrada cultura democrática que respete sus valores y principios; lo que muchos definen como Estado de Reglas por oposición al Estado de Derecho.

Es precisamente por estas falencias que en las últimas décadas en distintos países de Latinoamérica se ha creado un marco legal e institucional tendente a garantizar mayor participación ciudadana, a través de mecanismos denominados como de “democracia directa”, tales como plebiscitos, referéndums, iniciativa legislativa popular y revocación de mandatos, así como instancias públicas de consulta y deliberación.²

Esto ha propiciado lo que algunos autores denominan la democracia participativa, en contraposición con la democracia representativa, y la tendencia hacia democracias más participativas está relacionada con el hecho de que en muchos países las instituciones políticas representativas del Estado Democrático han perdido representatividad, credibilidad y confianza para procesar los reclamos ciudadanos. **La democracia exige una ciudadanía participativa y mecanismos para la participación de la sociedad, conceptos estos interdependientes, pues no es posible “encontrar una democracia genuina sin una ciudadanía plenamente asumida”.**³

Nuestra nueva Constitución promulgada el 26 de enero de 2010 presenta dos puntos clave sobre inclusión de la ciudadanía en la toma de decisiones.

1 Roger A. Hart, 1993.

2 Participación ciudadana institucionalizada y organizaciones civiles en Brasil: articulaciones horizontales y verticales en la política de asistencia social. Felipe Hevia, Revista de Estudios Sociales No. 39, abril de 2011, P. 192, Bogotá.

3 Participación ciudadana, democracia participativa y los nuevos movimientos sociales. Carlos Alberto Piña Loredo.



Uno, el artículo 2 que define el concepto de soberanía popular expresando que: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes, los cuales ejerce mediante sus representantes o en forma directa en los términos que establecen esta Constitución y las leyes”, el cual con algunas modificaciones ya estaba en la anterior Constitución.

Y el otro, la definición del Estado Social y Democrático de Derecho en el artículo 7: “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”, definición esta que constituye una novedad introducida por la Constitución del 2010.

La participación ciudadana. Sus instrumentos y matices.

Los sistemas políticos democráticos disponen de mecanismos de interacción con sus constituyentes. Estos mecanismos orientados a promover la participación ciudadana en la definición de asuntos de interés público más allá de la elección de representantes han incrementado su presencia en el escenario latinoamericano, como ya dijimos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Esto es, el incremento se observa tanto en el número de países que los han utilizado y/o incorporado a sus marcos normativos, como en la misma variedad de instituciones introducidas.

Inscribiéndose en esta tendencia la Constitución de 2010 incorporó diversos mecanismos de participación ciudadana, los cuales como analizaremos a lo largo de nuestra exposición todavía no están siendo cabalmente ejercidos.

Si bien es cierto que la existencia de mecanismos de participación ciudadana puede fortalecer la democracia, y aunque se tiende a pensar que cuanto mayor sea el nivel de participación ciudadana en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema, esto no es absoluto.

Pues, así como no basta que constitucionalmente se tenga un régimen democrático fundado en la separación e independencia de los poderes públicos para que haya una democracia plena, tampoco es suficiente con que la Constitución establezca mecanismos de participación ciudadana para que se haga realidad una verdadera democracia participativa.



Como hemos visto la democracia no reside solo en las reglas y los textos constitucionales plasmados en el papel, se requiere de una verdadera cultura democrática que asuma sus valores y principios. Al mismo tiempo, la participación ciudadana, si bien es un ejercicio democrático, tampoco asegura los niveles de democracia esperados ni todos los instrumentos creados para esta participación son garantes de la democracia, pues algunas veces pueden convertirse en meros simulacros de participación democrática controlados por los gobiernos.

Para que exista una verdadera participación ciudadana se requiere no solo de la voluntad de participar de los ciudadanos sino también del debido respeto de los derechos ciudadanos por quienes detentan la autoridad, como expresión de una cultura democrática real.

Sabemos que no siempre se logra motivar o convencer a un porcentaje importante de la ciudadanía para participar, puesto que unos por ignorancia, otros por apatía, algunos por frustración derivada de fracasos anteriores, otros por temor o por compromisos con el poder, no se deciden a participar.

También que un medio indispensable para lograr una participación más activa es la educación, para que la ciudadanía tenga un conocimiento pleno de sus derechos y se sienta empoderada para ejercerlos y exigir su respeto.

La participación ciudadana requiere “la combinación entre un ambiente político democrático y una voluntad individual de participar. De los matices entre esos dos elementos se derivan las múltiples formas y hasta la profundidad que puede adoptar la participación misma”.⁴

Estas múltiples expresiones de la participación fueron descritas por Sherry Arnstein, quien desarrolló la célebre teoría de la escalera de la participación⁵ en 1969 para evaluar los distintos grados de participación ciudadana. La escalera original creada por ella cuenta con ocho peldaños. Los más altos representan una verdadera participación con un mayor grado de poder de la ciudadanía. Los peldaños inferiores se consideran modelos de participación “engañosos”, “no-participación” o sustitutos de una verdadera participación, a saber:

4 Mauricio Merino. *La Participación Ciudadana en la Democracia*. Cuadernos de Divulgación de la Culturademocrática. Séptima impresión. Enero 2013.

5 “A Ladder of Citizen Participation”. Estados Unidos. 1969”. *Journal of the American Planning Association*, 35 (4):216–224.



Nivel de la no-participación.

Peldaño 1: **Manipulación.** Representa la distorsión de la participación como herramienta de quienes detentan el poder.

Peldaño 2: **Terapia.** Crean un entorno donde la ciudadanía se desahogue o se les trate, pero sin atender a su expresión.

Nivel del formulismo.

Peldaño 3: **Información.**

Peldaño 4: **Consulta.** Se crea un entorno de expresión de la ciudadanía sin el compromiso de tener en cuenta e incorporar sus opiniones a las decisiones finales.

Peldaño 5: **Aplacador.** Se aceptan algunas propuestas de la ciudadanía, pero sin permitirle ser partícipe real de las decisiones globales.

Nivel de la participación:

Peldaño 6: **Colaboración.** Es un proceso de negociación derivado de las demandas ciudadanas pero conducido por una minoría poderosa en todos sus ámbitos.

Peldaño 7: **Delegación de poder.** La ciudadanía cuenta con ámbitos en los que su opinión prevalece sobre la minoría poderosa.

Peldaño 8: **Control ciudadano.** La ciudadanía participa sin tutelaje alguno del gobierno.

Por su parte, Roger Hart desarrolló en 1992 los niveles en la escalera de la participación orientada para niños⁶.

Algunos estudiosos de países con años de experiencia en el uso de mecanismos de participación ciudadana como es el caso de México, consideran incluso que estos mecanismos hasta cierto punto han fracasado porque pueden ser desnaturalizados: “los mecanismos de participación ciudadana suelen burocratizar la democracia, en virtud de que siempre

6 Roger Hart. “Children’s Participation: The Theory and Practice of involving Young Citizens in Community Development and Environmental Care”. “Ladder of Children’s Participation”.1997. Estados Unidos. UNICEF (NewYork City).



existirán minorías lo suficientemente robustas y numerosas como para echar a andar los mecanismos referidos, con el fin de buscar sus propios intereses, sin que estos necesariamente tengan que ser ilegítimos, claro. En este sentido, una iniciativa enderezada con el fin de que sea discutido y aprobado un tema determinado en el parlamento para modificar una situación jurídica concreta puede tener perfectamente como respuesta una “contrarreforma” que busque exactamente lo opuesto, ya sea de manera simultánea o inmediatamente después de aprobada la reforma anterior.”⁷

Por todas estas razones decir que la participación ciudadana sea garantía de la democracia en el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho en la República Dominicana es una aspiración, un proceso en construcción que tiene muchos retos por delante y pocos avances que exhibir a la fecha.

Pero recordemos que, como dijera Winston Churchill, a pesar de sus falencias, “La democracia es el peor sistema de gobierno diseñado por el hombre. Con excepción de todos los demás”.

Mecanismos de participación ciudadana consagrados en nuestra Constitución y las leyes necesarias para su cabal cumplimiento.

La nueva Constitución de la República promulgada el 26 de enero de 2010 se inscribió en la tendencia latinoamericana, al ensanchar los derechos de la ciudadanía incorporando como tales mecanismos de participación ciudadana.

En este sentido, en el artículo 22, en adición a los derechos tradicionales de la ciudadanía que consagraba nuestra Constitución de elegir y ser elegido, se dispone lo siguiente:

“Derechos de ciudadanía. Son derechos de ciudadanas y ciudadanos: 1) Elegir y ser elegibles para los cargos que establece la presente Constitución; 2) Decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo; 3) Ejercer el derecho de iniciativa popular, legislativa y municipal, en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes; 4) Formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés pú-

7 José Martín Ramos Ruiz. La Falacia de los Mecanismos de Participación Ciudadana. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México.



blico y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto; 5) Denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.”

Estos nuevos derechos ciudadanos revisten particular importancia, pues constituyen instrumentos que deben hacer avanzar los niveles de participación ciudadana como garante de la democracia y el Estado Social y Democrático de Derecho, pero al mismo tiempo representan inmensos desafíos, pues sin una ciudadanía informada y presta a ejercer estos derechos, los mismos serían únicamente letra muerta. Por lo que como ciudadanos debemos procurar una activa participación, haciendo uso de los derechos que nos otorga la Constitución.

Sin embargo, aunque nuestra Constitución se inscribió tardíamente en la tendencia de incorporar instrumentos de participación ciudadana se quedó corta respecto del tema en comparación con otros países que adoptaron estos mecanismos hace ya unos años, como es el caso de Colombia, como veremos más adelante.

Todos sabemos que producto de la debilidad institucional y de la cultura de ilegalidad existente en nuestro país, los conceptos de soberanía popular, separación e independencia de los poderes públicos y los derechos fundamentales constituyen grandes retos respecto de los cuales todos los ciudadanos tenemos el compromiso de trabajar.

De la Constitución del 2010 emanaron distintos organismos e instrumentos democráticos como el Tribunal Constitucional, pero muchas de las disposiciones establecidas en esa Constitución, a más de 8 años de haber sido establecidas no han sido cumplidas o no pueden serlo, puesto que las leyes que deben regularlas no han sido aprobadas por el Congreso Nacional, como es el caso de los diversos instrumentos de participación ciudadana.

Por eso celebramos que el Tribunal Constitucional contribuya con la difusión de estos derechos y con el llamado de atención sobre la necesidad de aprobar todas las leyes necesarias para completar la Constitución vigente.

Es totalmente inexcusable que el Congreso que aprobó la Constitución no haya cumplido con su misión de legislar para aprobar todas las legislaciones necesarias para dar plenitud a los mandatos constitucionales.

Al presente no se ha aprobado la ley orgánica sobre derechos de participación ciudadana, a pesar de que se han depositado varios proyectos de



leyes, el último de los cuales fue depositado en el Senado de la República en fecha 8 de agosto de 2018⁸, ni se ha provocado el necesario debate para discutir las propuestas de la manera más inclusiva y abierta.

El referido proyecto de ley de participación ciudadana y mecanismos de control social define la participación ciudadana como “el derecho que tienen los ciudadanos a formar parte de la vida social, política, económica y cultural de su comunidad, con la finalidad de influir en la formulación y toma de decisiones gubernamentales, mejorando la calidad de vida de los ciudadanos.”⁹

Y en su artículo sexto expresa que los mecanismos de participación ciudadana se clasifican en mecanismos de participación nacional y local, siendo los de participación nacional los siguientes: a) iniciativa legislativa popular; b) referendo aprobatorio constitucional; c) referendo ordinario; d) plebiscito nacional, y los de participación local: a) iniciativa normativa municipal; b) referendo local; c) plebiscito local; d) presupuesto participativo; e) cabildo abierto.

Por otra parte, este artículo sexto del proyecto de ley detalla los siguientes mecanismos de participación y control ciudadano: a) acceso a la información pública; b) vistas públicas; c) derecho de petición; d) consultas populares; e) veedurías ciudadanas; f) comisiones de auditoría social; g) observatorios; h) demanda en rendición de cuentas; i) denuncia de faltas.

A continuación, analizaremos los instrumentos de participación ciudadana contemplados por nuestra Carta Magna y evaluaremos su aplicación haciendo énfasis en la revisión de los proyectos de leyes pendientes de aprobación o las leyes ya promulgadas, así como haciendo un ejercicio de derecho comparado respecto de estos.

Referendos.

Una de las mayores novedades adoptadas en la Constitución del 2010 fue la figura del referendo, existente en muchos países del mundo desde hace tiempo.

8 Existe otro proyecto anterior, titulado como “Ley Orgánica que regula el Referendo Aprobatorio Constitucional, el Referendo consultivo y el Plebiscito Nacional”, depositado en el Senado de la República en fecha 25 de julio de 2016.

9 Artículo 5, numeral 14.



El referéndum es el acto mediante el cual el electorado aprueba o desaprueba ciertas decisiones de los órganos legislativos del Estado, y puede ser considerado, normalmente, como una votación popular que se diferencia del plebiscito por una mayor regularidad, y por lo tanto puede ser objeto de disciplina constitucional. Este mecanismo de participación es considerado además, como el principal instrumento de la democracia directa, puesto que mediante tal institución el pueblo, o más exactamente el cuerpo electoral, participa por vía consultiva o deliberativa en el proceso de decisión.¹⁰

Esta figura es descrita en nuestra Constitución en distintos artículos.

En primer lugar, el artículo 208 consagra como un derecho y un deber ciudadano participar en referendos: “Es un derecho y un deber de ciudadanas y ciudadanos el ejercicio del sufragio para elegir a las autoridades de gobierno y para participar en referendos...”

Los referendos a su vez son definidos en el artículo 210, el cual establece que estarán regulados por una ley, aunque estableciendo los límites de estos de manera muy clara para excluir la posibilidad de referendos revocatorios de mandato como existen en algunos países de Latinoamérica y someterlos a aprobación previa por el Congreso.

“Artículo 210.- Referendos. Las consultas populares mediante referendo estarán reguladas por una ley que determinará todo lo relativo a su celebración, con arreglo a las siguientes condiciones: 1) No podrán tratar sobre aprobación ni revocación de mandato de ninguna autoridad electa o designada; 2) Requerirán de previa aprobación congresual con el voto de las dos terceras partes de los presentes en cada cámara.”

Como expresado antes, nuestra Constitución, a pesar de haber acogido tardíamente estos instrumentos de participación ciudadana, limitó mucho sus efectos, en contraste con lo que disponen otras cartas sustantivas.

Decimos esto porque por ejemplo en el caso de la Constitución colombiana¹¹, el resultado de los referendos es vinculante, conforme se dispone en el artículo 104, el cual expresa lo siguiente:

10 Hans-Jurgen Puhle: Crisis y cambios de los partidos catch-all, en Partidos Políticos -Viejos Conceptos y Nuevos Retos, pág. 83. Alemania.

11 Constitución Política de Colombia, 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016.



“Artículo 104. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección.”

En el caso nuestro, la Constitución no señala que la decisión del pueblo será obligatoria y por tanto, la decisión sobre si la misma será o no vinculante, dependerá de lo que disponga la ley que sea dictada al efecto, lo que le resta eficacia y fortaleza a este importante mecanismo.

En el referido proyecto de ley de participación ciudadana en su última versión depositada se expresa que:

“Artículo 31.- Vinculación. La decisión del referendo ordinario es vinculante a todos los poderes del Estado, debiendo seguir para su entrada en vigencia los procedimientos y plazos establecidos en la Constitución.”

Por esto es tan importante que la sociedad civil y toda la ciudadanía se interese en este proyecto de ley y exija que sus disposiciones garanticen la eficacia de estos instrumentos, como por ejemplo consagrando que las decisiones del referendo ordinario serán obligatorias y vinculantes. Como reza el mismo proyecto de ley al definir vinculación en su artículo cuarto, numeral 12): “Es importante que las acciones y decisiones tomadas en el ejercicio de los derechos de participación ciudadana y mecanismos de control social tengan un carácter vinculante para las autoridades, pasando de ejercicios de participación meramente consultivos a una participación efectiva”.

Cada vez más en distintos países se utiliza el mecanismo del referendo para consultar a la población decisiones de gran trascendencia o sobre temas respecto de los cuales la sociedad está dividida. Tanto en Europa, como es el caso del referendo convocado en el Reino Unido, para decidir sobre la permanencia en la Unión Europea conocido como Brexit, que copó la atención no solo de ese país y continente, sino del mundo entero, así como en Latinoamérica, por ejemplo, recientemente en Colombia se celebró un referendo para consultar a la población sobre el endurecimiento de las sanciones contra la corrupción¹².

12 Aunque no se consiguió superar el umbral de más de 12 millones de votantes (el 33 % del censo) que necesitaba para ser aprobada, obtuvo según datos publicados por El País, 11.645.000 votos, votación



Debemos reclamar que este derecho ciudadano, consagrado por la Constitución, pueda ser ejercido para que se produzcan estas consultas sobre temas que lo ameriten, como se ha sugerido debería haberse hecho en relación con el derecho a la vida y la penalización del aborto prevista en el Código Penal.

Por otra parte, el artículo 272 de la Constitución se refiere a la utilización del referendo aprobatorio en relación con modificaciones a la Constitución, disponiendo que la celebración de este será obligatoria cuando la reforma verse sobre determinados aspectos, a saber:

“Referendo aprobatorio. Cuando la reforma verse sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución, requerirá de la ratificación de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas con derecho electoral, en referendo aprobatorio convocado al efecto por la Junta Central Electoral, una vez votada y aprobada por la Asamblea Nacional Revisora.

Párrafo I.- La Junta Central Electoral someterá a referendo las reformas dentro de los sesenta días siguientes a su recepción formal.

Párrafo II.- La aprobación de las reformas a la Constitución por vía de referendo requiere de más de la mitad de los votos de los sufragantes y que el número de éstos exceda del treinta por ciento (30 %) del total de ciudadanos y ciudadanas que integren el Registro Electoral, sumados los votantes que se expresen por “SÍ” o por “NO”.

Párrafo III.- Si el resultado del referendo fuere afirmativo, la reforma será proclamada y publicada íntegramente con los textos reformados por la Asamblea Nacional Revisora.”

La forma de revisión de nuestra Constitución ha variado en el tiempo, desde nuestra primera Carta Magna del 6 de noviembre de 1844, la cual

significativa si se toma en cuenta que el actual presidente de Colombia consiguió 10.398.689 votos en una elección que consiguió que más del 50 % del censo saliera a votar. En el plebiscito sobre el acuerdo de paz, en octubre de 2016, acudieron a las urnas poco más de 13 millones. Edición digital diario El País, La consulta anticorrupción en Colombia no supera (por poco) el umbral para ser aprobada. Lunes 27 de ago. de 2018.



estableció que quedaba en manos de los legisladores; la revisión constitucional del 16 de diciembre de 1854 que dispuso que la revisión se haría de oficio cada diez años; la reforma del 14 de noviembre de 1865 que aunque mantuvo en manos de los órganos congresuales la modificación constitucional estableció que la misma no podría modificarse sino solo cuando un caso de utilidad pública lo requiriera; la del 14 de junio de 1907 que por primera vez dispuso la elección de una Asamblea Constituyente encargada de la reforma constitucional en la que participaran ciudadanos electos por vía directa, modelo que se repitió con variantes en otras reformas y que finalmente fue abandonado desde 1959¹³.

A ocho años de la aprobación del referendo en la Constitución de 2010 no solo no se ha aprobado la ley para regular los referendos, sino que ha surgido un debate entre juristas, muy matizado de pasiones políticas, sobre las modificaciones a la Constitución que requieren del referendo aprobatorio, como es el caso de la revisión del artículo 124 de la Constitución sobre la elección presidencial¹⁴.

Y es que también en relación con este aspecto de la aprobación de reformas constitucionales mediante referendos nuestra Constitución quedó por debajo de lo previsto en otras Constituciones que no dejan margen de dudas, sobre todo en un tema tan altamente recurrente y conflictivo en nuestras naciones como este, como es el caso de la colombiana, la cual dispone que:

*“Artículo 197. Acto Legislativo 02 de 2015, Artículo 9°. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cubre al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. **La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.**”*

13 El referendo aprobatorio de la reforma constitucional, Ramón Pina Acevedo M., (1 de 2), Listín Diario, La República, edición del 19 de abril de 2015.

14 Artículo 124.- Elección presidencial. El Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente o la Presidenta de la República, quien será elegido o elegida cada cuatro años por voto directo. El Presidente o la Presidenta de la República podrá optar por un segundo período constitucional consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la Vicepresidencia de la República.



Como vemos, en la Constitución colombiana se pone en manos de la mayoría de los ciudadanos la decisión sobre la revisión de la prohibición de la reelección, pues se expresa claramente que solo podrá ser revisada por referendo o asamblea constituyente, esto es, asamblea conformada por ciudadanos electos a los fines. Otro aspecto en el que nuestra constitución se quedó corta, pues no consagra como sí dispone la colombiana, la posibilidad de reformar la Constitución mediante asamblea constituyente¹⁵.

Una disposición similar a la que existe en la Constitución colombiana hubiese sido de gran utilidad para contribuir con nuestro fortalecimiento democrático, sobre todo porque en nuestro país la Constitución ha sido incluso tildada de pedazo de papel por la reiterada actitud de nuestros gobernantes de no aceptar los límites que la misma les impone y modificarla a su conveniencia para extender su permanencia en el poder.

Es importante recordar que como expresara recientemente el presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Milton Ray Guevara, “Los mecanismos de control constitucionales se diseñan pensando en los malos gobernantes, y para evitar que los buenos se conviertan en malos”.¹⁶

Por eso necesitamos construir una cultura de respeto a la Constitución, como garantía fundamental de la democracia y exigir cabal cumplimiento de los derechos de participación ciudadana.

Otro aspecto respecto del cual nuestra Constitución se quedó atrás en relación con los referendos es que en Colombia los ciudadanos pueden derogar una ley mediante un referendo,¹⁷ salvo las que expresamente se señala que no pueden ser derogadas mediante esta clase de consulta.

En nuestro país la posibilidad de que los ciudadanos puedan realizar consultas populares quedó establecida mediante la Ley 136-15, que analizaremos más adelante.

15 Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

16 Conferencia “Sánchez Ramírez: aporte esencial a la identidad nacional”, reseñada en el diario El Caribe, edición de fecha 25 de agosto de 2018, página 6.

17 “Artículo 170. Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral. No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias.”



La República Dominicana, en adición a haber acogido tardíamente en comparación con otros países de Latinoamérica la figura del referéndum y de haberse quedado corta en muchos aspectos, lamentablemente tampoco ha podido implementar la misma, pues a casi una década de haber sido incorporada en nuestra Carta Magna aún no se ha aprobado la ley para regular los referendos, aunque diversos proyectos de leyes han cursado en el Congreso Nacional, entre estos el Proyecto de ley Orgánica sobre derechos de participación ciudadana, el proyecto de ley orgánica que regula el referendo aprobatorio constitucional, el referendo consultivo y el plebiscito nacional¹⁸, el proyecto de ley orgánica sobre derechos de participación ciudadana y mecanismos de control social¹⁹.

Esto es un punto importantísimo para la participación ciudadana que requiere de seguimiento por parte de las instituciones de la sociedad civil y la ciudadanía en general, para reclamar la aprobación de la ley que permita su puesta en ejecución, y es injustificable que a más de ocho años de haberse aprobado la nueva Constitución y habiéndose incluso modificado la misma en el año 2015 para establecer la posibilidad de la reelección por un mandato consecutivo, esta ley no se haya aprobado.

Debemos exigir que esta legislación sea aprobada sobre todo ante el constante fantasma de la modificación de la Constitución ante la aproximación del fin de cada cuatrienio de gobierno, como está aconteciendo actualmente, pues uno de los aspectos en discusión es si debe convocarse un referendo para la ratificación de una modificación constitucional que verse sobre la posibilidad de reelegirse, artículo 124 de la Constitución, dado que se trataría de “derechos”, específicamente del derecho a ser elegido. Independientemente de que en el año 2015 se haya aprobado la reforma sin realizar un referendo, la discusión existe y argumentos de mucho peso han sido presentados para defender la posición de que se requiere el referendo aprobatorio.

Por eso es indispensable que la ley que regula los referendos esté aprobada previo a discutir siquiera la posibilidad de cualquier nueva revisión a nuestra Constitución, y en este aspecto es que debe centrarse el debate y la atención ciudadana.

18 Introducido al Congreso Nacional en fecha 25 de julio de 2016.

19 Introducido al Congreso Nacional en fecha 8 de agosto de 2018.



El jurista Ramón Pina Acevedo expresó que “toda reforma en el sistema electoral que toque los derechos ciudadanos de elegir y ser elegido está tocando derechos fundamentales y la reforma, si se hace, ha de ser sometida a la aprobación por vía de referendo aprobatorio”, e igualmente en relación con el artículo 272 de la Constitución señaló que: “Y es oportuno el estudio de este texto y la razón por la cual se introdujo en nuestra Constitución por primera vez en nuestra historia, en lo que a mí se me ocurre pensar que ha sido un reconocimiento de nuestro constituyente que al privar al pueblo de su intervención directa en la modificación de nuestra Carta Magna, se le restituye este derecho al darle participación de la reforma realizada”.²⁰

De hecho, como algunos cuestionan que la disposición transitoria insertada en la reforma a la Constitución llevada a cabo en el año 2015 en relación con la modificación del artículo 124²¹ atenta contra un derecho fundamental²², esto fortalece la tesis de que cualquier modificación sobre este artículo 124 o el derecho a ser elegido debería ser sometida a referendo aprobatorio. El Tribunal Constitucional falló recientemente, declarando inadmisibles la acción directa de inconstitucionalidad contra la disposición transitoria vigésima de la Constitución, “en razón de la imposibilidad de declarar inconstitucional la propia Constitución”.²³

En adición al concepto general de referendos la Constitución se refiere a esta figura dentro del ámbito de los gobiernos locales, al incluirlo como un mecanismo directo de participación local.

En este sentido, el artículo 203, titulado Referendo, plebiscitos e iniciativa normativa municipal dispone que: “La Ley Orgánica de la Administración Local establecerá los ámbitos, requisitos y condiciones para el ejercicio del referendo, plebiscito y la iniciativa normativa

20 El referendo aprobatorio de la reforma constitucional, Ramón Pina Acevedo M., (2 de 2), Listín Diario, La República, edición del 20 de abril de 2015.

21 Vigésima disposición transitoria: En el caso de que el Presidente de la República correspondiente al período constitucional 2012-2016 sea candidato al mismo cargo para el período constitucional 2016-2020, no podrá presentarse para el siguiente período ni a ningún otro período, así como tampoco a la Vicepresidencia de la República.

22 La Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa realizó un informe en fecha 17 de marzo de 2018 a solicitud de la organización de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto a la modificación de términos presidenciales en América Latina, concluyendo que la reelección en sistemas presidenciales y semipresidenciales no representa un derecho humano.

23 Sentencia TC/0352/18 de fecha 6 de septiembre de 2018.



municipales, con el fin de fortalecer el desarrollo de la democracia y la gestión local”.

Es preciso destacar que la Constitución de 2010 dispone una gestión descentralizada y diversos mandatos para importantizar y fortalecer a los gobiernos locales como instrumentos fundamentales de la democracia, así como disponiendo mecanismos directos de participación local.

Esto así porque la participación ciudadana puede tener una mayor expresión en los gobiernos locales, haciendo que los ciudadanos participen directamente de decisiones importantes que los afectan.

En muchos países de la región en los cuales se ha institucionalizado la participación ciudadana, como es el caso de Brasil, un factor preponderante para el avance de la participación, sin lugar a duda, ha sido la descentralización.

Algunos de estos instrumentos de participación ciudadana a nivel local estaban ya contenidos en la Ley No. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, como es el caso de los presupuestos participativos, a los cuales se les ha dotado de rango constitucional.

En este tenor el artículo 206 de la Constitución dispone: “**Presupuestos participativos.** La inversión de los recursos municipales se hará mediante el desarrollo progresivo de presupuestos participativos que propicien la integración y corresponsabilidad ciudadana en la definición, ejecución y control de las políticas de desarrollo local”.

Esta disposición reviste mucha importancia pues si bien el presupuesto general de la Nación es aprobado por el Congreso por mandato delegado, en el caso de los gobiernos locales se dispone que debe haber presupuestos participativos en cuya definición los ciudadanos puedan participar.

En esa misma tendencia el artículo 204 de la Constitución²⁴, en el capítulo relativo a la “Gestión Descentralizada” dispone la transferencia de competencias y recursos a los municipios, de forma que los gobiernos locales puedan cada vez estar más empoderados y a la vez los ciudadanos puedan tener cada vez mayor grado de incidencia en las políticas locales.

24 Artículo 204: “El Estado propiciará la transferencia de competencias y recursos hacia los gobiernos locales, de conformidad con esta Constitución y la ley. La implementación de estas transferencias conllevará políticas de desarrollo institucional, capacitación y profesionalización de los recursos humanos”.



Este también es uno de los retos pendientes a más de ocho años de haberse promulgado la Constitución de 2010, pues el gobierno central no ha transferido ni las competencias ni los recursos que deben ser transferidos a los gobiernos locales, por el contrario, siguen centralizándose en el Poder Ejecutivo funciones propias de los gobiernos locales.

Recientemente, el Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo, Isidoro Santana, en la Reunión de la Mesa Directiva del Consejo Regional de Planificación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) celebrada en Santo Domingo los días 29 y 30 de agosto de 2018, expresó que “necesitamos un Estado más descentralizado” y que “le preocupa la alta centralización del Estado y el débil poder de decisión de los municipios, que influyen directamente en la planificación territorial”²⁵.

Actualmente se está discutiendo un anteproyecto de Ley Orgánica de la Administración Local y el Régimen Territorial bajo la coordinación del Ministerio de la Presidencia, lo que llama la atención puesto que si existe un mandato constitucional de descentralización y los gobiernos locales son autónomos no debería ser el gobierno central el que estuviera a cargo de la redacción de dicho anteproyecto, pues es obvio que habrá resistencia a descentralizar por parte del gobierno central.

En la versión a la que tuvimos acceso del referido anteproyecto solo se menciona la palabra descentralización en el artículo 3 relativo a las definiciones y no hay ningún contenido a su respecto²⁶, lo que evidencia la poca voluntad de cumplir con el mandato constitucional de descentralización y la necesidad de que este anteproyecto de ley sea objeto de revisión por parte de la sociedad civil para asegurar que el mandato constitucional de transferencia de competencias y recursos a los gobiernos locales sea cumplido de forma efectiva.

Por otra parte, el referido anteproyecto contempla disposiciones sobre los mecanismos de participación ciudadana a nivel local.²⁷

25 Diario Libre, edición del 6 de septiembre de 2018, página 10.

26 Descentralización. Proceso que busca transferir funciones, competencias y recursos, gradualmente y según su complejidad, a los gobiernos locales y que involucra a la totalidad de los entes de la administración pública.

27 Artículo 209.- Vías de Participación Social. La participación social en los asuntos municipales se podrá llevar a cabo por las siguientes vías:

a) El derecho de petición.



Ejercer el derecho de iniciativa popular, legislativa y municipal en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes.

La iniciativa legislativa tradicionalmente estaba limitada a los siguientes actores en nuestro país, conforme se dispone en el artículo 96 de la Constitución: “Iniciativa de ley. Tienen derecho a iniciativa en la formación de las leyes: 1) Los senadores o senadoras y los diputados o diputadas; 2) El Presidente de la República; 3) La Suprema Corte de Justicia en asuntos judiciales; 4) La Junta Central Electoral en asuntos electorales”.

Uno de los instrumentos más trascendentales para garantizar mayor participación ciudadana que prevé la Constitución de 2010 es precisamente el de la iniciativa legislativa popular.

La iniciativa popular es el derecho o la facultad que tiene un número determinado de ciudadanos con derecho a voto de presentar al congreso o parlamento un proyecto de ley, para que los legisladores lo discutan, aprueben, enmienden o desapruében según el trámite ordinario de elaboración de las leyes²⁸.

En efecto, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución, “Se establece la iniciativa legislativa popular mediante la cual **un número de ciudadanos y ciudadanas no menor del dos por ciento (2 %) de los inscritos en el registro de electores, podrá presentar proyectos de ley ante el Congreso Nacional.** Una ley especial establecerá el procedimiento y las restricciones para el ejercicio de esta iniciativa”.

Tomando como referente el padrón electoral del año 2016, el cual contiene 6 millones 765 mil electores inscritos, el 2 % serían 135,300 ciudadanos, lo que es un número alcanzable.

Mediante la Ley No. 136-15²⁹ se reguló la Iniciativa Legislativa Popular, pero, aunque la misma está en vigencia, todavía está pendiente de

-
- b) El referéndum municipal.
 - c) El plebiscito municipal.
 - d) La iniciativa normativa popular municipal.
 - e) El cabildo abierto.
 - f) El presupuesto participativo.

28 Belarmino Ramírez Morillo, *Derecho Constitucional, Control de la Constitución y Derecho Electoral*, Fundación de Estudios Sociopolíticos, Jurídicos y Económicos, 2010. República Dominicana.

29 G. O. No. 10808 del 7 de agosto de 2015.



aprobación el reglamento que debe dictar la Junta Central Electoral (JCE) sobre todo lo concerniente al procedimiento interno de las iniciativas legislativas populares dentro de esa institución³⁰.

Esta Ley 136-15 ha tenido muy poca difusión y la mayoría de los ciudadanos desconoce que tiene este derecho y que debe cumplir con los requisitos y procedimientos previstos en la misma para ejercerlo. Tampoco se conoce que su implementación pende de un reglamento que debió ser emitido por la JCE en un plazo de 60 días, conforme dispone dicha ley, el cual según hemos indagado en dicha institución no ha sido dictado y tampoco se tiene un borrador sometido a consulta.

La Cámara de Diputados abrió, a finales del año pasado, una Oficina Legislativa Ciudadana (OLCI)³¹, dependencia creada como un plan piloto para tramitar la recepción institucional de propuestas de ley y de resoluciones provenientes de los ciudadanos y entidades privadas, sin hacer ninguna mención de la Ley 136-15. Según información publicada en la página Web de dicha institución a la fecha se han recibido once iniciativas. No hay evidencia de que esos proyectos presentados por ciudadanos y asociaciones hayan agotado el procedimiento previsto en la Ley 136-15 y que vayan a tener el tratamiento previsto en la misma. Nos parece que esto es algo que se está haciendo en paralelo, como un plan piloto o ensayo, y no como cabal ejecución del derecho regulado en dicha ley ante la ausencia del reglamento.

Entendemos que una vez más el Tribunal Constitucional cumple con su rol de difundir la Constitución y educar a los ciudadanos sobre la misma con la inclusión de tan importante tema en este panel,

30 “Única. - Reglamentación. La Junta Central Electoral reglamentará en un plazo de sesenta días, a partir de la publicación de la presente ley, todo lo concerniente al procedimiento interno de las iniciativas legislativas populares dentro de esa institución”. En investigación llevada a cabo por ante la JCE nos informaron que al parecer ese reglamento no se ha aprobado porque quizás como la ley fue promulgada previo al cambio de autoridades en la JCE y próximo al torneo electoral de 2016, se quedó en el tintero.

31 En la página de la Cámara de Diputados, en la sección relativa a la Oficina Legislativa Ciudadana se indica que la misma “es un espacio de recepción de propuestas, opiniones e inquietudes de la ciudadanía, establecida como proyecto piloto bajo la dependencia del Departamento de Planificación y Desarrollo Institucional, en coordinación con el Centro de Representación y el Departamento de Coordinación Comisiones, concebida por iniciativa del Presidente de la Cámara de Diputados Rubén Maldonado Díaz, para facilitar la participación de la ciudadanía en la elaboración de propuestas legislativas, por ante la Cámara de Diputados y fomentar la vinculación ciudadana en el proceso de estudio de las iniciativas legislativas en trámite”.



y aprovechando la oportunidad que nos conceden utilizamos este foro para hacer un llamado a la Junta Central Electoral, para que dentro de su apretada lista de pendientes, de cara a los próximos comicios y ante la aprobación de la nueva Ley de Partidos Políticos³², incluya la aprobación de este reglamento sobre la iniciativa legislativa popular a la mayor brevedad, para que pueda hacerse un uso eficiente de esta herramienta de participación ciudadana.

Conforme al mandato constitucional esta ley prevé las restricciones a la iniciativa legislativa popular. En este sentido, la misma dispone que:

“Artículo 8.- Restricciones. Las iniciativas legislativas populares no pueden regular las siguientes materias:

- 1) Reformas constitucionales.
- 2) Normas tributarias o presupuestales.
- 3) Regímenes salariales.
- 4) Defensa nacional.
- 5) Normas de relaciones internacionales.
- 6) Estructura y organización de los poderes públicos.
- 7) Régimen Económico, Monetario y Financiero.
- 8) Asuntos de organización territorial.
- 9) Régimen Electoral...”

Tomando en cuenta que la iniciativa legislativa popular no tiene que ser acogida por el Congreso, el cual es quien decidirá sobre el aspecto de que se trate, encontramos que la lista de restricciones es demasiado amplia.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley No. 136-15, existirá una comisión proponente de la iniciativa legislativa, a saber:

“Artículo 10.- Comisión Proponente. La Comisión Proponente es la encargada de representar a los ciudadanos que se adhieran a una determinada iniciativa legislativa popular y los representan en los trámites pertinentes ante la Junta Central Electoral y el Congreso Nacional. Esta Comisión designará entre sus miembros uno o varios expositores autorizados, a los fines procedentes”.

32 Ley No. 33-18, G. O. No. 10917 del 15 de agosto de 2018.



La validación de firmas necesarias será efectuada por la JCE conforme las disposiciones previstas en la ley, en un plazo de 30 días hábiles que podrá ser extendido hasta 15 días hábiles más.³³

Una disposición que llama la atención, porque podría ser un exceso de la ley que conculca el derecho ciudadano, es el plazo de perención para la aprobación del proyecto previsto en el artículo 28 de la ley, el cual dispone que:

“Artículo 28.- Perención. Cuando un proyecto de ley perima en una de las cámaras, la Comisión Proponente, uno o varios de los firmantes, mediante comunicación escrita, podrá reintroducirlo, sin necesidad de acudir a nueva recolección de firmas.

Párrafo.- Si transcurriera una legislatura sin que el proyecto de ley fuera reintroducido por la Comisión Proponente, por uno o varios de los firmantes, el trámite iniciará de nuevo con la validación de firmas ante la Junta Central Electoral”.

Entendemos que esta disposición vulnera el derecho ciudadano ordenado por la Constitución, porque ya de por sí son muchos los pasos y trámites que hay que agotar en adición al proceso mismo de redacción del anteproyecto, el cual debe hacerse de acuerdo con el artículo 13 de dicha Ley conforme la estructura que impone el Manual de Técnica Legislativa de las Cámaras del Poder Legislativo, como para obligar a la Comisión Proponente a reintroducir el proyecto o de lo contrario, obligándola a tener que realizar, cada vez que perima el proyecto, un proceso de validación que sería inútil e injustificado, porque el porcentaje de electores requerido por la Constitución ya se alcanzó, lo que no debería ser objeto de caducidad, y no hace sentido condicionar la vigencia del proyecto a nuevas validaciones de los electores.

33 **Artículo 19.- Plazo para la validación de firmas.** La Junta Central Electoral dispone de un plazo de hasta treinta días hábiles, a partir de la recepción de los documentos, para validar las firmas y el número de ciudadanos con derecho electoral firmantes de la iniciativa legislativa popular.

Párrafo I.- De manera excepcional, la Junta Central Electoral puede extender este plazo por hasta quince días hábiles. **Párrafo II.-** Transcurridos los plazos establecidos, sin que se haya concluido con el proceso de validación a cargo de la Junta Central Electoral, la Comisión Proponente o cualquiera de las personas firmantes podrá ejercer las acciones correspondientes que le confiere la Constitución y las leyes.



Es importante tener en cuenta que esta iniciativa popular es para ciudadanos que no son legisladores y no tienen toda la información necesariamente para estar al tanto cada vez que un proyecto haya perimido, por lo que no debió castigarse a la Comisión Proponente, sino más bien declarar que el proyecto no se considerará perimido o que bastaría con una carta para reintroducirlo una y otra vez, sin tener que volver a validar firmas dentro de un plazo razonable que podría ser el tiempo del mandato constitucional de las autoridades congresuales, por ejemplo, de 4 años³⁴.

Debemos recordar que esta iniciativa legislativa popular en nada garantiza que el texto de ley será conocido, discutido o aprobado, por lo que imponer tantas restricciones luce excesivo y puede desincentivar a la ciudadanía a agotar todos los esfuerzos y recursos que esto conlleva sin garantía de éxito.

Por todas esas razones entendemos que este artículo podría ser objeto de una acción directa en inconstitucionalidad.

En el caso de Colombia estas iniciativas están reguladas mediante la Ley 134 de 1994 sobre mecanismos de participación ciudadana, la cual establece disposiciones importantes para garantizar la eficacia de la iniciativa legislativa popular en vez de limitaciones como sucede con la ley nuestra. En este sentido, el artículo 30 de la misma establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 30. REGLAS PARA EL TRÁMITE DE INICIATIVAS POPULARES LEGISLATIVAS Y NORMATIVAS ANTE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS. Para garantizar la eficacia de la participación ciudadana durante el trámite de la iniciativa popular legislativa y normativa en la corporación respectiva, se respetarán las siguientes reglas:

1. La iniciativa popular será estudiada de conformidad con lo establecido en el reglamento de la corporación respectiva y se aplicarán las disposiciones establecidas en el artículo 163 de la Constitución Política para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia.

34 En el padrón electoral de 2016, el cual contiene 6 millones 765 mil electores inscritos, el 2 % serían 135,300 ciudadanos. Según se ha informado el padrón electoral para las elecciones del 2020 ya supera los 7,314,940 inscritos según información publicada en el diario El Caribe, edición del 12 de septiembre de 2018, página 12. Respecto de esta cifra el 2 % sería 146,298 ciudadanos, lo que evidencia que aun para un período de 4 años el cambio no es significativo.



En el caso de la iniciativa popular de acto legislativo presentada por el 20% de los concejales o diputados del país se aplicará el trámite previsto en el artículo 375 de la Constitución.

2. El vocero deberá ser convocado a todas las sesiones en que se tramite el proyecto y ser oído en todas las etapas del trámite.

3. El vocero podrá apelar ante la plenaria cuando la comisión respectiva se haya pronunciado en contra de la iniciativa popular.

4. Cuando la respectiva corporación no dé primer debate a una iniciativa popular legislativa o normativa durante una legislatura y ésta deba ser retirada, se podrá volver a presentar en la siguiente legislatura. En este caso, seguirán siendo válidas las firmas que apoyan la iniciativa popular, y no será necesario volver a recolectarlas.

Las firmas ciudadanas que apoyen iniciativas que al momento de entrar en vigencia la presente Ley, se encuentren en tránsito en cualquier Corporación seguirán siendo válidas por un año más”.

Por su parte la Constitución peruana³⁵ también contempla la iniciativa legislativa como un derecho fundamental de la persona en su artículo segundo numeral 17³⁶ y la ley³⁷ que regula la misma dispone:

“Artículo 13o.-El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 120 días calendarios.” “Artículo 16o.- El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley.

Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación”.

Como vemos, tanto la legislación colombiana como la peruana contienen disposiciones que, en vez de restringir este derecho ciudadano de

35 Constitución Política del Perú – 1993.

36 Artículo 2, numeral 17: “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

37 Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Ley N° 26300.



iniciativa popular como hace nuestra Ley 136-15, aseguran su efectividad y el cabal cumplimiento del nivel de participación dado por la Constitución.

Otro texto de la referida ley 136-15 que entendemos podría estar viciado de inconstitucionalidad es el del artículo 12 relativo a la notificación, el cual, copiado a la letra, reza:

“Artículo 12.- Notificación. La Comisión Proponente notificará al Congreso Nacional y a la Junta Central Electoral, vía las secretarías generales de dichos organismos, la intención de tramitar una iniciativa legislativa popular conforme a los parámetros constitucionales y legales establecidos.”

Nos parece innecesario que previo a someter la iniciativa se tenga que notificar al Congreso Nacional y a la JCE, lo que podría prestarse a actuaciones contrarias al espíritu de la Constitución, pues podrían articularse acciones tendentes a impedir que la Comisión Proponente obtenga las firmas de apoyo. Como hemos señalado antes, la experiencia en otros países evidencia que algunos de estos mecanismos pueden ser desnaturalizados por las autoridades, lo cual es un riesgo cierto que debe evitarse y no propiciarse, como podría ser el caso con una disposición como esta.

De hecho, el artículo 15 de la Ley dispone que la Comisión Proponente debe hacer un aviso público, manifestando el impulso de la iniciativa legislativa popular, por lo que resulta excesivo y podría tener efectos contraproducentes el mandato de notificación antes referido.

Será interesante conocer la opinión del Tribunal Constitucional, en caso de que sea apoderado de una acción directa en inconstitucionalidad contra los citados artículos de la Ley 136-15.

De igual forma sería conveniente que se demande la modificación de estos aspectos de la Ley 136-15 y cualquier otro que sea necesario, para garantizar la eficacia de este mecanismo de participación ciudadana.

En cuanto a la iniciativa legislativa municipal prevista, como ya expusimos, en el artículo 203 de la Constitución, la misma también está pendiente de que se apruebe la modificación a la ley orgánica de la administración local para, entre otras cosas, regular el ejercicio de la iniciativa normativa municipal.

En este sentido, el antes citado anteproyecto de ley orgánica de la administración local y el régimen territorial que fue redactado por el



Ministerio de la Presidencia para discusión con los gobiernos locales, el cual aún no ha sido introducido al Congreso Nacional, prevé disposiciones sobre esta iniciativa normativa municipal, a saber:

“Artículo 214.- Iniciativa Normativa Popular Municipal

Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ejercer la Iniciativa Normativa Popular Municipal, proponiendo nuevas reglamentaciones, normativas y ordenanzas de carácter municipal o de reforma y/o derogaciones a las existentes, favoreciendo siempre el bien común y el interés colectivo. La Iniciativa deberá contener, además de los detalles de las personas y/o organizaciones iniciadoras, una justificación técnica y expresión de motivaciones, tramitándola ante el Concejo de Regidores para ser tratado en una sesión ordinaria.

Párrafo I.- El Concejo de Regidores dispondrá de un plazo máximo de 45 días para examinar la propuesta, aprobarla, rechazarla o tomar la decisión de organizar un referéndum, por mayoría de dos terceras partes de los presentes una vez verificado el quórum. La propuesta se debe de sustentar en un mínimo de firmas del 5 % de los ciudadanos y ciudadanas registrados en el padrón de la Junta Central Electoral para dicha demarcación.

Párrafo II.- La Iniciativa Normativa Popular Municipal excluye los temas fiscales y tributarios.

Párrafo III.- Se podrá solicitar al Concejo de Regidores o Junta de Vocales una reconsideración de la solicitud de Iniciativa rechazada pasados 6 meses, mediante las mismas modalidades.”

Como ya hemos dicho, es importante que la sociedad civil tenga la oportunidad de opinar sobre las disposiciones de este anteproyecto de ley orgánica de la administración local y el régimen territorial, para promover no solo la eficacia de los instrumentos de participación local, sino el respeto al mandato constitucional de transferencia de competencias y recursos del gobierno central a los locales.

Consultas Populares.

Como ya mencionáramos, la Ley 136-15 establece también la posibilidad de que los ciudadanos realicen consultas populares.



En este tenor, el párrafo del artículo 8 de dicha ley, titulado Restricciones dispone lo siguiente:

“Párrafo. - A través del ejercicio de la iniciativa legislativa popular, se pueden realizar consultas populares vía referendo ordinario sobre temas no restringidos a este mecanismo.”

Este es un aspecto muy importante, pues otorga el derecho a la ciudadanía mediante el mismo mecanismo de las iniciativas legislativas populares de realizar consultas, siempre y cuando las mismas no versen sobre los temas restringidos, los cuales como hemos visto fueron limitados en exceso y ameritarían ser revisados en una modificación a dicha ley.

De nuevo se hace necesario insistir sobre la necesidad de que la Junta Central Electoral dicte el reglamento que la Ley 136-15 pone a su cargo para que este derecho ciudadano pueda ser cabalmente implementado, así como sobre la importancia de hacer que la ciudadanía conozca este derecho fundamental que le consagra nuestra Carta Magna para que se motive a ejercerlo.

Derecho a formular peticiones.

Otro de los mecanismos de participación ciudadana previstos en el artículo 22 de la Constitución, es el relativo al derecho de los ciudadanos a formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto.

Aunque de algún modo algunos ciudadanos, ya fuere de forma personal o a través de instituciones, ejercemos el derecho de formular propuestas a los poderes públicos, el hecho de que la nueva Constitución lo establezca formalmente como derecho de ciudadanía es un importante paso de avance, sobre todo porque se debe establecer por ley el plazo en que las autoridades deberán responder.

En este caso también la Constitución dispone que debe regularse mediante una ley el ejercicio de la atribución ciudadana de formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades, pues se indica “en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto”.



La Constitución peruana considera como un derecho fundamental de la persona, consagrado en su Artículo 2, numeral 20 el de: 20. “formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición”.

La Ley peruana del Procedimiento Administrativo General³⁸ en sus artículos 106° y siguientes, regula el derecho de petición establecido en la Constitución peruana.

“106.- Derecho de petición administrativa.

106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia. 106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

De nuevo en este sentido tampoco en nuestro país se ha dictado la ley para regular este derecho ciudadano, y como la mención en este caso es muy precisa, pues se refiere solo al término establecido por las leyes que se dicten al respecto para dar respuesta, se supone que no se requiere de ninguna otra regulación para la formulación de estas peticiones que no sea que la solicite un ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos y que se trate de una medida de interés público.

El proyecto de ley orgánica sobre derechos de participación ciudadana y mecanismos de control social dispone, en su artículo 61, los requisitos que

38 Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de fecha 10 de abril del año 2001. Perú.



la petición debe cumplir, tales como generales del solicitante, identificación del organismo, funcionario al que se dirige la petición, objeto detallado de la misma, motivación, firma, lugar o medio para la notificación de lugar.

Por su parte el artículo 56 del referido anteproyecto dispone que: “El derecho de petición es la facultad que tienen los ciudadanos de solicitar ante las autoridades públicas, individual o de forma colectiva, medidas de interés público comprendidas en el ámbito de sus competencias, y obtener respuesta respecto a su pretensión”.

Establece además que las peticiones deberán ser contestadas en el plazo establecido: “Artículo 64.- Plazo de contestación. La autoridad correspondiente tiene un plazo máximo de quince (15) días hábiles para contestar la petición, luego de recibida, pudiendo extenderse este plazo de manera excepcional y previa justificación, por diez (10) días hábiles más”.

De nuevo reiteramos que es inexcusable que a más de ocho años de aprobada la nueva Constitución el Congreso no haya aprobado la ley para permitir la aplicación de estos derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que debe ser exigido por la ciudadanía.

Denunciar faltas.

El numeral 5) del artículo 22 de la Constitución consagra como uno de los derechos ciudadanos el de denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

Aunque la posibilidad de que se puedan denunciar faltas existía, la novedad es el hecho de que la nueva Constitución lo establezca formalmente como un derecho ciudadano y que una ley, pendiente de aprobación regule el procedimiento especial para llevar a cabo tales denuncias.

El proyecto de ley orgánica sobre derechos de participación ciudadana y mecanismos de control social dispone en su artículo 114 lo siguiente: “Denuncia. Se reconoce el derecho de los ciudadanos y organizaciones sociales a denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por ante los superiores jerárquicos del funcionario en cuestión”.

Entendemos que debe corregirse esta definición porque el hecho de que se diga superiores jerárquicos del funcionario mueve a confusión puesto que muchos no los tienen, y debe especificarse entonces ante quién se hará



la denuncia en estos casos, y en adición, las denuncias deberían hacerse ante alguien imparcial o independiente, como sería el caso de un fiscal.

El proyecto de ley indica que deberá investigarse la denuncia en un plazo de hasta quince (15) días hábiles, al término del cual deberá rendir un informe que pondrá en conocimiento del denunciante y el denunciado.

Se prevé que, en caso de comprobarse la comisión de falta, se seguirá el procedimiento correspondiente al régimen disciplinario establecido en la Ley 41-08 sobre Función Pública, o el que disponga esta ley u otras leyes especiales según sea el caso.

La antes referida Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú, dispone respecto de este derecho lo siguiente:

“Artículo 105.- Derecho a formular denuncias 105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contratos () NOTA SPIJ al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. 105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.*

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado”.

Es importante que las instituciones de la sociedad civil y toda la ciudadanía presten atención al proyecto de ley orgánica de participación ciudadana para presentar propuestas de modificación tendentes a asegurar la efectividad de los mecanismos consagrados por la Constitución.

Conclusiones.

La participación ciudadana es una herramienta valiosa para la democracia, aunque como hemos visto la mera existencia de instrumentos de



participación no garantiza mayores niveles de democracia ni la efectividad de estos mecanismos.

Si bien es cierto que el simple hecho de que se dispongan mecanismos de participación en las Constituciones de los países no significa per se garantías de avances democráticos y de que la participación muchas veces puede ser manipulación o simple instrumento decorativo como señalaron Arnstein y Hart hace ya mucho tiempo. Solo participando y haciendo uso de los instrumentos puestos a disposición de la ciudadanía podemos construir una cultura ciudadana democrática.

La sociedad civil es el eje impulsor de los procesos democráticos en las sociedades, y por tanto es fundamental que la misma conozca y asuma los nuevos mecanismos de participación ciudadana dispuestos por la Constitución de 2010 para exigir su puesta en práctica con la aprobación de las leyes y reglamentos correspondientes, así como elevando las acciones que se entiendan oportunas en caso de que alguna de las disposiciones legales que regulen los mismos vulneren el mandato constitucional.

En este sentido es necesario que la ciudadanía exija la aprobación de una ley orgánica sobre derechos de participación ciudadana, cuyo conocimiento debería ser declarado de urgencia pues es una vergüenza que a más de 8 años de haberse aprobado la Constitución vigente estos derechos ciudadanos estén conculcados por el propio Congreso que los aprobó. Pero más importante aún es que reclame ser escuchada en la discusión de la misma, pues de la redacción que se dé a la ley dependerá que la participación ciudadana pueda ser efectiva o que constituya una disposición hueca que promueva un simulacro de participación.

De igual forma es necesario demandar la aprobación del reglamento de la Ley 136-15 de iniciativa legislativa popular a la Junta Central Electoral, para poder comenzar a hacer uso efectivo de este derecho y que se soliciten modificaciones a dicha ley para que enmarcándose en los precedentes de otros países de la región, se proteja este derecho ciudadano y se garantice su efectividad, pues de la forma que está plasmado en nuestra legislación no se garantiza ningún efecto a esta iniciativa y en consecuencia, se desvirtúa el derecho fundamental ciudadano ordenado por la Constitución.

Este importante Congreso del Tribunal Constitucional constituye un importante foro de difusión de la Constitución de la República y sus instrumentos democráticos, el cual esperamos contribuya con un mayor



conocimiento por parte de la ciudadanía de los nuevos derechos que le consagra la Constitución.

En momentos en que se debaten aspectos que no deberían estar siendo objeto de discusión por estar decididos de manera clara por nuestra Constitución, urge llamar la atención sobre el hecho de que los derechos ciudadanos consagrados en el 2010, como es el caso del referendo aprobatorio, están siendo convertidos en letra muerta al no ser dictadas las leyes correspondientes por el Congreso.

Este debería ser el tema que se estuviera discutiendo en torno a la Constitución de la República, para que la convocatoria de referendos sea una realidad en nuestro país, como es el caso desde hace tiempo en muchos países del mundo y de la región latinoamericana y que hubiese certidumbre de que se cumplirá con los mandatos constitucionales de participación ciudadana.

No podemos permitir que ninguna otra revisión a la Constitución se realice sin previamente haberse dictado la ley que regule los referendos, como ya sucedió en el 2015, para que en caso de que la revisión a ser realizada trate sobre aspectos previstos por el artículo 272, como es el caso de los derechos fundamentales, tenga necesariamente que convocarse un referendo aprobatorio para que la mayoría de los ciudadanos decida si ratifica o no la revisión aprobada.

Los avances consagrados por la Constitución de nada sirven si no enfrentamos los desafíos de implementar los mismos y si no exigimos su cabal cumplimiento, pues de lo contrario serán simplemente letra muerta.

Confiamos en que la celebración de este importante Congreso y la difusión que sobre el mismo se realice, constituya una clarinada que marque el inicio de una nueva era de respeto a los derechos ciudadanos de participación consagrados por nuestra Constitución, y que el efectivo ejercicio de los mismos sirva para convertirlos en verdaderos instrumentos de garantía de la democracia.

Muchas gracias.



Dr. Cristóbal Rodríguez

Licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA). Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. Realizó diplomado de estudios avanzados en Derecho Constitucional ante la Universidad Complutense de Madrid, casa de estudio por la cual es doctorando en Derecho Constitucional. Es socio fundador de la firma de abogados AEQUUS-Abogados Consultores. Se ha destacado en la docencia, desde 1999, impartiendo materias ligadas al Derecho Constitucional y como fundador, coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Ha participado en distintos cónclaves nacionales e internacionales celebrados ante la Facultad de Derecho de Georgetown University, la UNESCO, la Universidad de Sevilla, entre otros. Ha publicado varios ensayos en revistas internacionales y es coautor de las obras *La Constitución Comentada* y *Anuario 2012: Tribunal Constitucional de la República Dominicana*.

CRISTÓBAL RODRÍGUEZ

Buenas tardes. Yo quiero saludar y, aunque se les ha dado, reiterar la bienvenida a los colegas profesores, magistrados que desde otros países del hemisferio nos acompañan en esta discusión. Quiero resaltar la trascendente labor que ha venido desempeñando, con la organización de eventos como este, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, que yo creo —y sin creer, estoy seguro— que se ha convertido, en los hechos, en la más importante academia de auspicio del debate y de la discusión sobre los temas del derecho público y del derecho constitucional en la República Dominicana.

De la misma manera en que el Tribunal ha permitido que a toda la gente que se para aquí y habla, aunque sea por protocolo, le den un aplauso, yo quiero pedir, por favor, un fuerte aplauso para el Tribunal Constitucional.

Bueno, los especialistas, los estudiosos de los problemas de la política, de los regímenes partidarios y de la democracia vienen hablando desde hace años de lo que se denomina un “síndrome de fatiga democrática” que aqueja a buena parte de las sociedades en el mundo occidental. Ese “síndrome” ha sido objeto de diversos diagnósticos desde distintas ópticas de análisis.

Se culpa a los políticos; se dice que los políticos son arribistas, oportunistas, que solo quieren llegar al poder para favorecerse y que se olvidan de la gente que vota por ellos en los procesos electorales. Se culpa a la representación como concepto político, porque dicen que quedó atrapada en los intereses de los partidos de los distintos sistemas en las distintas sociedades. Se culpa a la propia democracia, porque es un sistema que exige demasiadas reglas, demasiados mecanismos, demasiados instrumentos de control que la hacen inoperante, ineficiente, y se invoca entonces la tecnocracia para que, a través del dictado de los que más saben, de los más eficientes, se lleve a cabo la gestión del Estado, como si la democracia fuera una cuestión de gerencia solamente.



Cuando uno mira los diagnósticos, las distintas perspectivas de análisis y los distintos enfoques, por muy diferentes que sean, hay una cuestión que todos comparten, y es que en última instancia, ese “síndrome de fatiga democrática” lo que refleja es una suerte de no tomar en consideración a la población, a la ciudadanía, a los intereses y las necesidades de la población y de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones vitales que le conciernen a la gente. La gente suele estar ausente de las consideraciones de los gobernantes y de los gobernados, y eso ha ido provocando un divorcio, un distanciamiento, entre las instituciones formales en torno a las que se organizan los regímenes políticos y la sociedad.

El último informe de *Latinobarómetro*, para dar algunas pinceladas reducidas al ámbito de nuestro hemisferio, da cuenta de que el apoyo a la democracia en los 18 países de la región muestra nítidamente un punto de inflexión que se podría situar cerca de 2010 para una parte importante de los países, a partir del cual comienza a producir un proceso de lento deterioro del apoyo, con altos y bajos que no indican una recuperación y que muestran, al menos en cinco países, un deterioro muy profundo. Como se describía al inicio, se trata de una enfermedad como la diabetes, que no es visible a simple vista, donde todo parece igual, pero que, sin embargo, existe y tiene consecuencias. No es lo suficientemente alarmante para encender las luces rojas, pero va lentamente carcomiendo, perdiendo algo ya alcanzado, sin que se tenga un remedio concreto para parar la merma y comenzar la recuperación.

En ese mismo informe, *Latinobarómetro*, hablando de la República Dominicana, uno se encuentra con hallazgos como el siguiente: nuestro país empezó a ser parte de los países medidos por los informes de *Latinobarómetro* en 2004, y el índice de aprobación o de respaldo al sistema democrático por parte de la ciudadanía llegó a un momento tope en 2008; es decir, en los primeros cuatro años en los que fuimos objeto de medición como país, en ese año llegamos a alcanzar un 73 % de aprobación por parte de la población dominicana de la democracia como sistema de gobierno. De 2008 a 2017, en los nueve años que abarca ese periodo, el país perdió nada menos que 19 puntos en relación con la valoración positiva por parte de la ciudadanía respecto del sistema democrático, lo cual significa que al día de hoy, de 73 % en 2008, solo contamos con 54 % de apoyo ciudadano a la democracia, con el dato preocupante de que en los últimos dos años se han producido las mermas —en términos porcentuales— más



considerables de ese respaldo, es decir: en 2010 tuvimos un bajón de 10 puntos y luego empezó un proceso más o menos de estabilización, pero en la última medición respecto de la anterior bajamos seis puntos, ubicándonos en el tercer lugar entre los países del hemisferio que más drástica merma tuvieron u observaron en ese mismo periodo en término de la valoración de su ciudadanía respecto del sistema democrático.

Estas cuestiones deben ser parte de la discusión y de la valoración que un evento como este tiene. Yo quiero centrarme en algunas consideraciones relativas a los partidos políticos y su rol en los procesos de construcción y consolidación de la democracia, porque como decía al inicio, para mucha gente la culpa de ese “síndrome de fatiga democrática” la tienen los partidos, y ¿qué es lo que tenemos? La noción de gobierno representativo es una noción que se inventó, una creación de los procesos constituyentes que surgieron con posterioridad, en el periodo inmediatamente posterior a las grandes revoluciones de finales del siglo 18.

Todos los grandes teóricos de la representación política, desde François Guizot hasta Carl Smith, coinciden en que una cierta autonomía del electorado o de los representantes de sus electores —y modernamente, por tanto, respecto de las formaciones políticas que postulan a los candidatos a cargos electivos— es una autonomía necesaria, una independencia de criterio necesaria. La discusión como forma para arribar a acuerdos en las instancias de decisión política, la publicidad de esa discusión y la periodicidad de elecciones son los elementos vertebradores del Gobierno representativo.

¿Y qué es lo que ha sucedido en los hechos? En los hechos, lo que ha sucedido es que, salvo la periodicidad de las elecciones, todos los elementos constitutivos del Gobierno representativo están en manos de los partidos políticos; por tanto, los partidos políticos son realmente los que ejercen la función de Estado. La función de Estado con mayúsculas. No se aprueba una ley, no se toma una decisión política relevante, por muy variopinta que sea la composición del Congreso, si la decisión no se tomó previamente en los órganos de dirección de los partidos políticos; por tanto, los órganos formales de la representación política son eso: órganos formales. Las instancias materiales de decisión están fuera del Estado y se llaman partidos políticos.

Yo quiero leer, brevemente, unas consideraciones del profesor Hein Restripell que fue en el discurso rectoral de la Universidad de Berlín, en



el año 1927. Dice: “La organización partidaria arremete por fuera y por dentro contra el Parlamento, se apodera del elector y lo envuelve cada vez más en sus redes, se adueña del procedimiento parlamentario en todas sus fases y direcciones. Cada vez se hace más estrecha la conexión entre los partidos que abarcan los diferentes distritos y el país entero con sus exponentes en la cámara, los grupos parlamentarios, etc. Las decisiones de los representantes del pueblo son preparadas de antemano en las deliberaciones y en las votaciones de los grupos parlamentarios. La discusión en el Pleno —y muchas veces en las comisiones— se convierte en una forma vacía. La decisión del Parlamento se da cuando este representa una mayoría homogénea, una decisión del partido, y en el caso en que domine en él una fragmentación de partidos, es el resultado de un compromiso entre los mismos. El diputado ya no es un representante del pueblo, sino un representante de su partido, y se siente como tal”.

Es decir, no hay discusión real en la instancia formal constitucionalmente concebida de la representación política y no hay autonomía real en la voluntad de los representantes, según la Constitución, de la ciudadanía, en las instancias formales de la representación política, sino -como decía- que eso está en manos, en términos reales, de los partidos políticos.

Ese divorcio entre las aspiraciones de la ciudadanía y el quehacer de la política, que en gran medida tiene que ver con ese traspaso que se ha producido de la sede de la representación de las instancias constitucionales a los organismos de dirección de los partidos, ha llevado al debate en el derecho constitucional comparado y a la incorporación, en muchas de las constituciones contemporáneas, de mecanismos de participación directa de la ciudadanía que permitan que la fisura y la cohesión que suele darse entre los intereses de los partidos políticos encuentre mecanismos por los que se filtre la voluntad real, y de manera directa, de la ciudadanía. Yo sé que con el consultor jurídico de la presidencia, el querido amigo Flavio Darío Espinal, tenemos discrepancias respecto de los mecanismos de deliberación, de participación popular y su incidencia en recuperar un poco la índole democrática de nuestras sociedades, pero lo que quería destacar es eso, es decir, es esa realidad la que lleva a una buena parte de las reflexiones que hacía Marisol (Vicens) en su intervención.

Quiero, antes de concluir, referirme a dos cuestiones relacionadas con la figura del referendo en los términos en que está establecida en la Constitución, que es un instrumento de participación directa de la ciudadanía,



como bien explicó Marisol. Lo primero es el carácter vinculante de las decisiones del referendo en cualquiera de sus dos modalidades: consultivo o aprobatorio. Es vinculante porque el artículo 22 numeral 2 de la Constitución, reconoce como un derecho fundamental de la ciudadanía el de “decidir sobre los asuntos que le sean sometidos mediante referendo”; decidir, no opinar, meramente. Por tanto, el resultado de la decisión adoptada a través del mecanismo de consulta que se llama referendo vincula a todos los poderes públicos. Es oportuna la aclaración porque el numeral 2 del artículo 210 de la Constitución tiene una redacción que puede prestarse a confusión. En su parte capital, el texto dice: “Las consultas populares mediante referendo estarán reguladas por una ley que determinará todo lo relativo a su celebración con arreglo a las siguientes condiciones” y dice el numeral segundo: “requerirá de previa aprobación congresional con el voto de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras”.

La pregunta es, ¿qué es lo que requiere previa aprobación congresional, el llamado a consulta o el resultado de la consulta? Cuando uno lee el texto en combinación con el numeral 2 del artículo 21 tiene que concluir que para lo que se requiere aprobación congresional es para el llamado a consulta, porque el resultado de la consulta es vinculante. Si decidir, en los términos en que usa el verbo el numeral 2 del artículo 22 de la Constitución, implica que lo que la ciudadanía dice es lo que deben hacer los órganos del poder; primera cosa, y segunda: la discusión sobre el tema de si se necesita -y quiero en esto ser muy categórico-, si se necesita un referendo para las ocasiones en que se convoque una modificación constitucional para tocar el tema de la reelección, sea para eliminarla, sea para levantar una prohibición..., es decir, para lo que sea, para tocar el tema de la reelección.

Señores, la reelección presidencial no es un derecho que le asiste a nadie. La reelección presidencial -y toda la discusión sobre el periodo de duración del mandato presidencial- tiene que ver con la necesidad de imposición de límites temporales al ejercicio del poder por parte del presidente de la República en una república presidencialista. Es decir, el funcionario que más poder tiene en una república presidencialista es el presidente de la República; por tanto, no puede ejercer las funciones de presidente con todos los poderes que la Constitución le da sin estar subordinado a unos límites temporales que la acoten, de modo que no es una discusión sobre derecho, sino sobre límites al ejercicio del poder.



A nadie se le ocurre que al presidente de la República de un determinado periodo se le va a impedir votar, es decir, ejercer su derecho activo al sufragio, y a nadie se le ocurre que no se le pueda permitir postularse a cualquier otro cargo de elección popular; por tanto, no es verdad que está comprometido el derecho al ejercicio del sufragio en ninguna de sus dos modalidades. Yo sé que esta es una discusión que ya tuvimos en 2015, la hemos tenido recientemente y va a seguir, pero se acabó el tiempo, así que muchas gracias.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO.
EL CAMINO HACIA EL CONTROL DE
LA ADMINISTRACIÓN

Dr. Andry Matilla Correa,
profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad
de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba



Dr. Andry Matilla Correa

Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor universitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Es profesor principal de las asignaturas de Derecho Administrativo I y II en el área de pregrado, Universidad de La Habana; también ha impartido actividades académicas de posgrado, especialidades y diplomados en materias ligadas al Derecho Constitucional y Administrativo, organizadas por el departamento de estudios jurídicos básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, la Facultad de Derecho de la Universidad Paris-II (Panthéon-Assas), la Universidad Autónoma “*Gabriel René Moreno*”, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, entre otros. Ha realizado estancias de investigación y/o como profesor invitado a nivel internacional en distintas instituciones docentes y científicas.

Buenas tardes a todos. Antes que nada, quiero dar un sincero agradecimiento al Tribunal Constitucional, en la persona de su presidente, el doctor Milton Ray Guevara, y al magistrado Justo Pedro Castellanos, por haber pensado en mí para esta intervención.

Tengo que decir que llego al día de hoy bastante abrumado... Es la quinta vez en menos de un año que estoy en la República Dominicana, y tengo un miedo terrible a ser “el merengue de moda”, en el sentido de que se escuche de pronto y luego se deje de escuchar, pero es un placer enorme estar aquí. Primero, porque sigo pensando que la República Dominicana y Cuba son una extensión territorial por un accidente geográfico y porque, además, tengo excelentes afectos a los que quiero saludar.

No se puede hablar en la República Dominicana de derecho administrativo cuando ella está presente, sin hacer una reverencia -aunque el principio de Gobierno sea el republicano en este país-, a la doctora Rosina Alvarado, que está aquí, y realmente a alguien que para mí es más que un amigo, aunque la amistad es algo que no se blasona, sino que se ejerce, a alguien que es uno de los mejores profesionales que conozco, el doctor Olivo Rodríguez Huertas, que también me acompaña en este evento. Y, finalmente, yo soy profesor de Derecho Administrativo, por tanto, el punto delirante de mi vida es la administración, y no puedo de dejar de agradecer al *staff* de este evento, al personal del Tribunal Constitucional, por el excelente ejercicio realizado.

Cuando me sugirieron hablar sobre “Constitucionalización del derecho administrativo, el camino hacia el control de la administración pública”, yo realmente pensé en muchas cosas, y en el momento en que estoy quiero hacer dos declaraciones de fe, antes de continuar.

Al menos hay tres variables que hay que relacionar aquí metodológicamente. La primera tiene que ver con la constitucionalización del derecho; la segunda, es el derecho administrativo. La tercera es el con-



trol de la administración pública. Y añadiría una cuarta, que es el juez constitucional frente al derecho administrativo y frente al control de la administración pública.

En un momento como este también se agolpa mucho de la “mitología” que ha acompañado la formación y la evolución del derecho administrativo, y de esa relación que no ha sido tan pacífica, aunque ha sido una relación consciente con la Constitución, una relación del derecho constitucional con todo el universo, desde alguna perspectiva.

Por tanto, no voy a entrar en cuestiones obvias, pero quiero rescatar ciertos elementos de algunas de las intervenciones que se hicieron ayer aquí, en este IV Congreso de Derecho y Justicia Constitucional, que son punto de partida para entenderlo, sobre todo en una percepción —y esto debo dejarlo claro— que no es aquella de un juez constitucional, no es aquella de un administrador público, es simplemente la percepción de un profesor de Derecho Administrativo que tiene otra posición frente al problema, que tiene otra perspectiva menos dinámica, un análisis quizás menos involucrado, una perspectiva quizás más estática, quizás más externa.

Si tenemos que hablar sobre la constitucionalización del derecho como un fenómeno que ha tomado cuerpo en las últimas décadas, creo que es importante no perder dos elementos que son básicos en este proceso: el primero lo ponía en el tablero el profesor Pedro González Trevijano, en su conferencia inaugural, “La constitucionalización del derecho”, que es la Constitución como norma jurídica, es decir, hay que llamar la conciencia sobre el valor de la Constitución como norma jurídica —y añadiría otro elemento más, que casi nunca percibimos, y es la Constitución como un instrumento o medio, porque la Constitución no es un fin en sí misma, es un medio para conseguir determinadas exigencias de convivencia social bajo un marco determinado.

Esto nos recuerda que, entonces, la Constitución puede ser muchas cosas. Y el constitucionalismo, que ha traído la aparición de la Constitución también, pero yo creo que es importante recordar que la Constitución también es un hecho cultural, un fenómeno históricamente condicionado, que marca mucho de lo que se esconde detrás de su uso y de la percepción, concepción y análisis de ella misma, que se extiende a todos los lugares.

El proceso de constitucionalización, en términos genéricos es, ante todo, una metodología, es decir, un camino para conseguir determinados intereses de vida. La constitucionalización del derecho no es un fin en sí



misma, como tampoco es un fin la Constitución en ella misma. Y evaluar estas cosas nos permite evaluar esta realidad, y quizás ponerla más operativa.

Me quiero detener en la idea misma de la constitucionalización del derecho del ordenamiento jurídico, que no puede desconectarse de una de las tendencias que al socaire del siglo XX, ha ido apareciendo en nuestra realidad: el neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo como realidad, como tendencia, como movimiento, o como quiera que sea, es un proceso dentro del desarrollo, una corriente que se desarrolla dentro de la evaluación misma del derecho constitucional del siglo XX, y es también resultado de las vivencias del siglo mencionado, de los traumas humanos del siglo XX, los traumas entre la relación poder-ciudadano del siglo XX y de las insuficiencias de los instrumentos y modos del siglo XIX y de un Estado que responde a otras consecuencias y a otras exigencias.

Por supuesto, el neoconstitucionalismo no nace de la nada —ni rápido—, ni siquiera el proceso de constitucionalización cobra conciencia de esa manera, sino que es un proceso que se ha ido dando lentamente, a partir de las falencias de un tipo de Constitución (la del siglo XIX) frente a nuevas exigencias del siglo XX, y se va montando sobre logros, no sin grandes sacrificios que parten de pensar en la evolución que arranca, quizás, de la Constitución de 1917 en México, que pasa por la fallida Constitución de Weimar, por la Constitución española de 1531, a lo que aporta una Constitución a la que no se le ha dedicado todo el estudio posible, que es la cubana de 1940, una de las más avanzadas de su tiempo, pero que eclosiona a partir de la Segunda Guerra Mundial de ese “constitucionalismo de posguerra” que, dicho sea de paso, es un constitucionalismo que comienza a identificarse en la Constitución italiana de 1947, la alemana del 49, después da un salto a la española de 1978, que recalca en Latinoamérica, con la Constitución brasileña del 88 y la colombiana del 91, de los procesos.

Pero fíjense que en los orígenes, este movimiento es un diálogo jurídico, un diálogo cultural. Por ejemplo, en el espacio italiano del 47 y en el espacio alemán del 49, que es un espacio de reconstrucción de sociedades a partir de los traumas del nacionalsocialismo y el fascismo, el constitucionalismo norteamericano llega, de alguna manera, y se produce un diálogo, aunque no se requiere, porque realmente Alemania e Italia tienen una imagen jurídica importante.



Todas estas cosas se mezclan en esta tendencia del neoconstitucionalismo y el proceso de constitucionalización que genera constituciones, quizás con un mayor calado en todo el ordenamiento jurídico, con un fortalecimiento y una exigencia a los derechos fundamentales, donde la Constitución ya no es solo un mecanismo jurídico que reparte cuotas —es decir, las cuotas del poder y sus límites y las cuotas de libertad, los derechos fundamentales, y su delineación— sino que establece un diálogo más intenso entre esas realidades, porque precisamente la constitucionalización del ordenamiento jurídico es resultado de una transformación en cómo entender el rol del derecho como un todo, no solo de la Constitución, sino de todo el derecho en relación con el poder público, y en relación con las conexiones entre ciudadano y poder público.

¿Y por qué es importante esto? Porque es en el constitucionalismo, es en su categoría este Estado constitucional, en esa división de poderes, en esos derechos fundamentales, en esos derechos humanos, en esa administración pública, es en el poder de la constitucionalidad...

Todo eso no es sino consecuencia de lo que yo hablo en clase, lo que yo defino como “el dilema esencial del hombre moderno”. Y ese dilema no es su relación con sus semejantes —ese fue el dilema del hombre antiguo y a eso dio respuesta el derecho privado y el derecho que se condensa en el Código napoleónico— sino un dilema mayor, un nuevo dilema. Ya no es cómo me relaciono con mis semejantes, sino cómo quedo yo como individuo frente al ejercicio del poder, cómo me relaciono con ese poder. Quizás este ha sido el gran elemento que ha introducido la dinámica moderna entre todos, y quizás a esto se debe la dinámica idea de la separación de los poderes, la idea de los derechos humanos como invención, la misma idea de democracia, la misma exigencia del control del poder.

Por lo tanto, y llegando al punto quizás más claro, cuando hablamos de una “constitucionalización” del derecho administrativo estamos hablando de un orden administrativo que resulta permeado por los contenidos constitucionales en la medida —en la dosis— en que esos contenidos puedan incidir en él. Por lo tanto, es una verdad establecida que hay que pensar el derecho administrativo desde la Constitución, con la Constitución, y no solo para la Constitución, y sobre todas las cosas para lograr los objetivos y finalidades que existen.

Ahora esto es quizás muy fácil, sencillo, pero hay que pensar que estas realidades no estuvieron siempre claras. Fíjense, el derecho administra-



tivo que conocemos hoy es esencialmente un accidente histórico; nace en un contexto y bajo determinadas necesidades y exigencias; está ligado al Estado constitucional, pero a *un tipo* de Estado constitucional, no a todo el Estado constitucional.

Piénsese que la revolución norteamericana, de la que nace el Estado constitucional norteamericano, no genera un derecho administrativo como se va a conocer en el mundo continental europeo, y específicamente en el mundo francés; el derecho administrativo es el resultado de cómo el mundo francés de su época, el revolucionario, entendió las bases o la articulación de las bases esenciales desde sus estructuras de vida, desde sus estructuras de poder con la ciudadanía, es decir, cómo se articula su vida pública.

Y hay que pensar también que esto trascendió a la manera de apreciar el control, de lo que conversaré más adelante.

Desde un principio, hay una peculiar relación histórica entre la Constitución y el derecho administrativo, y esa relación histórica nos evoca que la relación derecho administrativo-Constitución-derecho constitucional es una de las relaciones más complejas que existen en todos los ordenamientos jurídicos, que no se puede entender exactamente, como se puede entender, quizás, en otras ramas.

Eso evocaría una dinámica conectiva que quisiera mínimamente referenciar: cuando se habla de esa relación de la administración pública con la Constitución y la constitucionalización del derecho administrativo, mínimamente viene a la mente un maremágnum de relaciones que hay que poner en su lugar para poder entender el fenómeno. De lo contrario, podríamos estar identificando un fenómeno muy sesgado. Piénsese que cuando se habla de esto, se involucra la relación del poder público con la administración pública y con el derecho.

La relación poder público-Constitución; la relación poder público-derecho administrativo; la relación derecho del Estado-derecho administrativo; la relación Constitución como norma- con la administración pública como objeto del orden normativo; la relación Constitución -como norma- con el derecho administrativo como sub-sistema dentro del derecho; la relación derecho constitucional con el derecho administrativo; la relación control del poder público-control de la administración pública; la relación de control de constitucionalidad y control de la administración pública, la relación jueces-administración pública; la relación entre el con-



trol jurisdiccional de constitucionalidad y el control de la administración pública, o si se quiere, la relación juez constitucional–administración pública; la relación jurisprudencia Constitucional–derecho administrativo... Fíjense cuántos elementos.

Esto no produce, desde ningún estado de ánimo, satisfacción, lo que produce es un estado de confusión enorme. Pero realmente, no se puede ver como una realidad simple, sino todo lo contrario.

Yo quiero, antes de continuar, porque estamos en el marco del Tribunal Constitucional, recordarles que la relación Constitución–derecho administrativo–administración pública no ha sido unidireccional. Si tomamos dos datos históricos que han ayudado a construir el control de constitucionalidad y el control judicial, vamos a darnos cuenta de que en la base de ese control estuvo un conflicto, que hoy podemos entender, de esencia administrativa.

Voy a dar dos ejemplos: el primero nos va a remontar al 1610, al famoso caso Thomas Bonham, que resuelve el “Chief of Justice” (primer juez supremo) Coke, y es un conflicto que resuelve lo que podemos llamar hoy el “policía de la profesión”, donde un colegio médico decide sancionar a un médico en ejercicio, sin habilitación para ese ejercicio, y entra el conflicto con el estatuto de Eduardo Octavo, que permite que el colegio tenga esa policía con los principios del “Common Law”, y comienza aquí un conflicto entre una norma legal y un elemento superior normativo, que serían los principios del “Common Law”.

Aquí, evidentemente, se declara la improcedencia de ese auto ante esa realidad, por el simple hecho de que el Colegio Médico, que era el que sancionaba, era además quien cobraba la multa, de la que iba un porcentaje para el rey. Bajo esta idea de un juez y parte, que no podía ser, el tribunal decide que ese estatuto no procedía.

El segundo elemento lo mencionó el profesor Pedro González Trevijano. Se trata de la famosa referencia a la sentencia Marbury contra Madison, que al final estamos hablando de nombramientos políticos, administrativos, no notificados, y hasta qué punto esos nombramientos, que hace Adams en las últimas horas de la presidencia, podrían ser o no válidos y entran en este conflicto.

En la base, hay una dinámica entre administración pública, poder Ejecutivo y un ciudadano o una estructura real. Esto ayuda a comprender que el control de constitucionalidad es un control que se va construyendo



para controlar un segmento del poder, o que va a construirse desde un segmento del poder.

Por supuesto, esto va a avanzar de alguna manera, porque el desarrollo del mundo anglosajón no ha sido exactamente igual que el del mundo continental europeo, ni la relación de control sobre administración pública se ha visto exactamente igual, y esto va a dar, por tanto, como hablaba anteriormente, un “accidente histórico” con relación al derecho administrativo y el control del poder.

Prosper Weil, uno de los grandes autores en derecho administrativo, decía que el derecho administrativo tiene un origen casi milagroso, porque es la aceptación de la autolimitación, autolimitación del Estado en su segmento más grande y poderoso, que es la administración pública, y por lo tanto, la base del derecho administrativo es una autolimitación consentida, y hay que buscar un equilibrio para que ese consenso no se rompa y aparezca el Estado en su realidad, que es la fuerza organizada, pero que sujeta a derecho es una fuerza legítima, es una fuerza justificada, actuante más allá de un tipo de organización del poder.

Prosper Weil decía que en esos límites están sobre una cuerda que tiene que ver con la forma del Estado, con el prestigio del derecho de los jueces y con el espíritu del momento, y en esto se vislumbra el tema de la constitucionalización del derecho administrativo.

Estamos hablando de cómo se va organizando el Estado, estamos hablando de un paso más en lo que conocemos como derecho, del fortalecimiento de un mecanismo judicial, como los controles de constitucionalidad, y básicamente, lo que es esencial, el espíritu de vida de ese momento. Por lo tanto, hay que pensar que el derecho administrativo nace como una forma de entender esa dinámica entre administración pública y administración a la manera francesa, que después va cambiando, transformándose, y en su origen —esto es importante— está el conflicto con el control sobre la administración pública.

Recuerden que a diferencia del mundo anglosajón, en el mundo francés, como los revolucionarios desconfiaban grandemente de los parlamentos que se constituían en jueces en esa época, y porque realmente buscaban no tener un freno a las necesarias transformaciones, construyeron un visión muy particular de la división de poderes que consagra la famosa Ley de 1770, que palabras más, palabras menos, decía que ninguna autoridad podía entorpecer ni llamar a rendir cuentas a una autoridad administrativa.



Por lo tanto, saca el cauce de las relaciones de la administración pública del marco ordinario que se estaba realizando, y el derecho administrativo va naciendo realmente de esa percepción.

Es como ir construyendo un sistema paralelo de controles al control de los jueces y cómo construir una justificación de las instituciones que permita mantener ese sistema. Es el famoso sistema de dualidad de jurisdicción que va a permitir, inclusive para los propios franceses, una evolución que ni ellos esperaban, y que tiene su cabeza en el Consejo de Estado, que junto con la doctrina, han sido el yunque y martillo que han forjado el derecho administrativo que entendemos al día de hoy.

En esa forja “a la francesa”, que después caminó en otros lugares, por otros caminos, el control de constitucionalidad tenía otra percepción que no se conocía en este momento de la manera en que se iba a conocer posteriormente; y los franceses, en un momento, dijeron: “No necesitamos control de constitucionalidad, porque tenemos un consejo de Estado”, es decir, de alguna manera, el consejo de Estado era el mecanismo de control y reacción contra las violaciones del orden jurídico y las violaciones en que incurría la administración pública.

El que haya violaciones con normas cualificadas, como es la Constitución, hace que se requieran mecanismos cualificados para esa garantía y ese control; además, son necesarios porque la vida —por lo menos en ese momento— estableció una dinámica interesante. Es por eso que Otto Mayer pudo decir, en 1923, a la vera de la Constitución de Weimer y de todas las transformaciones de que había sido al menos en 50 años un espectador privilegiado, que “el derecho constitucional pasa; el derecho administrativo queda”.

Georges Vedel, en la Francia de 1972, pudo hablar de la “discontinuidad del derecho constitucional y la continuidad del derecho administrativo”; claro, estas son aclaraciones no festinadas, que se justifican precisamente porque fueron países que vivieron unos niveles de inestabilidad política, de grandes transformaciones a nivel político, en contraste con el nivel de permanencia que las instituciones administrativas tenían en ello. Y, por supuesto, estamos pensando que la relación hoy entre el derecho constitucional y el derecho administrativo es una relación que se percibe en estados donde esa inestabilidad política no existe.

Por eso, en otra frase conocidísima, Fritz Werner dijo que el derecho administrativo no es sino “el derecho constitucional concretizado”, donde,



de alguna manera se pudo enfrentar esa idea de discontinuidad y hablar de una realidad mucho más intensa.

Esto nos coloca hoy en una conciencia que en el derecho administrativo no es nueva, ni mucho menos. El profesor González Trevijano hablaba ayer de Pellegrino Rossi, quien pudo decir que efectivamente, en su cátedra de París, en la primera mitad del siglo 19, el derecho administrativo encuentra en la Constitución, o la administración pública, el encabezamiento de sus capítulos.

Pero Lorenz von Stein pudo decir que una de las dos fuerzas creadoras del derecho administrativo es el ordenamiento constitucional. El propio Vedel decía que teórica y pedagógicamente, era imposible desvincular el derecho administrativo de la comprensión de la relación con la administración pública. El mismo Charles Eisenmann tuvo que hablar de las teorías de las bases constitucionales del derecho administrativo.

Adolfo Merkl, el administrativista de la escuela kelseniana, nos da la teoría del posicionamiento por grado del ordenamiento jurídico que luego Kelsen desarrolla en su máxima expresión, pues hace visual esta relación donde coloca a la Constitución en la cúspide, y hoy todos nuestros sentimientos nos han dicho que la Constitución no solo es la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que también es la base, o sea, el concepto de la pirámide invertida, donde la Constitución es el último de los límites, o el primero de los límites, y es también el primero y el último de los fundamentos del poder público y de cualquiera de sus actuaciones.

Pero quiero centrarme en el papel del juez constitucional, y de la jurisprudencia constitucional, en relación con el régimen jurídico-administrativo en este proceso de constitucionalización, porque es fácil pensar en el derecho administrativo, pensar en el funcionamiento de la administración pública, pensar la relación en funcionamiento de la Constitución en la administración ciudadana, pero, ¿qué implica eso? ¿Cuál es el verdadero alcance de esta cuestión?

Es fácil pensar que la Constitución permea al derecho administrativo, pero, ¿cuánto lo permea? ¿Hasta dónde lo permea? ¿Qué significa permear o visualizarlo? Y aquí hay que pensar que el juez constitucional es un mecanismo de control, un mecanismo de garantía de la constitucionalidad, un medio de eficacia del valor de la Constitución como norma jurídica, pero si hablamos de mecanismos de control, hay que pensar que el juez



constitucional es un elemento dentro de un sistema de control sobre la administración pública.

Eso significa que el sistema está compuesto de piezas diversas, cada una con su rol: el juez constitucional, el juez contencioso-administrativo, los sistemas de control que se manejan con los sistemas administrativos, el sistema de control popular, los sistemas de controles políticos; es decir el sistema de control es complejo, y sería un error de fondo pensar que hay un mecanismo de control más importante que otro. Todos los mecanismos se imbrican, se articulan, de alguna manera, y permiten que ese control sea realmente un control sistémico.

El juez constitucional es un garante de que los valores, los principios constitucionales, la norma constitucional, operen realmente en la vida con ese efecto obligatorio. Y es también una consecuencia de pensar en algo desde una perspectiva: es que el derecho administrativo hoy ya no es el derecho en su relación con los ciudadanos, es algo mucho más intenso; hay un diálogo a tres voces, donde está la administración y están los ciudadanos, pero está también la colectividad o la comunidad políticamente organizada.

Ese interés general que las constituciones definen teleológicamente como el elemento al servicio de la administración pública, es realmente el interés que no es resultado de la suma de los intereses individuales de los ciudadanos, ni de la suma de los grupos individuales en que ellos puedan organizarse, sino un elemento que trasciende a esas individualidades, que las refleja. Por lo tanto, el verdadero espacio de operatividad de diálogo de esa realización sigue siendo, en muchos casos, el derecho administrativo.

En ocasiones existen mecanismos que tiene el Estado para garantizar sus intereses, hay mecanismos más claros que el ciudadano, pero en ocasiones, ese interés general queda vagamente protegido, limitadamente defendido, y hay que pensar que el juez constitucional tiene que elevarse, también; es un elemento, una aportación, a esa categoría, sobre todo porque en los últimos tiempos se ha identificado la tutela judicial efectiva como la bandera que permite extender el alcance de ese control buscando precisamente que el ciudadano no tenga solo un espacio de llegar a un juez, que no solo tenga una respuesta en tiempo de ese juez, sino que tenga toda una serie de mecanismos que permitan la protección de su esfera de derecho e interés, que realmente sean mecanismos efectivos, que no solo



se cumpla con el acceso, sino antes, durante, y después, que lleve realmente la justicia a las últimas consecuencias.

Eso convierte la Constitución, y al juez constitucional, en mecanismos al servicio de la justicia, no de otro segmento del Estado, no de otros elementos, no de otros intereses... No se trata solo de balancear los poderes, no es solo para garantizar los derechos humanos, sino -sobre todas las cosas- que el juez constitucional es, como todas las estructuras del Estado, un mecanismo de realización de la condición humana.

Por eso es que la dignidad humana, la libertad, toman este valor, potenciado en estos momentos, y no se explica, porque hoy no se puede explicar, al ciudadano sin Estado, ya no se puede pensar como en el siglo 19, que mientras menos administración y menos Estado hayan, hay mayor libertad. Y esto no lo descubrió un socialista, no lo descubrió un comunista -siempre me gusta decir estas cosas-. Eso lo descubrió santo Tomás de Aquino, cuando habló del Estado como factor de felicidad, como mecanismo de corrección social, porque es, además, una cuestión de sentido común.

La libertad no se puede mirar solo desde la individualidad, la soledad del hombre frente a los demás; no hay Robinson Crusoe en esto. La libertad pasa por la libertad individual, pero no hay libertad individual sin libertad social, y no hay libertad social sin mecanismos que garanticen que realmente este hombre, este ciudadano, tenga toda esa dinámica.

Por lo tanto, hoy la constitucionalización del derecho, el derecho administrativo, coloca en el centro al ciudadano, es verdad, pero no al ciudadano visto con sus deberes y sus derechos frente a un Estado, sino al ciudadano en la condición humana, que es, en definitiva, para lo que sirve el derecho.

Quiero terminar llamando la atención hacia varios elementos: primero, los retos que implica la constitucionalización del derecho administrativo, que es una mirada no nueva, una mirada más profunda desde lo que significa el derecho administrativo, una mirada mucho más diversa al derecho administrativo. Es la manera de decir que la administración no monopoliza el interés público, sino que el interés público no es patrimonio de nadie en particular, sino patrimonio de todos, y por eso hay que articular los mecanismos y garantizar que permitan una viabilización.

Segundo, porque hay peligros, también, y disculpen que pueda parecer un hereje, pero como decía Paul Benoit, en ocasiones, “en toda herejía hay



una base de verdad”; estamos asistiendo a un mecanismo de potenciación del rol de la Constitución y estamos “cantando” la potenciación del juez constitucional. Pero hay que pensar también que ese es un movimiento intencionado. Se nos está dando en la vida pública hoy un desplazamiento hacia los poderes del juez.

Ahí se está dando un desbalance, también. El juez constitucional es el elemento de cierre de la evaluación de la juridicidad del sistema, por lo tanto, es el mecanismo más intenso, supremo, del control. Pero siempre hay una pregunta simple: ¿Quién controla al controlador? Porque -en definitiva- los jueces son también personas, con sus visiones, con sus miradas, con una norma escrita que no es explícita, sino que hay que extraerla como consecuencia de ella, y cada consecuencia depende de los ojos con que se mira esa cuestión.

Cuba fue el primer país que experimentó, en el hemisferio occidental, un poder concentrado de constitucionalidad, cuando en 1940 se creó la Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero efectivamente fue en 1949. Unos meses después de esta norma, un agudo autor decía: “Ojo, porque si el Tribunal Constitucional pierde el equilibrio y cede su rol frente a la política, realmente puede convertirse en un elemento que disocie todo el sistema más que lo fortalezca”.

Los valores constitucionales son no solo las máximas aspiraciones, sino las normas y los principios que en un nivel de ordenación permiten realmente el juego de esa vida intensa al día de hoy que ya no permite pensar que cada cual está en su sitio, sino que cada cual tiene que relacionarse intensamente de una manera, y cuando vemos las estructuras del Estado, no podemos menos que pensar que dentro de todas esas estructuras del Estado, la administración pública es la más potente, la más compleja, definitivamente, y la que garantiza que todo el resto de la vida se convierta en un mecanismo de operatividad que permita responder a esos intereses.

Por eso es que en 1917, el entonces presidente del Tribunal Supremo de Cuba, una de las figuras más importantes del derecho en su época, políticamente también muy controversial, José Antolín del Cueto, en uno de los discursos de apertura del año judicial definió el rol de la jurisprudencia utilizando la frase de Thiers: “La ley reina, pero la jurisprudencia gobierna”, en referencia a aquella frase de que “el rey reina, pero el primer ministro gobierna”.



Si nos podemos en contexto, creo que dentro del ordenamiento jurídico podemos decir que “la Constitución reina y la jurisprudencia constitucional gobierna”, porque realmente es el gobierno necesario. Pero yo quiero llamar la atención, desde la visión de un humilde profesor de Derecho Administrativo, a que ese gobierno de la jurisprudencia constitucional no puede usurpar el reinado de la Constitución, sino que, todo lo contrario, tiene que hacer un gobierno para fortalecer ese reinado.

Por lo tanto, la vida nos está diciendo que nuestras órdenes giran en relación hacia la Constitución con toda la fuerza normativa que destacan, pero el juez constitucional tiene un papel hoy, que libreme Dios de tenerlo yo, que es precisamente convertirse en elemento cualificado de toda esa realidad, de todo ese orden necesario.

Constitucionalizando el ordenamiento jurídico, constitucionalizamos también toda la dinámica de nuestras relaciones, pero constitucionalizarlas no es solo verlas de manera diferente, es fortalecerlas; por lo tanto, constitucionalizar el derecho administrativo es un paso importante en un camino que aun se está caminando, el camino del control de la administración pública, que será un camino lleno de insuficiencias.

Hemos dado un paso de evolución, pero es un camino que requiere de fuerza e inteligencia de todo el mundo, señores, porque la administración pública no es algo ajeno al ciudadano, porque el Estado no es algo ajeno al ciudadano, son realidades de nuestra condición humana, y solo podremos llamarnos personas realizadas cuando tengamos un aparato administrativo, un aparato público, que responda, indudablemente, sin obstáculos y rectamente, a esa realización.

Juristas, nos queda mucho que hacer todavía, y no podemos decirnos que podemos descansar tranquilos.

Muchas gracias.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO. EL
CAMINO HACIA EL CONTROL DE LA
ADMINISTRACIÓN: AVANCES Y RETOS
EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

PANEL

Magistrado Rafael Vásquez Goico,
presidente del Tribunal Superior Administrativo
de la República Dominicana

Dr. Olivo Rodríguez Huertas,
embajador de la República Dominicana ante el Reino de España

Magistrada Mildred Hernández,
jueza de la Corte de Trabajo del Departamento Judicial
de La Vega, República Dominicana

Dra. Rosina de la Cruz Alvarado,
socia de la firma De La Cruz Alvarado Abogados



Mag. Rafael Vásquez Goico

Licenciado en Derecho (*Magna cum laude*) por la Universidad Eugenio María de Hostos. Especialista en Derecho Judicial por la Escuela Nacional de la Judicatura, en Derecho Procesal Civil por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Es magister en Derecho Constitucional, PUCMM, y en Derechos y Libertades Fundamentales, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Actualmente, es el juez presidente del Tribunal Superior Administrativo. Ha tenido una labor docente activa en materias ligadas al Derecho Laboral, Teoría del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, tanto en la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), como en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), PUCMM, Universidad Iberoamericana (UNIBE) y la Universidad APEC. Ha publicado varios ensayos y artículos –en la *Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas*, *Revista de Estudios del Derecho del Trabajo*, *Gaceta Jurídica Virtual* y *Anuario del Tribunal Constitucional* – y la obra *Los incidentes en el procedimiento laboral*.

RAFAEL VÁSQUEZ GOICO

Control de la legalidad y la justicia administrativa: La constitucionalización de los procesos contencioso administrativos

Introducción

Antes que nada quisiéramos agradecer a la comisión escogida por el Tribunal Constitucional Dominicano para la organización de este IV Congreso Internacional de Derecho y Justicia Constitucional nuestra escogencia para la presente participación como ponente. Sinceramente es un privilegio poder aportar ideas en un evento de tanto prestigio como el que nos tiene acostumbrado nuestro Tribunal Constitucional dominicano de manera periódica.

Lo anterior se potencializa por la materia que nos fuera encomendado: El control de la legalidad y la justicia administrativa: la constitucionalización de los procesos contencioso administrativos; tema este que guarda una estrechísima relación con la idea central o “hilo unificador” de este evento referido a la “constitucionalización del Derecho”. Decimos esto debido a que, frente a la vigencia de la vetusta Ley 1494 del año 1947, con más de 70 años de permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, resulta muy interesante abordar específicamente de la Constitucionalización del Proceso Contencioso Administrativo en la República Dominicana.

Debido al tema propuesto, nuestra ponencia debe girar en torno a dos ejes centrales. El primero, relacionado con el control de la legalidad a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa y el segundo, relacionado a algunos aspectos sobre la Constitucionalización del Proceso Contencioso Administrativo.



1.- Control de la legalidad de la actuación administrativa a cargo de la jurisdicción administrativa.

Sin duda alguna que la aparición de la justicia administrativa es un fenómeno relativamente reciente, que tiene sus raíces inmediatas en los principios formulados por el filósofo de la ilustración Jean-Jacques Rousseau en el sentido de instaurar una forma de gobierno que ponga a la ley por encima de los hombres, el cual vino a ser concretizado finalmente por la Revolución Francesa.

Una primera consecuencia de este orden de cosas lo fue el dogma de la soberanía nacional, la cual se encontraba fundamentada en la concepción de la ley como voluntad general e indiscutible y dispensada de controles. Este concepto de soberanía venía acompañado del entonces rígido principio de la separación de poderes, que en esa época se concebían como absolutamente independientes en sus funciones, las cuales eran consideradas entonces como “especiales” unas frente a las otras.

Posteriormente esta soberanía nacional derivó en soberanía de la ley, ya que el poder del pueblo (soberanía nacional) pasó al poder legislativo (parlamento), creando lo que podría denominarse como soberanía parlamentaria, en donde el acto por antonomasia del parlamento (la ley) era considerado como emanado por el pueblo mismo y por tal situación exento de controles, muy específicamente a cargo de los jueces que en ese entonces estaban desacreditados por su participación en el antiguo régimen monárquico.

Nace así el principio de legalidad, que podría decirse que es sobre el cual se asienta el nuevo Estado Liberal europeo continental que nace con posterioridad a la mencionada Revolución Francesa, el cual, principalmente en Francia, adquirió dos características básicas: a) El monopolio atribuido al Poder Legislativo para el dictado de normas generales; y b) el impedimento de que los Tribunales del orden judicial pudieran juzgar a la administración¹. Con el principio de legalidad también surge también lo que se denomina como el “positivismo legalista”.

1 S. Muñoz Machado, Tratado de Derecho Administrativo y Público General, Segunda Edición, Iustel, Madrid, 2006.



1.1 ¿Qué implica el control de la legalidad?

Uno de los problemas más importantes del sistema francés y posteriormente europeo fue esa posición hegemónica que se otorgó a la ley en detrimento de la Constitución. En efecto, tal y como se ha expresado anteriormente, la ley era considerada como emanada del pueblo mismo, razón por la que devino en incontrolable por ningún otro poder público. Es que los asambleístas de la Revolución Francesa tenían tanto miedo que otro monarca absoluto arribara al poder –lo cual no era un asunto descabellado debido a la herencia cultural e histórica que tenía la Europa continental de ese entonces– que prefirieron otorgar el Poder del Pueblo (soberanía popular) al parlamento (soberanía parlamentaria). Ello, a diferencia de lo que ocurrió en las colonias inglesas de América del Norte en la formación de la nación que hoy se conoce como Estados Unidos de Norteamérica, donde el poder del pueblo no fue pasado al Poder Legislativo, sino que quedó en el pueblo mismo, es decir, en su Constitución, teniendo los jueces el deber de reivindicarla, incluso frente a la misma ley.

Así las cosas, un primer problema que se planteó fue si el control de legalidad se refería solo a la ley “*stricto sensu*”, es decir, al acto por antonomasia del Poder Legislativo, o por el contrario también implicaba la concordancia de la actividad de la administración con la Constitución. Hemos dicho que en Europa Continental en un primer momento fue de esa manera (respeto únicamente a la ley escrita), pero luego ocurrió lo que se conoce como “constitucionalización de la legalidad” en la que los Principios y Derechos de las personas consagradas por la Constitución pasaron a ser un control del accionar de los Poderes Públicos. Es el caso del ordenamiento jurídico dominicano que ha seguido, desde sus orígenes en ese aspecto, al sistema norteamericano que consagra la primacía de la Constitución.

Otra derivación constitutiva de control de legalidad de los Poderes Públicos es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo contenido está en las Convenciones y Tratados suscritos y ratificados por los Poderes Internos Dominicanos, ello en vista de que la nueva dogmática del Derecho Constitucional establece que estas normas forman parte del Derecho Interno Dominicano, incluso con rango idéntico al de la Constitución. En efecto, el artículo 74.3 reza de la manera siguiente: “*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”.

Lo anterior podríamos considerarlo con una extensión del principio de legalidad “hacia arriba” respecto a un concepto estricto de la ley, pero también sucedió una extensión “hacia abajo”, la cual se verificó con la insuficiencia de la ley “stricto sensu” para regular todas las situaciones ocurridas con el devenir de los tiempos en diversas circunstancias sociales, económicas y tecnológicas, lo cual provocó que la función reglamentaria que realizaba el Poder Ejecutivo fuera más allá de una simple aplicación de normas, enfrascándose en funciones normativas delegadas, incluyendo atribuciones excepcionales en casos de urgencia o calamidad pública que en otrora era función únicamente del Poder Legislativo. Este proceso ha llegado a que en algunos ordenamientos constitucionales se ha creado: a) una función normativa residual para que el Poder Ejecutivo reglamente materias que no están reguladas por la ley; y b) una zona reglamentaria independiente (por materia) a favor del reglamento. Adicionalmente el monopolio de la ley se ha visto “desafiado” en muchos países por la creación de normas por entidades no estatales de derecho público (colegios profesionales, convenciones colectivas de trabajo, etc.).

Podría decirse, sin temor a equivocarnos, que nuestra Constitución vigente abraza este proceso que hemos designado como de extensión “hacia arriba” y “hacia abajo” del concepto “stricto sensu” del concepto de ley, al momento en que el artículo núm. 165 de la Constitución establece como competencia del Tribunal Superior Administrativo lo siguiente: *“Artículo 165.- Atribuciones. Son atribuciones de los tribunales superiores administrativos, sin perjuicio de las demás dispuestas por la ley, las siguientes: 1) Conocer de los recursos contra las decisiones en asuntos administrativos, tributarios, financieros y municipales de cualquier tribunal contencioso administrativo de primera instancia, o que en esencia tenga ese carácter; 2) Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia; 3) Conocer y resolver en primera instancia o en apelación, de conformidad con la ley, las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles; 4) Las demás atribuciones conferidas por la ley”.*



Estimamos muy significativo que este texto, disponiendo a propósito de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en general y del Tribunal Superior Administrativo en particular, reconozca que podrá interponerse un recurso contencioso contra los actos y actuaciones “contrarios a derecho”. Sin duda alguna que este es un reconocimiento casi expreso de que el control de la legalidad de los poderes públicos no se circunscribe a la ley “stricto sensu”, sino que abarca la concepción del Derecho² que esté más acorde con la teoría constitucional vigente.

Sobre este particular el Tribunal Constitucional Dominicano dictó una decisión, la TC/0021/13, que es cónsona con todo lo antes dicho y cuya motivación en ese aspecto dice lo siguiente: *“La acción directa en inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución y 36 de la referida Ley No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas); es decir, aquellos actos emanados de los poderes públicos con carácter normativo y alcance general.*

9.2. *La Orden General No. 017-2009, de la Jefatura de la Policía Nacional, de fecha treinta y uno (31) de marzo de dos mil nueve (2009), objeto de la acción directa de inconstitucionalidad que nos ocupa, no constituye una norma de alcance general.*

9.3. *Conforme a lo dispuesto por el artículo 165.2 de la Constitución, incumbe a los tribunales superiores administrativos: “Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia”.*

9.4. *La Orden General No. 017-2009, de la Jefatura de la Policía Nacional, es una actuación derivada de las relaciones de los particulares involucrados en la misma y un órgano de la Administración del Estado. Por tanto, para el apoderamiento de un recurso contra dicha Orden General, en el que se aleguen actuaciones contrarias al derecho incurridas en su expedición y ejecución, deberán observarse las prescripciones del indicado artículo 165.2 de la Constitución de la República.*

2 Utilizamos aquí el concepto derecho como ordenación objetiva de una comunidad, no como beneficio subjetivo.



9.5. *En el caso ocurrente, conforme se comprueba por certificación expedida por la Secretaria General de la Procuraduría General de la República, Kenia A. Peña Rodoli, del cinco (5) de junio de dos mil doce (2012), que reposa en el expediente, existe un recurso contencioso administrativo interpuesto por Melvin Rafael Velásquez Then contra la Orden General No. 017-2009.*

9.6. *En consecuencia, en la instrucción de dicho recurso, en cumplimiento de la prescripción del artículo 165.2 de la Constitución, la jurisdicción contenciosa administrativa podrá examinar todas las actuaciones contrarias al derecho alegadas contra dicha Orden General, incluyendo, por la vía difusa, las cuestiones de inconstitucionalidad. En este caso, este Tribunal Constitucional pudiere garantizar la supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, conforme al artículo 185.1 de la Constitución, mediante el recurso de revisión que pudiere interponerse contra la sentencia definitiva e irrevocable que se dicte como culminación del referido recurso contencioso administra”.*

1.2 ¿Tiene la jurisdicción administrativa el monopolio del control de la actuación de la administración pública?

Lo que se intentará aquí es reflexionar sobre si tiene cobertura constitucional la afirmación de si corresponde de manera exclusiva al Tribunal Superior Administrativo el control de los actos dictados por la administración pública, es decir, si dicha competencia o facultad es un monopolio creado por la Constitución vigente a favor de dicha jurisdicción.

Antes que nada, debemos partir de dos presupuestos básicos: a) una afirmación como esta, atribuyendo competencia exclusiva a la jurisdicción administrativa para conocer del control en derecho de los actos de la administración pública, solo tendría sentido si se tiene en cuenta el bien jurídico de la especialidad del tribunal como garantía de una óptima justicia material de los fallos (Tutela Judicial Efectiva); y b) debemos tener en cuenta que cualquier interpretación atributiva de monopolio a cargo de la jurisdicción administrativa podría tener como sustento que la constitución estructura una jurisdicción administrativa de dos (2) grados, pero que en la actualidad solo existe el Tribunal Superior Administrativo que es un órgano de concebido normativamente como de apelación, el cual es, por el asunto de la especialidad antes comentado, la única jurisdicción



puramente administrativa, ya que las demás que podrían conocer asuntos administrativos no exhiben dicha condición.

Dicha reflexión es muy importante ya que, en caso de ser verdad, ello implicaría la no conformidad de las leyes que otorgan potestad a otras jurisdicciones diferentes a la Administrativa para controlar la legalidad de ciertos tipos de administraciones públicas. La razón por la que una ley haría esto es evidente, ya que en muchos casos la competencia de atribución de una jurisdicción en particular es más afín con la naturaleza de las situaciones que deben ser decididas por algunas administraciones especializadas, lo que las hace más idóneas para realizar las apreciaciones y valoraciones de lugar a los fines de tomar decisiones más justas.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia parece opinar lo contrario cuando en su sentencia de fecha 27 de mayo del año 2015, dictada por la Tercera Sala, B.J. Núm. 1254, sentencia Núm. 48, estableció lo siguiente: *“Considerando, que en el desarrollo de su único medio de casación la recurrente alega en síntesis, que el Tribunal Superior Administrativo antes de conocer el alegato de incompetencia que le fuera planteado por la parte recurrida, debió, en atención a las disposiciones del artículo 31 de la Ley No. 1494 de 1947, sobreseer el caso y luego someter la cuestión ante la Suprema Corte de Justicia, para que sea ésta la que decida sobre la referida excepción de incompetencia; que en virtud del artículo 1ro. de la Ley 1494/47 y 165 de la Constitución, el Tribunal Superior Administrativo está investido par intervenir, de manera exclusiva, en un proceso de naturaleza administrativa, es decir, entre la administración y un particular, sea como jurisdicción de segundo grado para conocer de los recursos contra los actos jurisdiccionales de los tribunales contencioso administrativos de primera instancia o que en esencia tengan ese carácter, o bien como tribunal de primer grado para conocer de los recursos contra los actos administrativos del estado en su relación con los particulares y que no competen en primer término a otro tribunal contencioso administrativo; que en el presente caso se está frente a una Resolución del Director General de la Onapi en sus funciones puramente administrativas y cuyo conocimiento en primer término, de manera contenciosa, no compete a ningún otro órgano más que al Tribunal Superior Administrativo;*

Considerando, que para fundamentar su decisión el tribunal a-quo sostuvo que: “del análisis del expediente, este Tribunal ha podido comprobar que de conformidad con lo establecido en el artículo 157 numeral 2 de la Ley 20-00 sobre Propiedad Intelectual, se le atribuye la competencia exclusiva



a las Cortes de Apelación de los Departamentos Judiciales correspondientes al lugar donde esté ubicada la Oficina Nacional de Propiedad Industrial, en sus atribuciones civiles y comerciales, y en el caso de la especie y en consonancia con lo expresado por la parte recurrida y el Procurador General Administrativo, es procedente declarar la incompetencia de este tribunal y en consecuencia declinar el presente expediente por ante la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial del Distrito Nacional, por su conocimiento y fallo;

Considerando, que del estudio de la sentencia impugnada y de la documentación a la que ella se refiere, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha podido establecer, que el Tribunal Superior Administrativo yerra al dictar su decisión declarando su incompetencia para conocer del recurso jurisdiccional intentado contra la Resolución administrativa dictada por la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, (Onapi), puesto que conforme a lo previsto por los artículos 139 y 165 de la Constitución Dominicana, a los Tribunales Superiores Administrativos les corresponde, de forma exclusiva, conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares;

Considerando, que ha sido juzgado, que al resultar incuestionable que el acto dictado en la especie por la Onapi en perjuicio de los intereses de la hoy recurrida constituye un acto administrativo, esto evidencia, sin lugar a dudas, que le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la facultad de controlar la legalidad de esta actuación administrativa, ya que así lo ordenan los dos textos previamente indicados, que son principios sustantivos de la Constitución de la República y que se imponen a toda ley o a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico en virtud del principio de supremacía constitucional consagrado por el artículo 6 de la misma; esto es así, porque la Constitución como norma suprema está asegurada por el contenido del referido artículo; y por lo tanto, como norma fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico da lugar a que su contenido permita la derogación de leyes y disposiciones anteriores cuando son opuestas a ésta, lo que vale decir, la pérdida de vigencia de tales normas, por aplicación del criterio de temporalidad y de jerarquía desprendidos del contenido del indicado artículo 6;



Considerando, que aplicando este contenido al caso de la especie se puede concluir, que la disposición establecida por el artículo 157 de la Ley núm. 20-00 que le atribuye competencia a los tribunales de derecho común para conocer de los recursos contra las decisiones del Director de la Onapi, si bien en su momento era una norma constitucional en la forma y el fondo, ha quedado derogada deviniendo en inconstitucional a consecuencia de la Reforma Constitucional de 2010, en la que los artículos 139 y 165 de la Constitución le han atribuido competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, encabezada por los Tribunales Superiores

Administrativos, para ejercer el control de legalidad sobre la actuación administrativa;

Considerando, que de esto se desprende, que la disposición contenida en el citado artículo 157 de la Ley núm. 20-00 se encuentra actualmente derogada por el precepto constitucional, por lo que la Corte de apelación, como tribunal de derecho común, luego de la Reforma Constitucional de 2010, no tiene facultad de conocer del recurso indicado en dicho texto, cuando la decisión recurrida, como ocurre en el presente caso, recaiga sobre un acto administrativo, puesto que esta materia es de la competencia exclusiva de la Jurisdicción Contenciosa- Administrativa, porque así lo dispone la Constitución;

Considerando, que al ser la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer de la legalidad de los actos de la administración, procede casar la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo a fin de que sea apoderado nuevamente el Tribunal Superior Administrativo para que proceda a conocer el fondo del asunto”.

El problema con esta decisión es que inhabilitaría cualquier otro Tribunal que no fuera parte de la jurisdicción administrativa³ para conocer el Contencioso Administrativo. Pensemos por ejemplo en el artículo 3 de la Ley 13-07 sobre traspaso de competencias del Tribunal Superior Administrativo cuyo texto es el siguiente: “Artículo 3.- Contencioso Administrativo Municipal. El Juzgado de Primera Instancia en sus atribuciones civiles, con la excepción de los del Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo,

3 En la actualidad el único Tribunal con esta característica es el Tribunal Superior Administrativo, ya que no se han conformado la jurisdicción administrativa de primer grado prevista en la Constitución.



serán competentes para conocer, en instancia única, y conforme al procedimiento contencioso tributario, de las controversias de naturaleza contenciosa administrativa que surjan entre las personas y los Municipios, entre las que se incluyen las demandas en responsabilidad patrimonial contra el Municipio y sus funcionarios por actos inherentes a sus funciones, con la sola excepción de las originadas con la conducción de vehículos de motor, así como los casos de vía de hecho administrativa incurrido por el Municipio. Al estatuir sobre estos casos los Juzgados de Primera Instancia aplicarán los principios y normas del Derecho Administrativo y sólo recurrirán de manera excepcional, en ausencia de éstos, a los preceptos adecuados de la legislación civil”.

Este texto está literalmente otorgando competencia al Juzgado de Primera Instancia, “en sus atribuciones civiles” para que conozca de los conflictos entre las personas y los Municipios. La razón de esto es también obvia, ya que los habitantes de un municipio lejano no tendrán que venir a la capital a dirimir los conflictos en el Tribunal Superior Administrativo, afectando de ese modo de manera sensible el acceso a la justicia protegido por la Constitución su artículo 69.1. Ahora bien, si es verdad que la jurisdicción administrativa tiene el monopolio del Control de las actuaciones de los poderes públicos conforme a nuestra Carta Magna ¿qué pasaría con este texto?

¿Respetaría la Constitución?

Podemos decir que la Ley 13-07 comete un error al establecer que el Contencioso Municipal a cargo de los Juzgados de Primera Instancia se conocerá en atribuciones civiles, ya que bien se pudo decir que esos asuntos se conocerán en atribuciones administrativas. No obstante, en ambos casos el problema persiste puesto que es un tribunal no especializado que controlará la actividad de los municipios, lo cual tendría un roce con la Constitución en caso de que se piense que el monopolio de ese control lo debe ejercer el órgano que actualmente conforma la jurisdicción administrativa especializada, que para el caso es el Tribunal Superior Administrativo. Por lo tanto, creemos que cuando una ley atribuye a un tribunal no perteneciente a la jurisdicción administrativa el control de alguna actividad especial de los Poderes Públicos, dicho tribunal en ese caso, actúa como jurisdicción administrativa para esos casos específicamente, pues como



veremos a seguidas, la Constitución no ampara ese monopolio que podría ser sustentado en la especialidad.

En efecto, la Constitución establece en su artículo 139 que “los Tribunales” en sentido general controlarán la legalidad de la administración pública, y el propio artículo 164 que establece la existencia de la jurisdicción administrativa, dice que estará integrada por los tribunales superiores administrativos y tribunales contenciosos administrativos de primera instancia, los cuales tendrán las atribuciones “que dicte la ley”, razón por lo que el artículo 165.2 de la Constitución debe ser interpretado como residual en el sentido de que cuando una ley no atribuya el control de la legalidad de los Poderes Públicos a una jurisdicción específica, corresponderá esta tarea al Tribunal Superior Administrativo.

El proyecto de ley de control de la actuación administrativa que cursa en el Congreso actualmente adopta esta última posición de no monopolio de la jurisdicción administrativa en su artículo 4, cuando plantea textualmente lo siguiente: “**Artículo 4.- Ámbitos excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa.** *Se excluyen del ámbito del control contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a la jurisdicción constitucional, civil, penal, contencioso-electoral, arbitral y laboral, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública*”.

2. Algunos aspectos sobre la Constitucionalización del Proceso Contencioso Administrativo.

2.1 La legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa: el problema del interés legítimo planteado por el artículo núm. 1 de la Ley 1494 del año 1947.

Un primer punto a tratar aquí es que el artículo núm. 1 de la ley mencionada está vigente. Con respecto al tema de los requisitos de acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa si se quiere es un poco contradictorio, pues en su parte general primero exige la presencia de un interés legítimo para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa y en la letra “c” de este mismo artículo se requiere de la presencia del

Derecho Subjetivo para poder accionar. Este texto no ha sido reformado ni por la ley Núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la administración y de Procedimiento Administrativo, pues



esta trata sobre el procedimiento que debe seguir la administración para el dictado de los actos y no cubre lo contencioso jurisdiccional propiamente dicho⁴, ni mucho menos por la ley 137/11 que regula el procedimiento de la acción de amparo⁵.

Interés legítimo y Derecho Subjetivo son dos conceptos diferentes. El interés legítimo es una figura cercana –pero no idéntica– a la de derecho subjetivo. Consiste en cualquier situación de ventaja, beneficio o de compensación de un perjuicio que procura el demandante con su pretensión, lo cual la diferencia del derecho subjetivo en que este último configura una institución jurídica prevista expresamente en el ordenamiento a favor del que la invoca. En el caso del interés legítimo lo que debe establecer el demandante es una situación o posición fáctica y jurídica de cuyo contexto y naturaleza nace un vínculo que une la pretensión del accionante con el objeto del pleito, haciéndolo titular del beneficio o ventaja reclamada (Derecho)⁶. Se trata en definitiva de la invocación de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante, es decir, no ajeno ni abstracto, perteneciente a su círculo de intereses. En algunos casos inclusive se ha vinculado el interés legítimo a la noción de lesión o daño en los derechos del litigante. Eso sí en ambos casos es necesaria la ilegalidad de la actividad de los poderes públicos, ya que la verificación de la apertura a la jurisdicción, así como la facultad jurisdiccional de la jurisdicción administrativa solo es posible en el caso de un accionar contra derecho por parte de los poderes públicos, pues en caso contrario habría un resquebrajamiento del principio de separación de poderes.

Sin embargo la letra “c” del mismo artículo 1 de la ley 1494 del año 1947 impone como requisito para interponer el recurso contencioso administrativo contra actos administrativos que violen la ley, que éstos “... vulneren un derecho, de carácter administrativo, establecido a favor del recurrente por una ley, un reglamento, un decreto o un contrato administrativo”.

4 Independientemente de lo dicho hay que observar que el artículo 17 de la mencionada ley No. 107/13 exige la presencia de un derecho subjetivo o interés legítimo, individual o colectivo para poder ser considerado como interesado en el procedimiento administrativo.

5 Muy específicamente el interés en materia de amparo en defensa de derechos colectivos o intereses difusos que es diferente al interés para acceder al Contencioso Administrativo, ello aunque ambas acciones sean de la Competencia de la jurisdicción Administrativa.

6 Preferimos aquí la concepción del término derecho bastante omnicompreensiva de otros conceptos, entre los que se incluye el de “interés legítimo”.



Esto obviamente plantea una contradicción con la parte general del texto en cuestión que exige solamente la presencia del interés legítimo, ya que hemos visto que son figuras diferentes.

Esta contradicción podría solucionarse estableciendo una interpretación de estas normas conforme a la constitución mediante la aplicación de la norma más favorable para el titular del Derecho Fundamental de acceso a la justicia (Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva previsto en el artículo 69.1 de la Constitución), ello de conformidad con el artículo 74.4 de nuestra Carta Magna, caso en el cual tendría efecto únicamente la exigencia del interés legítimo como requisito para el ejercicio del Derecho de Acción ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ser la situación más beneficiosa para los Derechos Fundamentales de la persona.

Sin embargo 2 situaciones previstas en la constitución parecen influir en la cuestión planteada. La primera se refiere al texto del artículo Núm. 139 y lo segundo se relaciona con la aparición, en el artículo 66 de la Constitución vigente, de los “Derechos e intereses colectivos”.

1.2.1 El artículo Núm. 139 de la Constitución establece que: “control de legalidad de la administración pública. Los Tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la administración pública. La ciudadanía puede requerir es control a través de los procedimientos establecidos en la ley”. Resulta común que muchos cultores del Derecho Administrativo sostengan que este texto debe ser interpretado en el sentido que corresponde a la “ciudadanía” en general reclamar el control de los actos de la administración pública ante los Tribunales. Si esto es así estamos en presencia de una acción popular, en donde la persona del demandante no tiene importancia práctica, así como tampoco las nociones de interés o legitimación, ya que lo importante es el control objetivo de la legalidad. Cualquiera, sin excepción, tendría acceso a la jurisdicción administrativa, con los inconvenientes relativos a la incapacidad de la misma de atender la avalancha de casos que podría producirse⁷.

7 Sostenemos que este texto del artículo 139 no podría ser interpretado así, ya que el mismo establece de manera expresa que el control derecho a los actos de la administración pública lo realizaría la ciudadanía “a través de los procedimientos establecidos por ley”, permitiendo de ese modo que la ley procesal determine diversos asuntos, entre los que obviamente se encuentran la determinación de los requisitos para su reclamo ante los jueces.



Hay que entender que ciertamente sería ideal que no existieran límites ni requisitos especiales para el acceso a la jurisdicción administrativa y que los Tribunales de ese orden se abocaran a reglar la legalidad de todas las actuaciones cuyo control requirieran las personas, satisfaciendo de ese modo el mandato dispuesto por la cláusula del Estado de Derecho; sin embargo, también es cierto que todo Tribunal, por mucha estructura que tenga, solo puede atender a una suma determinada de casos en términos materiales, ello al igual que una oficina pública solo puede atender eficazmente un número limitado de peticiones o un hospital una cantidad determinada de enfermos. Creemos entonces que hay que crear un equilibrio entre dos polos opuestos: a) la posibilidad de una acción popular donde no existan límites ni requisitos especiales para el acceso a la jurisdicción, ni sean de importancia práctica las nociones jurídicas de interés o legitimidad; y b) la existencia de un derecho subjetivo previsto con anterioridad de manera expresa por el ordenamiento jurídico, lo que ya hemos visto restringe más el acceso a la justicia que la noción de interés legítimo, que es más flexible que aquella.

Nuestro criterio con respecto a los requisitos procesales que determinen el acceso a la jurisdicción administrativa deben ir de la mano de una noción maleable lo que se conoce en el derecho administrativo como interés legítimo, debiendo relacionarse dicha noción con tres (3) situaciones básicas: a) que la sentencia que se solicite (materia que conforma la pretensión del accionante) esté dentro de su círculo de intereses, es decir, debe procurarse algún tipo de beneficio con su pretensión; b) que lo anterior se determina por la posición o situación jurídica o fáctica del accionante; y c) que haya una violación jurídica a una regla de derecho administrativo por parte del órgano público demandado.

Esta parece ser la razón por la que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, mediante sentencia Núm. 233 del 11 del año 2006, boletín inédito⁸, decidió lo siguiente: *“Considerando, que al examinar la sentencia impugnada se advierte, que para acoger el medio de inadmisión propuesto por el Procurador General Administrativo, basado en la falta de calidad y de interés de la entonces recurrente y por vía de consecuencia declarar inadmisibile el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la*

8 www.suprema.gov.do



Asociación de Industrias de la República Dominicana, los jueces del Tribunal Superior Administrativo establecieron lo siguiente: “La calidad es el título en cuya virtud una parte o litigante figura en un acto jurídico o juicio; asimismo es el poder en virtud del cual una persona ejerce una acción en justicia, lo cual puede traducirse en la cualidad de un sujeto jurídico consistente, dentro de una situación jurídica determinada, en hallarse en la posición que fundamenta, según el derecho, el otorgamiento en su favor de una tutela jurídica que ejercita, o la exigencia de esta; la intención del legislador es de limitar el derecho de la ciudadanía a acceder al sistema de justicia, según la cual para actuar es necesario tener comprometido un interés personal y directo; ponderados los documentos que reposan en el expediente, así como los hechos y argumentos de las partes hoy litigantes, al pedimento de inadmisión por falta de calidad e interés, solicitado por el Procurador General Administrativo, esta Sala considera, que si bien es cierto que la Asociación de Industrias de la República Dominicana, Inc., tiene el compromiso de velar por los derechos de un grupo de industrias dominicanas a quien representa y defiende sus intereses, no es menos cierto que la misma fue miembro de la Comisión Técnica de Evaluación de los Proyectos para el trámite de apreciación de las empresas que concursaron en aras de ser beneficiadas por lo establecido en la Ley núm. 28-01 sobre “Desarrollo Fronterizo”; lo que afecta desde un principio su calidad para demandar en justicia, en todo lo relativo a las aprobaciones de empresas, cuando su primer rol era la evaluación, recomendación y asesoría; y luego accionar en justicia para representar intereses de un grupo de industrias, congregando un interés con otro, lo que puede manifestar una parcialización y por ende una calidad viciada que intenta imponer su juicio como juzgador (evaluando los proyectos) y como parte en justicia (para justificarlo y adjudicarlo), razones por las cuales procedemos a declarar inadmisibile el presente recurso y en consecuencia no se examinará el fondo del mismo”; Considerando, que los motivos expuestos precedentemente los que provienen de la sentencia impugnada, revelan la falta de reflexión y confusión que existió entre dichos jueces al momento de dictar esta decisión, que contiene afirmaciones que desconocen el control universal que la Constitución Dominicana pone a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre las actuaciones de la Administración que sean contrarias al derecho, como le fue invocado a dichos jueces por la hoy recurrente, pero que fue obviado por éstos bajo el fundamento erróneo de que la recurrente carecía de calidad y de interés para demandar, ignorando que la capacidad de obrar en el derecho administrativo discurre



por un cauce más amplio que en el derecho común, por lo que en materia administrativa tienen legitimación activa no solo los que sean titulares de derechos subjetivos con “un interés personal y directo” como escuetamente afirmara el tribunal a quo, sino que también tienen calidad para actuar en esta jurisdicción aquellos que sean titulares de intereses legítimos y de derechos de incidencia colectiva que puedan quedar afectados por la actividad de la Administración, derechos que de forma expansiva le confieren a sus titulares la calidad de parte interesada en el procedimiento contencioso administrativo para requerir el control judicial de la legalidad de la actuación de la Administración, como le fue reclamado al tribunal a quo en la especie, pero que no fue debidamente ponderado por dichos jueces, que al declarar inadmisibles los recursos contenciosos administrativos interpuestos por la Asociación de Industrias de la República Dominicana desconocieron la legitimación de dicha recurrente para actuar en defensa de los intereses de sus asociados y del suyo propio, por entender que los actos administrativos recurridos por ella ante dicha jurisdicción resultaban ilegítimos y que afectaban los intereses de la actividad o categoría gremial que dicha asociación industrial tiene como misión proteger; Considerando, que en consecuencia, al negarle el acceso a la hoy recurrente ante la jurisdicción contencioso administrativa para que fueran examinadas sus pretensiones vinculadas con el control de legalidad de una actuación administrativa, sin percatarse de que dicha entidad actuaba en defensa de derechos de incidencia colectiva que estaba a su cargo defender, el tribunal a quo ignoró los cimientos de la legitimación amplia del procedimiento administrativo que se basa en las exigencias del derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva y en la prohibición de indefensión y que se crece en esta materia cuando la Constitución dominicana en su artículo 138 le exige a la Administración actuar con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico del Estado y en su artículo 139 pone a cargo de los tribunales el control de legalidad de esta actuación, otorgando además dicho texto, una legitimación objetiva para que todo ciudadano pueda requerir ese control de legalidad a través de los procedimientos establecidos por la ley, tal como fue reclamado por la hoy recurrente, pero que no fue escuchado por el tribunal a quo a causa de la confusión que reinó entre los jueces que suscribieron esta decisión, quienes no profundizaron en el examen de esta normativa constitucional, no obstante a que le fue invocada por la hoy recurrente; Considerando, que otra parte de esta sentencia donde se advierte la falsa apreciación en que incurrieron dichos jueces al no reconocer la calidad e interés de la entidad recurrente para



interponer dicho recurso, se evidencia cuando establecieron “que el hecho de que la Asociación de Industrias de la República Dominicana sea miembro de la Comisión Evaluadora de los Proyectos concursantes para beneficiarse de los incentivos de la Ley núm. 28- 01 le restaba calidad para demandar por ser juez y parte”, afirmación que es errónea, ya que resulta ser todo lo contrario a la percepción de dichos jueces, puesto que el hecho de que la hoy recurrente forme parte de la Comisión mixta creada por la indicada ley para evaluar las solicitudes y rendir un dictamen al Consejo de Coordinación de Desarrollo Fronterizo sobre los proyectos que pretenden beneficiarse de los incentivos previstos por dicha ley, no la inhabilita para recurrir contra las decisiones de dicho Consejo que al entender de la recurrente no se sujetaban al principio de legalidad sobre el que descansa el derecho administrativo y que le exige a los órganos del Estado que conforman la Administración Pública o que realizan la función administrativa que estén sometidos al derecho y particularmente, al derecho destinado a normar sus actuaciones, como fue reclamado en la especie de forma legítima por la recurrente, justificando su calidad e interés para exigir este control de legalidad al ser una parte afectada por esta actuación de la administración, ya que el tribunal a-quo debió observar que la Asociación de Industrias no es el órgano habilitado legalmente para emitir las autorizaciones de incentivos fiscales a las empresas aprobadas, sino que su participación se limita a rendir un dictamen u opinión favorable o no sobre la viabilidad de dichos proyectos, siendo el Consejo quien tiene la autoridad para emitir las autorizaciones, lo que indica que es un órgano independiente del Consejo al cual solo le ofrece sus recomendaciones, y que por tanto al no tener la autoridad para aprobar estos incentivos de forma definitiva y vinculante no puede ser considerada como juez y parte, como fuera afirmado por dicho tribunal, por lo que no se le puede desconocer su legítimo derecho de recurrir las actuaciones derivadas de dicho proceso de autorización de incentivos fiscales que a su entender resultan ilegítimas, máxime cuando en la sentencia impugnada se da constancia de que en su informe de evaluación, la Asociación de Industrias y otros miembros de dicha comisión se opusieron a la aprobación de dichos proyectos bajo el argumento de que las empresas concursantes no habían agotado los requisitos de publicidad previstos por la ley a pena de revocación de la autorización; Considerando, que aunque estos hechos fueron recogidos por el tribunal a quo en su sentencia, no fueron valorados por dichos jueces en toda su extensión, como era su deber, a fin de que su sentencia estuviera adecuadamente motivada, sino que se observa que dichos jueces al momento de de-



clarar la inadmisibilidad de dicho recurso hicieron caso omiso de estos elementos, que eran sustanciales para decidir, por lo que de haber sido debidamente examinados otra hubiera sido la suerte de esta decisión; Considerando, que por tales razones y al quedar establecido de forma incuestionable que la hoy recurrente está investida de legitimación activa por tener calidad e interés de acudir a la justicia administrativa a fin de exigir el control de legalidad de esta actuación de la administración que alega que resulta ilegítima y que afecta los derechos de incidencia colectiva que ella defiende como asociación industrial que participa en los procesos de aprobación de los incentivos de la indicada ley, esta Tercera Sala entiende que la sentencia impugnada ha incurrido en las violaciones denunciadas en los medios que se examinan, al haber impedido, bajo un razonamiento erróneo que la hoy recurrente accediera a dicha jurisdicción para defender un interés valioso y digno de ser defendido, contrario a lo decidido por dichos jueces, que al no juzgarlo así y no examinar las pretensiones de fondo articuladas por la hoy recurrente dictaron una sentencia que viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que es uno de los pilares de todo Estado Social y Democrático de Derecho y que todo juez está en la obligación de resguardar, al ser un derecho inherente a la persona tal como lo prescribe el artículo 69 de la Constitución, que fue obviamente vulnerado por dichos jueces lo que conduce a que sentencia carezca de base legal; por lo que procede acoger los medios que se examinan y casar con envío la sentencia impugnada, con la recomendación al tribunal de envío de que al conocer del asunto acate los puntos de derecho que han sido objeto de casación, tal como lo dispone el artículo 176, párrafo III del Código Tributario, lo que permitirá el acceso de la hoy recurrente a dicha jurisdicción para que dichos jueces puedan ejercer el control de legalidad que el ordenamiento constitucional les impone sobre las actuaciones de la Administración”;

Hay que apuntar aquí en torno a esta decisión el hecho que, si bien ella deriva efectos jurídicos de la afirmación del artículo 139 de la Constitución en el sentido de que la “ciudadanía” podrá requerir el control de la legalidad de la administración pública, también resulta necesario aclarar que en el caso que se planteó en la especie la Corte Suprema motivó la existencia de un “interés legítimo” para la interposición del Recurso Contencioso, lo cual fue la razón fundamental para que se casara la sentencia del Tribunal Superior Administrativo que declaró inadmisibile la acción sobre la base de la no existencia de un “derecho subjetivo” a cargo del demandante. Adicionalmente, hay que aclarar que la Constitución en el



artículo 139 establece que la ciudadanía ejercerá ese control “a través de los procedimientos establecidos por la ley”, siendo uno de ellos, sin temor a dudas, los requisitos de acceso a la jurisdicción. De modo que si ellos (requisitos de acceso) son establecidos por la ley, no se habrá violentado la letra de la Constitución, sino que se sería una realidad la reserva de ley que ella ha impuesto.

En lo que se refiere a los nuevos derechos fundamentales de naturaleza colectiva y difusa hay que tener presente que el artículo 66 establece que ellos serán ejercidos conforme a la Ley. ¿Qué significa esto? Para lo que nos interesa en este apartado ello se refiere a que una ley regule los requisitos para el reclamo de dichos derechos. En el caso de la acción de amparo, los artículos 68 y 69 de la ley 137/11 establecieron una legitimación tan amplia que podría equiparar el amparo en salvaguarda a derechos e intereses colectivos y difusos con una acción popular. En efecto, dichos textos: a) otorgan calidad al defensor del pueblo para interponer el amparo para la satisfacción de estos derechos; y b) que es lo más sorprendente, permiten “a las personas físicas y morales” interponer la acción de amparo para el reclamo de esos derechos sin mención alguna de la relación que una su situación fáctica o jurídica con el objeto del pleito (legitimación).

Ahora bien, la cuestión es la determinar si esta legitimación popular para la acción de amparo en relación a derechos e intereses colectivos y difusos aplica para lo contencioso administrativo. La respuesta normal sería que no, ya que el artículo 69 de Ley 137/11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos Constitucionales rige únicamente para el proceso constitucional de la acción de amparo y no para procesos de índole ordinaria. En ese sentido habría un vacío que debe ser regido por la nueva ley de control jurisdiccional de los actos de la administración pública que debe sustituir a la vetusta Ley núm. 1494-47 que ya cumple 71 años de vigencia. El proyecto de ley que ahora cursa en el Congreso, dice textualmente sobre este tema lo siguiente: “**Artículo 6.- Derechos de las personas en el proceso contencioso-administrativo.** *Toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos de la jurisdicción contenciosoadministrativa, para hacer valer efectivamente sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, y a obtener en tiempo razonable una decisión que pueda ser ejecutada. Este principio abarca el derecho de los particulares a agotar facultativamente las vías de impugnación en sede administrativa, así como a obtener cuantas*



medidas sean necesarias a fin de asegurar el cumplimiento y efectividad de la decisión rendida.

Artículo 28. Tiene calidad para ser demandante por ante la jurisdicción contencioso administrativa:

a.- Quien afirme ser titular de la situación jurídica protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación o inactividad administrativa impugnada objeto del proceso. Para el caso de impugnaciones contra actos de carácter normativo, bastará que el demandante afirme ostentar un interés simple para actuar, demostrando encontrarse de forma concreta o potencial afectado por el contenido de la actuación impugnada.

b. Las entidades, las corporaciones y las instituciones de derecho público o privado, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto en tanto defiendan intereses colectivos. c. Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.

Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

La Administración autora de un acto de contenido favorable está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa declaratoria de lesividad para el interés público, en los términos establecidos por la ley.

Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos que conciernan al medio ambiente y los recursos naturales, al ordenamiento territorial, a la salud e integridad física de los consumidores y en aquellos supuestos establecidos expresamente en la ley”.

Como vemos, este texto podría inscribirse en la tesis que hemos propuesto en el sentido de que para acceder a la jurisdicción contencioso administrativo se precise de la presencia de un interés legítimo lo bastante flexible que únicamente tenga en cuenta la situación jurídica y fáctica del accionante para relacionarla de algún modo con su pretensión u objeto del pleito, de manera que con la misma se procure algún beneficio. En el caso de que se trate de derechos e intereses colectivos y difusos resultaría más lógico que se elabore una normativa que permita a diversas instituciones públicas (defensor del pueblo, pro-consumidor, etc.) y asociaciones sin fines de lucro formadas al efecto de requerir el cumplimiento de derechos de esa índole en determinadas áreas, dicha facultad, tal y como aparece



en el artículo 28 transcrito. Decimos esto porque un acceso abierto a la jurisdicción crea la posibilidad de que la jurisdicción reciba una cantidad de casos que sea imposible manejarlos materialmente.

2.2 La necesidad de la organización de juicios orales dentro de lo contencioso administrativo.

Nuestra Constitución ordena que los procesos se ventilen oralmente porque las ventajas de esta forma de estructuración es indiscutida pues favorece la oralidad y la intermediación del juez para con las pruebas y las partes. Es por ello que una innovación que ella sola justifica la aprobación del proyecto de ley de control jurisdicción de la actuación administrativa que ahora cursa en el congreso es la organización oral de juicios orales para dirimir lo Contencioso Administrativo. Solamente el que ha sufrido la lentitud y el cansancio del proceso escrito sabe con certeza la trascendencia de la anterior afirmación.

En el proceso jurisdiccional llevado a cabo por la Ley 1494 del año 1947 antes mencionada, hay que recordar que ya entró en su séptima década de vigencia. La situación se intensifica más en vista de que la facultad de fijar audiencia es un asunto excepcional compete a cada sala que integra el Tribunal Superior Administrativo **luego de instruido completamente el caso por el Presidente del Tribunal**. En efecto, el artículo 29 de la ley cuestionada reza: *“Art. 29.- La sentencia podrá decidir el fondo del asunto o disponer las medidas de instrucción que hubieren pedido las partes, el Tribunal las considerare de lugar para el esclarecimiento del asunto. Si tal fuere el caso, el Tribunal celebrará las audiencias que fueren necesarias, con asistencia o representación de las partes, hasta dictar sentencia definitiva. Todas las sentencias del Tribunal Superior Administrativo se fundamentarán en los preceptos de carácter administrativo que rijan el caso controvertido y en los principios que de ellos se deriven y en caso de falta o insuficiencia de aquellos, los preceptos adecuados de la legislación civil. Se redactarán en la misma forma de las sentencias de los Tribunales del orden Judicial”*.

Hay que apuntar que la Ley 13-07 del 5 de febrero del año 2007 sobre transición hacia el control de la actividad administrativa del Estado no mitiga la situación establecida relativa al carácter escrito del proceso contencioso administrativo, pues en los 2 párrafos del artículo 6 se establece



lo siguiente: “*Párrafo I.- Comunicación de instancia de apoderamiento.- Cuando el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, o el Juzgado de Primera Instancia reciban un recurso contencioso administrativo en el ámbito de sus respectivas competencias el Presidente del Tribunal dictará un auto ordenando que la instancia sea notificada al Síndico Municipal, al representante legal o máximo ejecutivo de la entidad u órgano administrativo, y al Procurador General Tributario y Administrativo, según sea el caso, a los fines de que produzca su defensa, tanto sobre los aspectos de forma como de fondo, en un plazo que no excederá de treinta (30) días a partir de la comunicación de la instancia. El Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo a solicitud de la parte demandada podrá autorizar prórrogas de dicho plazo, atendiendo a la complejidad del caso, pero sin que dichas prórrogas sobrepasen en total los sesenta (60) días.*”

*Párrafo II.- Si el responsable de producir la defensa no lo hace en los plazos previstos en el párrafo I precedente, ni solicita al Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo ninguna medida preparatoria del proceso, el Presidente del Tribunal lo pondrá en mora de presentar dicha defensa en un plazo que le otorgará a tales fines y que no excederá de cinco (5) días. Una vez vencidos los plazos para presentar la defensa, sin que la misma haya sido presentada o que habiéndose presentado, las partes hayan puntualizado sus conclusiones y expuestos sus medios de defensa, **el asunto controvertido quedará en estado de fallo y bajo la jurisdicción del Tribunal**”.*

Así las cosas se advierte del análisis combinado de las leyes mencionadas núm. 1494 del año 1947 y núm. 13-07 que el Procedimiento Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario¹⁰ en la República Dominicana tiene un carácter preferencialmente escrito en donde los jueces solo podrán celebrar audiencias **luego de haber instruido el proceso escrito conforme a las leyes anteriormente mencionadas** solamente en el caso de que ello sea necesario para el esclarecimiento de los hechos.

Lo anterior necesita de alguna que otra precisión para entender a cabalidad las consecuencias de lo dicho más arriba: a) completar lo que denominamos más arriba como “instrucción de los casos conforme al análisis combinado de las leyes Núms. 1494 del año 1947 y 13-07 del año 2007”

9 El subrayado es nuestro.

10 Ello así en vista de que esta situación aplica también al proceso contencioso tributario.



es una tarea principalmente a cargo del Tribunal¹¹ mediante la notificación de las actuaciones realizadas por las partes vía acto de alguacil, ello en vista de que la historia ha demostrado lo inefectivo que es la notificación por correo especial prevista en el mencionado artículo 46 de la Ley núm. 1494 antes reseñada; b) lo anterior implica un exceso de trabajo, pues el grueso de las actuaciones procesales están a cargo del tribunal, quien es quien tiene adicionalmente que organizar el trabajo con respecto a más de 3,000 expedientes mediante el seguimiento oportuno e individualizado de cada proceso a los fines de estar en condiciones de recibir sentencia; c) todo ello provoca que instruir por escrito un caso conlleve un tiempo considerable que en todo caso supera el año; d) así las cosas se aprecia que la facultad de los Jueces del Tribunal Superior Administrativo de celebrar audiencias tiene poca eficacia, de cara a la garantía fundamental a una Tutela Judicial Efectiva, ya que, tal y como se lleva dicho, después de haberse agotado el procedimiento escrito anteriormente mencionado, es decir, después de un tiempo considerable de haberse introducido el recurso, es que existe la facultas de los jueces de fijar la referida audiencia¹².

Es por ello que podríamos concluir esta ponencia sobre la base de que el mayor aporte a la constitucionalización del proceso Contencioso Administrativo es un régimen legal que organice juicios orales en la materia, tal y como prevé el proyecto de ley que se viene comentando.

11 A excepción de lo que prevé el artículo 46 de la citada Ley núm. 1494 del año 1947, el cual permite implícitamente que el presidente del Tribunal autorice a una parte a realizar la actuación procesal de que se trata vía acto de alguacil bajo sus expensas, lo cual viene realizándose de manera cotidiana por el Tribunal desde hace varios meses.

12 Resumen de las palabras del ponente en la presentación del libro “Teorías de las vías de ejecución en el Derecho Administrativo” de la autoría del Magistrado Franklin Concepción Acosta.



Dr. Olivo Rodríguez Huertas

Licenciado en Derecho por la Universidad Eugenio María de Hostos (1987). Cuenta con un posgrado de especialización en Fiscalidad Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha (2007); y un master en Derecho de la Contratación Pública, de la misma universidad (2010). Fue miembro de la Comisión de Expertos para la Revisión de la Legislación Administrativa dominicana (1998-2000). Miembro de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Drogas y del grupo de expertos del Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) en materia de drogas (2004-2008). Asimismo, representó a la República Dominicana en la discusión del proyecto de Tratado Bilateral Modelo para el Reparto de Bienes procedentes de la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrado en Viena, Austria (2005). Miembro de la Comisión de Juristas designada por el Poder Ejecutivo para la adecuación de la legislación nacional a los parámetros de la Constitución de 2010.

OLIVO RODRÍGUEZ HUERTAS

Buenas tardes.

Antes quiero hacer una pequeña aclaración, una corrección. Mucha gente me llama doctor. En realidad, yo no soy doctor ni tengo doctorado. Soy un licenciado en Derecho y práctico del Derecho Administrativo.

Es de rigor agradecer al Tribunal Constitucional la organización de este evento e invitarme a formar parte de esta mesa, junto a otros distinguidos colegas, respecto de las bases constitucionales del derecho administrativo dominicano. Comentaba con mi viejo amigo, el doctor Wilson Gómez Ramírez, magistrado del Tribunal Constitucional, que el desarrollo del derecho administrativo en la República Dominicana realmente sienta sus bases con el inicio de los trabajos del Tribunal Constitucional.

Hoy podemos hablar de que existe un derecho administrativo constitucionalizado. Hoy no hay ninguna duda de que hay una base constitucional del derecho administrativo, no por el gran número de reglas, principios directamente aplicables a la actividad administrativa, a la organización administrativa, a los bienes públicos, al régimen de control de la administración sino porque, además, hay que reconocer el extraordinario desarrollo que ha hecho el Tribunal Constitucional a través de la interpretación. Cuando hace más de una década salía a un evento internacional de derecho administrativo, básicamente las exposiciones se limitaban al desarrollo de leyes y reglamentos, con una escasa presencia de la jurisprudencia, porque realmente era escasa. Hoy día, con el surgimiento y el trabajo arduo del Tribunal Constitucional, realmente el derecho administrativo se ha transformado totalmente y hay una vasta y rica jurisprudencia constitucional que sirve de soporte y hace la vida más fácil, sobre todo a quienes se dedican



—o nos dedicamos— a la enseñanza del Derecho Administrativo, así que mis felicitaciones al TC por ese apoyo.

El tema del derecho administrativo tiene una particularidad, y es que una de las características que siempre se le atribuía a este es que la jurisdicción administrativa precedió al derecho y por ello, en textos clásicos de derecho administrativo francés encontramos que los primeros capítulos no están dedicados al estudio del objeto del derecho administrativo, la fijación de su concepto, sino que comienzan estudiando la jurisdicción contenciosa administrativa, porque la jurisdicción precedió al derecho y las grandes instituciones del derecho administrativo putativo encuentran su base, su origen, en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Los grandes temas en materia de actos administrativos, de contratos, de organización administrativa, del régimen de los servicios públicos, de la capacidad del poder de policía o de capacidad de legislación del Estado, del régimen de los bienes públicos, etc., todos tienen como un antecedente el papel creador de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y por ello, aunque ya tienen plena autonomía, tanto la parte sustantiva del derecho administrativo como la parte contenciosa administrativa, seguimos considerando dentro del mismo a la parte procesal contenciosa administrativa; entonces, por ello, ya el magistrado Rafael Vásquez Goico, presidente del Tribunal Superior, se ha referido al tema contencioso administrativo y yo quiero, brevemente, hacer una recapitulación de por qué hoy día realmente tenemos unas auténticas bases constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Tiene mérito la Constitución a partir del 26 de enero de 2010, porque históricamente nuestras constituciones hacían —o contenían— escasas referencias al derecho administrativo, a las instituciones del derecho administrativo... Se mencionaba la administración pública para señalar quién era el jefe de la administración, de quién se valía el titular del poder Ejecutivo para despachar los asuntos de la administración; se tocaba el tema de la continuidad, el carácter de la continuidad y durabilidad de los servicios públicos a propósito de regular el derecho a la huelga y la prohibición —antes de la Constitución de 2010—, la imposibilidad de la huelga en materia de servicios públicos, etc., de manera que realmente, las alusiones que se hacían dentro de los textos constitucionales clásicos que hemos tenido en toda la revolución



constitucional eran muy escasas, y el régimen de la administración local también era uno de los temas.

Sin duda alguna, por la influencia de un notabilísimo hombre público dominicano, recientemente fallecido, don Raymundo Amaro Guzmán, que fue parte de la comisión que redactó el anteproyecto de texto que luego sirvió de base para que el entonces presidente Leonel Fernández remitiera a la Asamblea Nacional Revisora y que culminó con la Constitución de 2010, muchos de los temas sustantivos del derecho administrativo han encontrado una regulación particular. Por ello la expresión utilizada en el día de ayer —y hoy también— por el profesor Andry Matilla, que la utilizó ayer el profesor Pedro González Trevijano, de que la Constitución contenía las cabezas de títulos, las instituciones del derecho administrativo.

En realidad, de eso se habla en la República Dominicana a partir del año 2010, porque los grandes temas del derecho administrativo tienen una regulación primaria, en algunos casos suficiente, desde el punto de vista de su autoaplicación en el texto constitucional, y nos referimos a las determinaciones, temas de fuentes, hablamos de todo el amplio abanico de temas que comprenden el frente de la organización administrativa, lo que toca, incluso, a figuras, a medios tradicionales de que se vale la administración para el cumplimiento de sus fines desde el punto de vista de los actos administrativos, los contratos del Estado, el procedimiento administrativo ante las instancias administrativas, el régimen de servicios públicos, la regulación de actividades económicas de interés general, el régimen de la responsabilidad del Estado, las sanciones administrativas, el poder de policía para las actividades administrativas de limitación, el régimen de los bienes públicos... Todas esas materias, y podría citar más, encuentran una regulación específica en el marco del texto constitucional y, obviamente, estas regulaciones han ido siendo desarrolladas porque, como es propio de la Constitución, no entran en un conjunto de detalles, no resuelven un conjunto de problemas y por ello es que se ha importanzado enormemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, a la luz de los principios y valores constitucionales, ha buscado solución a temas que no encuentran esas soluciones expresas.

Esto ha pasado mucho, por ejemplo, por citar un tema, en el ámbito de la organización administrativa y el reconocimiento que hace la Constitución de la República a partir de 2010 de una serie de órganos y entes constitucionales que realizan actividades o tareas de función ad-



ministrativa y a las que el Tribunal ha dicho que por tratarse de órganos constitucionales extra poder, hay que ver con mucho cuidado todo el tema de la vigilancia o la tutela administrativa que ejercen los ministerios, como cabezas de actividad sustantiva de la administración con relación a los organismos autónomos instituidos por leyes que no pueden resultar aplicables a aquellos entes y órganos que están previstos en la Constitución cuando se trate de ejercicio de tarea de función administrativa y el caso más emblemático, obviamente, lo ha sido el tema del régimen de control en materia de corporaciones públicas, donde un órgano desconcentrado de la administración central se ha dicho que no puede ejercer un control respecto del régimen de la contratación pública. Ese es un tema que ha salido directamente de la Constitución.

La jurisprudencia constitucional, a propósito de la función administrativa, que reconoce dos niveles de administración: la administración nacional y una administración local, ha tenido que entrar a valorar problemas que se suscitan de un detalle, que fue el procedimiento de personalidad jurídica a los distritos municipales y hasta entonces eran órganos desconcentrados dentro de la administración local y, en consecuencia, ha surgido una serie de problemas en materia de potestades de uso de suelo, de la potestad tributaria, que en el marco del lenguaje de la Constitución se dice que son los ayuntamientos, en el ámbito local, los que tienen esa capacidad tributaria, no las juntas de vocales, que es la expresión de órganos de Gobierno a nivel de los distritos municipales. El Tribunal Constitucional ha tenido que intervenir, a los fines de que en el ámbito de la administración nacional se busque y se haga posible el principio de la unidad de la actuación en ese campo de la administración local.

Esos han sido temas tratados desde esa simbiosis de las normas y reglas en materia de organización administrativa con lo que toca al desarrollo de la influencia constitucional.

Otro tema importante, desde el punto de vista sustantivo, y quizás debí haber comenzado por ahí, es todo el impacto que la Constitución, a partir de 2010, genera sobre el sistema de fuentes. Aquí se ha aludido (el profesor González Trevijano lo hablaba ayer) al paso del principio de legalidad al principio de constitucionalidad. Hoy día realmente es el paso del principio de la legalidad a principio de juridicidad, porque lo que manda el artículo 138 es que la actuación administrativa esté sujeta al ordenamiento jurídico del Estado. La Constitución ha sentado las bases



de ese principio, que es de juridicidad. Todo orden jurídico, a la cabeza del cual está la Constitución y las demás normas que integran el bloque de la constitucionalidad, que deben ser respetadas y observadas por quienes ejercen función administrativa en el ámbito del Estado por reconocimiento y mandato expreso. Esa es una información relevante desde el punto de vista conceptual, que se da también en el ámbito de la Constitución del año 2010.

Un tema que también desde el punto de vista sustantivo entra en la Constitución es el concepto de acto administrativo, figura recogida directamente, aunque, a propósito de un tema adjetivo, de que el ejercicio de potestades públicas que desembocan en acto administrativo deben encontrarse precedidas de un procedimiento administrativo. Es decir, no solamente se exige un debido proceso en sede judicial, se exige también en sede administrativa.

Acto administrativo y procedimiento administrativo encuentran también una base constitucional, que es completada, además, en el título o en el capítulo dentro de las garantías de los derechos fundamentales, donde se habla del debido proceso. Dice: “y las reglas del debido proceso aplican no solamente en el ámbito judicial, sino también en el ámbito administrativo”. Este concepto también figura, sin mencionar el calificativo de administrativo, a propósito del control a cargo de la jurisdicción contenciosa administrativa que mencionaba el magistrado Rafael Vásquez Goico.

Otro es la misma figura del contrato... Los contratos del Estado figuran mencionados en el texto constitucional, figuran relacionados con el típico contrato administrativo; la concesión de bienes y de servicios públicos figura regulada dentro del texto constitucional. También un aspecto valioso a reconocer es la posibilidad de dirimir la controversia en los contratos que suscribe el Estado a través de la jurisdicción arbitral, es decir, se constitucionaliza entre nosotros que ese poder jurisdiccional, ese poder de decisión, también puede ser asignado en virtud del tratado a que esté adscrita República Dominicana en virtud de la ley, a los foros de carácter arbitral.

Otro tema de gran interés, también desde el punto de vista sustantivo, es que encontramos una regulación muy importante a nivel de la Carta Magna, es el tema clásico del servicio público, pero entendido en una evolución moderna. En el marco de una etapa social, el Estado y las instituciones públicas no tienen el monopolio de la satisfacción de las



necesidades de interés colectivo, esa es una tarea en la que se produce un matrimonio estrecho entre Estado y sociedad, de manera que los particulares también hoy día coparticipan con las instituciones públicas en la satisfacción de necesidades de interés general, y por ello la Constitución, cuando regula el tema de los servicios públicos, la necesidad para declarar que los servicios públicos, la existencia de una ley —porque, obviamente, un servicio público implica una intromisión muy intensa en uno de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, como la libertad de empresa, la misma iniciativa que la Constitución reconoce a los particulares—, cuando la actividad se declara servicio público, como régimen general se sustrae esa actividad al ejercicio de esa misma iniciativa a los particulares; sin embargo, la Constitución es bastante flexible, porque dice que aunque la actividad haya sido declarada en la ley como un servicio público (el Estado asume la responsabilidad y garantía de su correcta prestación), la misma puede ser llevada a cabo por el Estado, a través de sus órganos, pero también puede, por delegación, a través de concesión, y esto liberaliza los títulos habilitantes de la prestación de servicios públicos, y no solamente se limita a la concesión —típica forma en que los particulares acceden a la prestación de servicios públicos que el Estado se ha reservado—, sino también a autorizaciones, asociación en participación, vínculos contractuales, etc.

Y un tema muy, pero muy importante, es que se reconoce esa realidad. Hoy día, la inmensa cantidad de necesidades a nivel colectivo son satisfechas o su prestación está a cargo de **empresas facturadas**, pero como se trata de actividades que tienen una potencialidad agresiva de intereses públicos, donde hay intereses colectivos envueltos, el Estado no puede decir “bueno, como yo no me he reservado esto, no hay ninguna regulación”. Hay diferentes tipos de actividades de interés general, de carácter económico, que aunque el Estado no se haya reservado, por mandato de la Constitución, se reserva un intenso poder de regulación.

La Constitución habla de que los servicios públicos y otras actividades económicas de interés general deben ser reguladas por el Estado. Hay un poder de regulación que encontramos en diversos ordenamientos sectoriales, como en las telecomunicaciones, en la actividad de intermediación financiera, en el ámbito de prestación, determinados temas de la seguridad social, como las administradoras de riesgos de salud, las ARS, las AFP,



etc. La base de esa capacidad de regulación se encuentra directamente en la Constitución.

Para ir más rápido, está el tema de las sanciones administrativas. Aquí hay un debate intenso, desde hace más de diez años, entre los profesores Eduardo Jorge Prats y Julio Miguel Castaños (y me parece que el profesor Barnichta también intervino desde la óptica del derecho tributario), en el sentido de que en ausencia de un texto expreso dentro de la Constitución, en un país que tiene la separación de poderes, poder Ejecutivo, poder Legislativo y poder Judicial, el profesor Castaños decía que el poder sancionador tiene que ser decidido por un tribunal, mientras el profesor Jorge Prats sostenía que la administración sí podía ejercer un poder sancionador, pero es un poder condicional y la administración no tiene la última palabra; se trataría de acto administrativo sancionador sujeto al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, la última palabra en materia del ejercicio de la potestad sancionadora la tienen los tribunales.

Hoy día esta discusión ya no tiene ninguna razón de ser, porque de manera expresa, en varios artículos la Constitución hace referencia al poder sancionador de la administración y señala incluso unas limitaciones de que la sanción nunca puede implicar restricción de la libertad y que también tiene que respetarse el principio de legalidad y tipicidad, y este es otro tema también de importancia entre nosotros, un aspecto característico en materia de la regulación de actividades económicas de interés general o en materia de regulación de determinadas actividades privadas en las que el Estado necesita tener “control ex-ante o ex-post”, el llamado poder de policía, la actividad administrativa de la administración. Entre nosotros, desde la Constitución de 1844 existe el llamado principio de la vinculación negativa a la ley para el ciudadano: a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que esta no prohíbe.

De manera que, obviamente, el tema de la tipicidad en materia sancionadora necesita, al margen de cualquier otra consideración, de un texto con rango de ley, y así pasa para muchísimas obligaciones y limitaciones de derecho que se imponen por mandato expreso de la Constitución, que tienen que estar sometidas a un tipo específico de fuente dentro del ordenamiento jurídico; no puede ser un reglamento, es la ley la que, cuando se trata de limitar o afectar los derechos de una persona, puede venir a intervenir.

El tema de la responsabilidad –que se consagró también expresamente en el texto constitucional– de los entes públicos y de sus funcionarios,



incluso la responsabilidad que establece el carácter solidario, obviamente con una actuación antijurídica, con influencia grave —a pesar de que se trata de un texto con una vertiente de responsabilidad subjetiva— no quita que existe también un tema de responsabilidad objetiva.

La figura de expropiación, entre nosotros desde 1844, en el primer texto constitucional, ha estado regulada directamente en la Constitución, donde se establece la exigencia de presto pago, las razones de utilidad pública o interés social, etc., de manera que, desde el punto de vista sustantivo, sin duda alguna, la Constitución vigente a partir de 2010 ha sentado las bases para un derecho administrativo constitucionalizado desde el punto de vista sustantivo, y todo eso ha venido a completar el enriquecimiento que ha tenido la jurisdicción constitucional.

Antes de concluir, voy a referirme a dos aspectos mencionados por el magistrado Rafael Vásquez Goico: uno es que cuando el artículo 139 de la Constitución señala que los tribunales controlarán la legalidad de la actuación administrativa, no implica que su actuación no esté subordinada —el solo hecho de que la Constitución de la República proclame que la República Dominicana es un Estado de derecho, lo aclara—. No existe un Estado de derecho aquí donde la administración no esté subordinada, en su actuación, a un ordenamiento jurídico, y no existe Estado de derecho (es un elemento inescindible en la cláusula constitucional del Estado de derecho sin necesidad de referencia expresa), no existe Estado de derecho si no existe un órgano jurisdiccional, un órgano del poder Judicial, un órgano fuera del poder Ejecutivo, del ámbito de la administración no puede ejercer un control..., es decir, es de la naturaleza..., Cuando se refiere a que los tribunales controlarán, obviamente hay que hacer un ejercicio con el texto constitucional, pues no se supone que un texto anule el otro, y cuando eso pasa, cuando se advierte una contradicción en el texto de la Constitución, hay que buscar —el Tribunal Constitucional lo ha dicho de manera muy correcta— la interpretación armónica de la Constitución, aquella que permita el mantenimiento de ambos textos; entonces, obviamente, el Tribunal habla de los tribunales...

El constituyente tuvo una opción clara: en 2010, la única jurisdicción especializada que se estableció dentro del texto constitucional, sin perjuicio de si el legislador pueda crear otra, es la jurisdicción contenciosa administrativa. Es cierto, se habla de un Tribunal Superior Administrativo, pero la Constitución, siguiendo una vieja propuesta de la profesora Rosina de



la Cruz Alvarado, desde el año 99, hablaba de que existe un anteproyecto de ley –preparado por la profesora de la Cruz Alvarado– para el proyecto patrio, donde se hablaba de tribunales superiores administrativos en plural, es decir, tribunales superiores administrativos departamentales, y eso ha venido a recogerlo también la Constitución, que cuando atribuye la competencia al Tribunal Superior Administrativo, dice que no les estén atribuidas a tribunales contenciosos administrativos de primera instancia, y es sobre eso que tiene que venir a trabajar la ley de la jurisdicción contencioso administrativa que hoy día ya, transcurridos más de diez años, siete años de la Constitución, se convierte en una inaceptable omisión inconstitucional. Ahí hay un aspecto que se debe solucionar.

Y, por último, hay un tema que aunque fue tratado por el magistrado Vásquez Goico, cuando habló de la jurisdicción laboral y demás, etc., es un aspecto muy interesante, que se plantea a nivel de la Constitución, y es que la jurisdicción contenciosa administrativa conoce de las controversias de las relaciones entre los servidores del Estado y la administración.

A mí me parece que aquí se cita la situación que había antes de la Constitución, que permitía que en determinados organismos autónomos del Estado se utilizaran formas de derecho público para realizar actividades que no son las tareas y funciones propias de una administración pública, es decir, actividades de naturaleza comercial, industrial, etcétera. ¿En esos casos aplica la jurisdicción laboral o cuál?

Cuando exista la forma de derecho público, al margen de cuál va a ser el régimen jurídico aplicable, la jurisdicción que tiene que conocer la controversia no es la laboral. Si el organismo de que se trata tiene forma de derecho público, al margen del derecho aplicable, derecho del trabajo o ley de la función pública, son los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa los que tienen que decidir.

Yo sostuve esto en ocasión de un homenaje que le rindieron los laboristas iberoamericanos al profesor Rafael Alburquerque, a propósito del desarrollo que él hace en su obra del “Derecho del trabajo”, del régimen estatutario en la función pública, sobre lo que hay mucho que hablar, mucho que discutir, porque esto tiene una consecuencia importante, pero se quedará para otro momento. Se acabó el tiempo.

Muchas gracias.



Mag. Mildred Hernández Grullón

Licenciada en Derecho por la Universidad Católica Tecnológica del Cibao (UCATECI). Ha cursado posgrados en Procedimiento Civil, Derecho Societario y Comercial en la PUCMM; maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la UASD; maestría en Derecho Constitucional, concentración Jurisdicción Constitucional, con doble titulación de la PUCMM y la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), España. Además, cuenta con una especialidad en Derecho Judicial de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ). Inició su carrera judicial en 1998, como jueza de Paz de La Vega, atravesando por varias instancias judiciales, entre ellas: la Cámara Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción de La Vega y el Tribunal Superior Administrativo, Segunda Sala; actualmente, se desempeña como jueza miembro de la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de La Vega. Es docente universitaria en las áreas del Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Derecho Administrativo y participa como educadora en los programas de formación de aspirantes a jueces de Paz, impartidos por la ENJ.

MILDRED HERNÁNDEZ GRULLÓN

LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL EJERCICIO DE LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*“Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder
tienda a abusar de él, hasta que encuentra límites”*

Barón de Montesquieu

I. Introducción.

La Constitución dominicana, en su artículo 8 coloca al Estado al servicio de las personas y dedica expresamente a la Administración Pública el capítulo III del Título IV, desde los artículos 138 al 148, sin perjuicio de otras normas que contiene el texto constitucional.

A la Administración se le suele encomendar la resolución de complejos conflictos en los que se encuentran implicados una serie de intereses individuales y colectivos, lo que hace necesario el uso de principios y técnicas que introduzcan la idea de racionalidad en el comportamiento de la actividad administrativa.

La Administración Pública, como gestora del interés general frente a los administrados, goza de un sinnúmero de potestades sobre estos, las cuales, bajo el escudado argumento de que actúa en protección del interés general, podrían devenir en arbitrarias e ilegítimas, en franca violación a los derechos de los administrados.

Una de las condiciones fundamentales, para que se logre en una sociedad los objetivos trazados en pro del bien común, lo es que la Admi-



nistración Pública sea eficiente, eficaz y sobre todo confiable, a la vez que brinde un servicio de calidad y que los beneficios lleguen por igual a todos sus ciudadanos, lo que repercute en una Administración Pública de éxito.

Contamos actualmente con un marco legal que ha ido sacando a la Administración Pública del atasco administrativo en el que se encontraba, siendo los pasos más importantes la constitucionalización de la jurisdicción contenciosa administrativa y leyes tan importantes como la núm. 107-13 de fecha 6 de agosto del 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo y la 247-12, Orgánica de la Administración Pública, las cuales han sido dictadas en cumplimiento a las reservas de ley contenidas en la Constitución dominicana.

Esta realidad normativa hace que los poderes de la Administración Pública se encuentren de frente con una serie de principios y derechos de naturaleza legal y constitucional, que han sido previstos como límites a su actuación por el constituyente, en aras de preservar los derechos fundamentales de los administrados. Los límites a los que haremos referencia se consagran como mecanismo de control de la Administración Pública, y serán analizados desde el mismo texto fundamental, desde los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional dominicano y desde la doctrina constitucional. Para ello es necesario verificar el nivel de cumplimiento por parte de la Administración Pública, es decir, hasta qué punto se ven amenazados o vulnerados los derechos de los administrados, muy a pesar de la protección a sus derechos desde la Constitución, derechos que operan de modo inmediato, sin necesidad de intervención del legislador.

Hablar de límites constitucionales a los poderes de la Administración Pública no puede hacerse con una remisión genérica, por ejemplo, al derecho fundamental a la buena administración¹, sino que hay que verlo en cada actuación en concreto, ya sea en su potestad normativa o reglamentaria, en la sancionadora, en la expropiatoria, de autotutela, invalidatoria, etc. Lo que pretendemos resaltar es que esas facultades -unas justificadas veces exorbitantes -tendrán límites en el marco de sus respectivas potes-

1 Contemplado en los arts. 4 y 57 de la Ley no. 107-13 de fecha 6 de agosto del 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. Ver en ese tenor la sentencia del Tribunal Constitucional dominicano No. TC/0322/14 de fecha 22 de diciembre del 2014, FJ 11.9.



tades, pues estos gozan de una proyección directa sobre la actuación de la administración.

Es preciso, además, verificar la inserción de estos límites en las normas; es decir, si los mismos han sido incorporados de manera directa en el ordenamiento jurídico doméstico, o si se imponen por vinculación directa a la Constitución y su consabida fuerza normativa. Si, de igual manera, se insertan por la vía de incorporación indirecta, a través de textos supranacionales - en cumplimiento del artículo 74.3 de la Constitución Dominicana-; si se encuentran implícitos en nuestro ordenamiento jurídico, o si sería posible extraerlos vía interpretativa.

Llegado a este punto, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Existen límites constitucionales explícitos a los poderes de la Administración Pública de carácter general?

¿O están estos contenidos en dicha norma fundamental de manera implícita? ¿Son límites generales o propios de cada una de las potestades de la Administración? En caso de que existan, ¿cuáles son? ¿Tienen aplicabilidad desde la Constitución o requieren de un desarrollo normativo? Vale preguntarnos, además: ¿hasta dónde el “interés general” podría limitar algún derecho fundamental del administrado?

A continuación, nos abocaremos a estudiar los límites constitucionales que trazan la protección de los derechos de los administrados, a los cuales el legislador debe ajustar la regulación de los poderes, competencias y potestades de la Administración Pública, siempre debidamente conciliando dicha regulación con el interés general.

II. Principios constitucionales que limitan la actuación de la Administración Pública.

La frase célebre del alemán Fritz Werner de que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado, ha cobrado fuerza entre nosotros al incorporarse en nuestra Constitución las bases del Derecho Administrativo². Sin lugar a dudas, tenemos una gran incidencia del texto

2 Allan R. Brewer-Carías, indica que en el caso de la Constitución dominicana, las bases constitucionales del derecho administrativo se conforma con los siguientes principios fundamentales: “en primer



constitucional sobre el Derecho Administrativo, reconociéndose el valor de los principios constitucionales en el ámbito de la actuación administrativa, estrechándose el vínculo entre ambas disciplinas.

De la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (art. 7 CD), se desprenden una serie de principios informadores de la actuación de la Administración Pública, que son los que deben inspirar todo su accionar. Con esto se persigue la sumisión de la Administración Pública al respeto de los derechos fundamentales, separando, a la vez, la política del ámbito administrativo. Se limita la discrecionalidad de la administración al someterla al debido cumplimiento de un principio tan especial como el de legalidad, y se le llama a respetar el ordenamiento jurídico en sentido general (art. 138 CD), limitando a la autoridad administrativa a la preexistencia de una base normativa explícita, la cual está compuesta, en primer orden, por la propia Constitución (principio de supremacía constitucional, art. 6 CD).

Limita también los poderes de la Administración Pública, el principio de reserva de ley, en cuya virtud, la misma Constitución establece que la regulación de ciertas materias se encuentra reservada a la ley en sentido formal (art. 74.2 CD).

La Constitución dominicana establece además que la Administración Pública debe actuar de manera objetiva (art. 138 CD) y con estricto respeto al debido proceso administrativo (art. 69.10 CD), al principio de razonabilidad -el cual implica en su contenido el de proporciona-

lugar, el principio de legalidad, que en particular se fundamenta en la supremacía constitucional; **en segundo lugar**, el principio de la formación del derecho por grados, asegurando la sumisión de los órganos del Estado y en particular, de la Administración Pública, al ordenamiento jurídico; **en tercer lugar**, el principio de la distribución territorial o vertical de los poderes públicos, en la organización del Estado y las diversas personas jurídicas estatales; **en cuarto lugar**, el principio de la separación orgánica u horizontal de los poderes públicos y la conformación de los diversos órganos constitucionales del Estado; **en quinto lugar**, el principio de carácter interorgánico de la Administración Pública; **en sexto lugar**, los principios constitucionales de la actividad administrativa como actividad del Estado; **en séptimo lugar**, el principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado y, en particular, de la función administrativa; **en octavo lugar**, el principio del carácter interfuncional de los actos estatales y, en particular, de los actos administrativos; **en noveno lugar**, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales tanto por la Jurisdicción Constitucional como por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y **en décimo lugar**, el principio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios”. BREWER-CARÍAS, Allan R. y Hernández Mendible, Víctor. *Bases Constitucionales del Derecho Administrativo y del Proceso Contencioso Administrativo en República Dominicana*. Colección Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana International. Vol. 1. 2014, p. 12.



lidad- (art. 40.15 CD). Estos principios persiguen la prohibición de excesos en sus poderes, a la vez que operan como límites a los actos administrativos discrecionales, así como el de igualdad (art. 138 CD) -que se encuentra íntimamente vinculado con los servicios públicos de los cuales es responsable la Administración Pública- y al principio de confianza legítima.

Ya de creación más reciente, nos encontramos con otro límite a los poderes de la Administración: el derecho fundamental a la buena administración (arts. 4 y 57 Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimientos Administrativos), en cuya virtud se le reconocen una serie de derechos a las personas, los cuales debe atender la Administración Pública con objetividad.

A continuación, veremos en qué forma se vinculan, dirigen e influyen estos principios y cómo se materializan como controles constitucionales a los poderes de la Administración Pública y sobre todo las implicaciones de su violación.

1) **El principio de legalidad como un límite a la actuación de la Administración Pública.**

El artículo 7 de la Constitución dominicana establece que el Estado dominicano es un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica una sumisión de sus órganos y entes al ordenamiento jurídico en su conjunto, siendo la Constitución la primera norma a cumplir, en aplicación al principio de “Supremacía Constitucional” de conformidad con el artículo 6 de la misma.

La Administración Pública está sometida en su actuación al ordenamiento jurídico del Estado de conformidad a lo establecido en el artículo 138 de la Carta Magna del año 2010, sometimiento que debe darse sin fisuras ni excepciones. Se enuncia en este texto una concepción amplia del principio de legalidad: someterse no solo a las leyes formales, sino al Derecho en sentido general, por lo que la doctrina refiere que el término sería el principio de juridicidad que es un concepto más abarcador.

Este principio, en sentido amplio, se basa específicamente en que la Administración Pública debe limitar sus actuaciones al marco legal que le gobierna, tal y como lo ha indicado el Tribunal Constitucional domi-



nicano, por ser conveniente a la seguridad jurídica del país.³ Dicho de otra manera, la legitimidad del ejercicio de su actuación diariamente debe estar presidida por principios y normas jurídicas. Sin importar que se trate de las llamadas relaciones de sujeción especial, ya que conforme a nuestro orden constitucional, dichas relaciones no pueden operar al margen del derecho.

Tales límites pretenden impedir que las potestades de la Administración Pública tengan un efecto violatorio a los derechos de los administrados, condicionando toda actuación de la Administración Pública a un sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. En este sentido, la Administración solo actúa conforme al margen de discrecionalidad que las propias leyes le reconozcan pues, a decir del Tribunal Constitucional dominicano “al subrogarse la Administración Pública derechos que no le otorga la ley, incurre en exceso de poder”.⁴

En esa misma línea, el principio de legalidad, como atinadamente ha indicado el Tribunal Constitucional dominicano “se configura como un mandato a todos los ciudadanos y a los órganos del Estado que se encuentran bajo su jurisdicción para el cumplimiento de la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico dominicano, estableciendo que de conformidad con este principio, las actuaciones de la Administración y las resoluciones judiciales quedan subordinadas a los mandatos de la ley y que además este principio se configura en el artículo 40.15 de la Constitución en términos de que a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle 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 y, en concreto, para toda la Administración Pública, el artículo 138 de la Constitución dominicana prevé que la misma debe actuar son “sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”.⁵

Dicho de otra manera, se somete a la Administración al “sistema de fuentes”, siendo el principio de legalidad consustancial al Estado de De-

3 Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano No. TC/0049/12 de fecha 15 de octubre de 2012, FJ e

4 Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano No. TC/0088/12 del 15 de diciembre de 2012. FJ. g

5 Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano No. TC/0183/14 del 14 de agosto de 2014, FJ 10.14



recho, pues persigue, en esencia, eliminar la arbitrariedad de los poderes públicos, protegiendo de esta manera los derechos de los ciudadanos, al establecer límites a la intervención de la Administración y, a la vez, reafirmar la seguridad jurídica. En fin, la legalidad no es divisible, por lo que todos los titulares de los órganos deben respetarla sin excepciones y sin importar lo elevado de sus funciones.

Como acabamos de indicar, la ley es el límite de la actividad de la Administración, entendiéndose sobre el principio de legalidad, en su concepción positiva, lo siguiente⁶: “la Administración sólo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley o por el ordenamiento jurídico. Es necesario, pues, que la legislación afirme positivamente – diga sí, de ahí la caracterización como vinculación positiva– la capacidad de actuación de la Administración en un frente determinado y en el modo en que la propia ley precise. Ésta es la concepción que se impone en la actualidad y la que, desde luego, resulta más coherente con los postulados constitucionales”.⁷

Es preciso puntualizar que el principio de legalidad incluye todas las normas vigentes y aplicables con independencia de su rango. Expresa Esteve Pardo, que en el caso del “Reglamento se integra en el ordenamiento jurídico y a ese ordenamiento se somete, sin excepciones, la actividad administrativa, que tiene otra naturaleza jurídica y que normalmente se expresa a través de los actos administrativos”.⁸

Y es que la Administración Pública, está atada también a los actos que ella misma emite, hasta tanto estos no hayan sido expulsados del ordenamiento jurídico, ya sea que el mismo sea revocado por la administración en cuestión o declarado nulo por los tribunales contenciosos administrativos, pues se presumen válidos⁹. Lo que implica que esta no solo tiene una vinculación al derecho (ordenamiento jurídico en general), sino también a los actos que ella haya dictado en cumplimiento de sus funciones.

6 En contrario, la concepción negativa se basa en que la Administración puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido por las leyes. Se reconoce según esta concepción un ámbito muy amplio de actuación que sólo tendrá límites en lo que no puede hacer la Administración.

7 ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3ra. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 99

8 *Ibidem*. p. 100.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional dominicano No. TC/0094/14 de fecha 10 de junio de 2014, FJ e



2) La reserva de ley.

La reserva de ley se dice que es la esencia misma del sistema democrático, en nuestro caso, establecido en el art. 74.2 de la Constitución. En ese tenor, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional dominicano al indicar que “La reserva legal es una garantía consagrada por el constituyente mediante el cual un determinado número de materias son reservadas a la potestad exclusiva del legislador”.¹⁰ Se trata entonces de una responsabilidad que le ha conferido la Constitución al legislador.

Es así como la reserva de ley opera como un límite a los poderes de la administración, ya que es la misma Constitución que impone al legislador, y solo a él, la tarea de dictar personalmente normas regulatorias de varias cuestiones del quehacer de la administración, como lo es por ejemplo la reserva de ley contenida en el numeral 1 del artículo 138 de la Constitución dominicana, al disponer que por ley se regulará todo lo relativo al estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública, entre otras cosas. Siendo preciso resaltar que esto no implica que pueda existir una remisión normativa, porque en este supuesto, la norma remitente es una ley directamente aplicable que le solicita a la Administración, en base a la potestad reglamentaria de la que ella es titular, la elaboración de un reglamento. Esta habilitación legal faculta a la Administración a elaborar reglamentos con fines auxiliares o complementarios, añadiendo en este lo que se necesita para desplegar toda su potencial eficacia.

En ese tenor, esta remisión puede hacerse, por ejemplo, atendiendo a motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de los fines constitucionales o legales, pero esta remisión, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional español, nunca se debe traducir “en una renuncia del legislador a su deber de decidir y en una transferencia del poder de hacerlo al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir y los criterios a los que ha de ajustarse la actividad que haya de desarrollarse para su consecución, pues en tal caso el legislador no haría sino “deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado”.¹¹ Es preciso resaltar aquí que el

10 Sentencia del Tribunal Constitucional dominicano No. TC/0373/14 del 26 de diciembre de 2014, FJ 9.1.2

11 Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 227/1993, de 9 de julio de 1993.



legislador no podrá dejar en manos de la Administración la afectación del contenido esencial de algún derecho fundamental por la vía reglamentaria ni por otros actos normativos de rango inferior.

Refiriéndose al principio de la reserva de ley, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que dicho principio “implica en el Estado democrático de derecho, que el único facultado para producir normas es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes”.¹²

Este principio deslinda las funciones, a la vez que atribuye legítimamente las competencias, constituyendo un mandato positivo al legislador de hacer algo y por otro lado, constituye un límite negativo a la potestad de la Administración Pública, bajo el entendido de que esta no podrá, sin vulnerar dicho principio, inmiscuirse en atribuciones propias del poder legislativo, pues debe respetar el principio de separación de poderes, ya que desde el punto de vista del sistema democrático, lo que se persigue en esencia con el respeto a este principio es que determinadas decisiones que se consideran relevantes, sean adoptadas por órganos representativos.

III. La discrecionalidad administrativa y sus límites constitucionales.

De los principios de legalidad y de reserva de ley, se deriva otra garantía, que es “el mandato de predeterminación normativa” sobre todo en el procedimiento sancionador, según el cual “las restricciones que se puedan imponer a los derechos fundamentales deben ser predeterminados normativamente en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles por parte de los ciudadanos y para que las autoridades encargadas de imponerlas no dispongan de una excesiva discrecionalidad, que propicie la comisión de abusos y arbitrariedades”.¹³ De esto se desprende que la indeterminación normativa dejaría un excesivo campo a la discrecionalidad administrativa, incompatible, por supuesto, con las

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-793 de fecha 22 de junio del 2010.

13 DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *El Principio de Legalidad y las Potestades Administrativas*. (En línea) disponible: 19 de agosto de 2018, <https://www.uv.es/gadopas/2014.principio.legalidad.potestades.administrativas.pdf>



exigencias de la reserva de ley, al constituir la misma una cesión en blanco del poder normativo que pudiera defraudar la reserva de ley.

La discrecionalidad, en materia administrativa, es un margen de decisión que la ley deja explícitamente o reconoce implícitamente a la Administración.¹⁴ Gabriel Domenech Pascual, señala que “las potestades discrecionales se diferencian de las regladas, en que, en las primeras, las condiciones de ejercicio no están predeterminadas normativamente de manera agotadora, por lo que la Administración cuenta con la posibilidad de optar, en protección del interés general, entre dos soluciones igualmente justas; en tal virtud, los tribunales competentes deben dar por válida la decisión adoptada por la Administración, siempre que se dicte dentro de ciertos límites”¹⁵.

La Constitución dominicana establece una serie de libertades y derechos esenciales para las personas, y dispone en su artículo 74.2 que: “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”. Dicho texto constitucional se armoniza con el artículo 8 de nuestra Carta Magna¹⁶, operando como una barrera infranqueable en caso de que se intente actuar de manera arbitraria, o queriendo desconocer -o simplemente amenazar- la vigencia de las libertades y derechos de las personas.

La Administración Pública, al ejercer su poder en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe hacerlo en estricta observancia de la Constitución y de las normas generadas conforme a esta¹⁷, pues actuar de manera antijurídica traería como consecuencia inmediata no solo la invalidez de los actos administrativos, resoluciones, etc., sino que podría, además, comprometer su responsabilidad civil de conformidad con el art. 148 de la Constitución dominicana, debiendo indemnizar por los perjuicios que pudiera acarrearle a los particulares.

14 ESTEVE PARDO, Ob. Cit., p. 109.

15 Domenech Pascual, Ob. Cit., p. 108

16 “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”.

17 El artículo 138 de la Constitución dispone: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado...”.



Indica acertadamente el constitucionalista español Javier Pérez Royo que “La acción de la Administración Pública no es en todos los casos una actividad reglada hasta el punto de que a un determinado supuesto de hecho sólo le corresponde por prescripción legal una sola respuesta. Al contrario. Lo normal es que la actividad administrativa sea una actividad discrecional, esto es, una actividad definida por el legislador en lo que a los límites dentro de los cuales ha de moverse la autoridad administrativa se refiere, pero que deja a ésta una cierta libertad de movimientos”.¹⁸ Aunque consideramos que dichos movimientos (actuaciones), si bien pueden ser libres -bajo el entendido de que la Administración pueda contar con un sinnúmero de opciones o posibles decisiones-, ninguna de sus actuaciones debe realizarse al margen de las reglas del ordenamiento jurídico, y sobre todo deben ser acordes con los fines constitucionales de una buena administración.

Ahora bien, la Administración Pública, en su accionar para gestionar el interés general, debe armonizarlo con el debido respeto al goce efectivo de los derechos y libertades de los administrados; y en el supuesto de que haga uso de potestades discrecionales, deberá hacerlo en estricto respeto a los principios consagrados en la Constitución dominicana y en la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.¹⁹ Esta ley, en su artículo 14, preceptúa que son nulos de pleno derecho los actos administrativos carentes de motivación –entre otras causas-, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales. Y de conformidad con el artículo 9 de la misma ley, la motivación se considera un requisito esencial de validez de dichos actos, cuando tengan sobre todo un contenido discrecional. Así las cosas, se considera arbitraria la actuación carente de racionalidad²⁰.

18 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Decimotercera ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 677.

19 Ley promulgada conforme a la reserva de ley contenida en el artículo 138.2 de la Constitución dominicana.

20 El artículo 3.4 de la Ley núm. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública, dispone: “Principio de racionalidad: Que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa. La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática”.



Para que la Administración Pública pueda ejercer esa potestad discrecional, debe ser en virtud de habilitación legal expresa.

Si la Administración Pública gozara de unas potestades discrecionales administrativas incontrolables o ilimitadas, la misma contaría con inmunidad jurisdiccional, por tratarse, como se ha dicho de una “discrecionalidad abierta”, dejando también otra cuestión grave que lo sería la falta de responsabilidad civil, pues la Administración se escudaría en esa discrecionalidad para evitar ser controlada. Una discrecionalidad ilimitada es un cheque en blanco que la Administración Pública llenará a su capricho, por lo que, para “no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”.²¹ O lo que es lo mismo, avalada por el correspondiente expediente con todas las pruebas que se han valorado para acreditar la decisión tomada.

En un régimen democrático y constitucional de derecho se debe propugnar por el rechazo rotundo al otorgamiento de una discrecionalidad ilimitada, pues imaginar esta posibilidad en manos de la Administración Pública donde la Constitución no intervenga con los consabidos límites, sería dejar a los administrados -sin ánimos de exagerar- al capricho o voluntad del gobierno y más claro aún al partido político oficial, donde el ejercicio de sus competencias dependerían de la apreciación libre o de los criterios subjetivos del funcionario actuante.

El gobierno opera a través de una Administración Pública que, si bien debe ser respetuosa de los derechos de los administrados, eficiente, eficaz, objetiva y propugnar por la igualdad de trato, muchas veces se ve plagada de hechos arbitrarios. La actuación administrativa puede ser discrecional, pero nunca debe ser arbitraria.

Pero, cabe preguntarnos, ¿cuándo una actuación podría devenir en arbitraria? Consideramos que una actuación es arbitraria cuando se hace sin habilitación legal expresa, y que aun teniéndola no se encuentra debidamente motivada; cuando viola los principios de proporcionalidad y racionalidad consagrados en el art. 40.15 de la Constitución dominicana; o cuando dicha actuación no se adecúa a los fines que la justifican. En este último supuesto, se debe ponderar si las facultades obedecen al interés general, que es lo que debe perseguir la acción administrativa; o si, por

21 STS de 29 de noviembre de 1985.



el contrario, la misma es producto del capricho, abuso, equivocaciones o errores del funcionario actuante. Tocándole al derecho, por su parte, articular los mecanismos necesarios que permitan de alguna manera, minimizar el riesgo o daño que se pudieran producir con dicho accionar. Siendo, el control judicial, uno de estos mecanismos.

Nuestra Suprema Corte de Justicia en el año 1957, se refirió al alcance de los poderes del juez en materia de control de los actos administrativos resultantes del ejercicio de la potestad discrecional en el sentido de que “Es de principio en la materia contencioso- administrativa, que cuando los funcionarios u organismos están investidos, como en el presente caso, de una facultad discrecional, el hecho de que se produzca un recurso contra una decisión de tales funcionarios en la materia de que se trate, no transfiere a los órganos jurisdiccionales a que se recurra esa facultad discrecional: que el poder de anular o modificar las decisiones administrativas causantes de estado y de sustituir esas decisiones por otras, en los casos de recursos bien fundados, solo existe en los órganos jurisdiccionales cuando se trata del ejercicio por los funcionarios u órganos administrativos de facultades regladas por la ley”.²²

Sin embargo, más recientemente el Tribunal Constitucional dominicano se ha pronunciado en el sentido de que el poder discrecional de la Administración Pública tiene límites, al indicar: “U)... conviene recordar que la discrecionalidad que la Constitución reconoce al Presidente de la República no es absoluta y, por el contrario, encuentra límites en la naturaleza del Estado Social y Democrático de Derecho vigente entre nosotros desde la entrada en vigencia de la actual Constitución del veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010); V) El fundamento de la vigencia real y concreta del Estado Social y Democrático de Derecho reside en la efectividad y prevalencia de los derechos fundamentales, y sus garantías, consagrados en la misma Constitución y las leyes, especialmente, para el caso concreto, aquellas que regulan el funcionamiento de la Policía Nacional, de forma que la referida discrecionalidad no sea confundida con la arbitrariedad”.²³

Consideramos que si bien debe existir esa discrecionalidad, la misma no puede ser ejercida al margen del ordenamiento constitucional, sino

22 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de fecha 20 de mayo de 1957, B. J. 562, p. 990.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional dominicano no. TC/0048/12 de fecha 8 de octubre de 2012.



en estricto cumplimiento de los principios contenidos en la Constitución y, sobre todo, respetando los límites establecidos. Lo que se persigue es que las potestades discrecionales se ejerzan desde la legalidad y de manera razonable, en armonía con dos principios generales del derecho: el principio de proporcionalidad y el de igualdad. Si la Administración cuenta con un abanico de opciones -conforme al margen discrecional que la normativa le ha otorgado- y actúa dentro de dicho rango, su actuación se presumirá válida; pero siempre podrá ser controlada por los tribunales de lo contencioso administrativo, los cuales pueden revisar y anular cualquier actuación que desborde ese margen de discrecionalidad y de legalidad.

El Tribunal Constitucional peruano, por su lado, se ha pronunciado en el sentido de que “el principio de proporcionalidad se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales”.²⁴

Sostiene por su lado, el profesor chileno Hugo Caldera Delgado que “La meticulosa minuciosidad con que la Constitución se asegura de recurrir de restricciones el ejercicio de las potestades otorgadas a los órganos del Estado, revela el propósito de la Carta de limitar, muy estrictamente, el ejercicio del poder público o soberanía conferida al Estado y a sus órganos, para así equilibrar el grado de intensidad con que deben desplegarse las acciones de poder público en una medida razonablemente suficiente para favorecer los objetivos o fines de bien común en beneficio de la población, y también para evitar que las autoridades o funcionarios puedan incurrir en excesos en la cantidad de poder que tengan que ejercer y, al mismo tiempo, para precaver que, a pretexto del ejercicio de potestades discrecionales, se ejerzan, realmente, actuaciones que no estén plenamente sustentadas en el derecho, sino en el arbitrio de una burocracia que suele confundir su rol constitucional de servidora de los intereses públicos, sustituyéndolo por la pretensión de ser titular del poder soberano, que originalmente sólo le pertenece al pueblo”.²⁵

Y sigue afirmando dicho autor (Caldera) que “el propósito contenido en la Constitución de restringir el ejercicio del poder público al mínimo

24 Caso Espinosa Soria. STC exp. No.01803-2004-AA/TC del 25 de agosto de 2004, F. J. 11, TC Peruano.

25 CALDERO DELGADO, Hugo. “Discrecionalidad Administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, p. 424.



razonable persigue salvaguardar la libertad de las personas”. Y es que no podría ser de otra forma, puesto que si se le otorga a la Administración Pública la posibilidad de ejercer su poder de manera ilimitada o exagerada, al solo capricho de la autoridad, no se estaría cumpliendo con el mandato constitucional de proteger los derechos de las personas que opera como un límite, una barrera o condicionamientos que la Constitución les reconoce contra ese grande peligro que constituiría el que se menoscaben, desconozcan o amenacen esos derechos garantizados a favor de las personas.

Otra cuestión muy importante que entra dentro de la esfera de lo discrecional, la tenemos en los conceptos jurídicos indeterminados.²⁶ Generalmente, el ordenamiento jurídico no reconoce explícitamente discrecionalidad a la Administración para que pueda escoger entre dos o más soluciones igualmente justas, sino que condiciona el ejercicio de alguna actividad a la ponderación de criterios indeterminados, siendo uno de esos criterios indeterminados más relevantes el llamado “interés general” – el cual encierra un grado de incertidumbre aun mayor–, cuyo control por parte de los tribunales es muy discutido. Sobre este aspecto, se entiende que el control judicial debe de ser limitado, pues es a la Administración a quien le corresponde la valoración de los componentes de dicho concepto aplicado a la actividad en concreto; es decir, es la Administración quien hace una valoración interna del concepto de “interés general” en cada caso, bajo el entendido de que toda actividad administrativa, en último término, persigue siempre la salvaguarda de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración.

El Tribunal Supremo español ha indicado que para descartar arbitrariedad, en los casos en que se aleguen razones basadas en el interés general “habrán de tener un soporte objetivo, pero podrán consistir en hechos muy variados y de significación muy diferente”.²⁷

En definitiva, cuando se trate de una potestad discrecional, conferida por el legislador a la Administración Pública –potestad que nunca es absoluta pues siempre estará enmarcada dentro de ciertas condiciones–, ha

26 “La ley recurre a unos conceptos generales porque ella es materialmente incapaz de concretarlos en los múltiples casos en que puede plantearse su aplicación”. Esteve Pardo, José. Ob. Cit., p. 109.

27 STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 21 de septiembre de 2006, rec. 102/2004, ponente: Nicolás Maurendi Guillén).



de considerarse, que, dentro de los límites a esta potestad se encuentran: 1.- que la misma no sea excesiva, en el sentido de que pueda restringir los derechos fundamentales de los administrados; y 2.- que esta potestad se base en criterios claros e inequívocos que las delimiten en cuanto a su apreciación por parte de las autoridades, con la finalidad de que la misma no se ejerza de manera arbitraria, pues toda actividad administrativa debe siempre dirigirse a la consecución de un fin determinado.

En relación a la verificación de la correcta interpretación de esos conceptos, refiere Esteve Pardo que “su aplicación puede ser revisada por los tribunales para verificar si la concreción del concepto indeterminado por la Administración es la que la ley requiere, pues al fin y al cabo por tratarse de un concepto que está en la ley su interpretación y concreción corresponde en último término a los tribunales”.²⁸

IV. La autotutela administrativa y sus límites constitucionales.

De conformidad con las disposiciones del artículo 11 de la Ley 107-13 “Los actos administrativos válidamente dictados, según su naturaleza, serán ejecutivos y ejecutorios cuando se cumplan sus condiciones de eficacia, en los términos de la ley”. Del referido texto legal deviene el alcance del poder de autotutela del que es titular la Administración Pública; potestad que, al igual que todas las demás de la que es titular, se dirige a la realización del interés general.

Vemos que el texto citado *up supra* contiene una reserva de ley al indicar que “en términos de la ley” es que se podrá ejercer ese poder de autotutela. De esta facultad se desprenden, a decir del administrativista español Juan Antonio Xiol Ríos, varias cuestiones, a saber: a) que exista un acto previo que legitime la actividad ejecutiva, el cual le haya sido debidamente notificado al particular, y que, en caso de que se pretenda una ejecución forzosa sobre el mismo, haya habido un previo apercibimiento; b) que la indicada ejecución debe tener lugar con plena sujeción a las garantías de procedimiento propios de la naturaleza del acto de que se trate; c) que los medios de ejecución solo pueden apli-

28 Esteve Pardo, *Ob. Cit.*, pp. 109-110.



carse dentro de los estrictos límites establecidos por la ley para cada uno de ellos; d) En el caso de que la ejecución del acto administrativo o la forma de llevar a cabo esta, aun amparada por ley, pueda ser contraria a la Constitución, la inconstitucionalidad de la ley puede ser hecha valer por los medios que prevé el ordenamiento jurídico; e) la ejecución de los actos por la propia Administración que los ha dictado no es posible en aquellos casos en los cuales la ley establece una excepción. Esta excepción puede inferirse no solamente de la ley, sino también de los principios generales del Derecho, los cuales deben tenerse en cuenta en la interpretación de la ley.²⁹

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el sentido de que la decisión normativa de conceder a las Administraciones Públicas el privilegio de la autotutela se ampara en el principio constitucional de eficacia.³⁰ Sobre la base de este poder de autotutela, la Administración puede ejecutar, conforme a la naturaleza de estos, aún de manera forzosa, los actos dictados por ella, sin necesidad de tener que acudir a la tutela jurisdiccional. Cuestión esta que a la vez dimana de la presunción de validez del acto administrativo.

En este punto, cabe resaltar que debe entenderse que la potestad de autotutela de la que es titular la Administración Pública debe ejercerse dentro de ciertos límites derivados del respeto a los derechos fundamentales, algunos de los cuales son, a título de ejemplo: la tutela judicial efectiva (art. 69 de la Constitución), el derecho a la presunción de inocencia (art. 69.3) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 44.1), cada uno con sus propias exigencias.

En lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, la misma opera como un límite al principio de ejecutividad de los actos administrativos, toda vez que, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional español, “la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva y no lo será si son insuficientes las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. De manera que la tutela judicial efectiva no

29 XIOL RÍOS, Juan Antonio et al. *Comentarios a la Ley 30/92*. Valladolid, Editorial Aranzadi, Lex Nova. S.A.U., 2013, p. 399.

30 Tribunal Supremo español, Sentencia No. 22/1984, de 17 de febrero de 1984.



es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”³¹.

A mayor abundamiento, lo que lo anterior significa es que, si bien el acto administrativo sigue revestido de ejecutividad, siempre debe tener abierta la posibilidad de ser controlado ante el órgano jurisdiccional³². Así, el órgano jurisdiccional, cumpliendo con el debido proceso de ley³³ y respetando el contradictorio, resolverá en base a la suspensión o no de los efectos del acto impugnado, o adoptando cualquier otra medida cautelar. En palabras de Jaime Rodríguez Arana: “la autotutela, el privilegio de la ejecutividad y de ejecutoriedad de los actos administrativos no conculca automáticamente la tutela judicial efectiva. Este principio, sin embargo, admite algunas excepciones, excepciones que en buena medida permiten el principio de que la ejecutividad administrativa es válida constitucionalmente si esta asume, en su mismo ejercicio, como parte sustancial, el control judicial, lo que equivale a afirmar que mientras la ejecutividad está sometida al control judicial la Administración ni dispone plena y libremente de la ejecutividad o ejecutoriedad, pues, de lo contrario, la tutela judicial sería una quimera, no sería efectiva en palabra, conculcando entonces el espíritu y la letra de la efectividad de dicha tutela”.³⁴

El Tribunal Constitucional dominicano se ha pronunciado en el sentido de que “el proceso sea debido significa que las actuaciones que se llevan a cabo sigan los parámetros establecidos por normas destinadas a su regulación como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pues si bien el debido proceso opera como límite frente a los órganos públicos, también impone reglas para quienes lo ejercitan”.³⁵

31 STC 238/1992.

32 El artículo 139 de la Constitución preceptúa: “Control de legalidad de la Administración Pública. Los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública. La ciudadanía puede requerirse control a través de los procedimientos establecidos por la ley”.

33 Artículo 138.2 Constitución dominicana “El procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley”. Y el 69.10 del mismo texto fundamental preceptúa: “Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

34 RODRÍGUEZ ARANA, Jaime et al. *Visión actual del Acto Administrativo. Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, República Dominicana. 2012, p. 437.

35 Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano No. TC/0006/14 de fecha 14 de enero del 2014, FJ s



Y es que, aún en las llamadas potestades discrecionales, como vimos anteriormente, la Administración, para tomar esa decisión, debe agotar un procedimiento cuyas fases y trámites cuentan con una precisa determinación por las normas.

Otro límite a la potestad de autotutela de la Administración Pública, lo encontramos en el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo art. 69.3 de la Constitución dominicana, frente al principio de validez del acto administrativo. La presunción de inocencia se ve más afectada cuando la Administración Pública, en los casos en que cuente con habilitación legal expresa, hace uso de la potestad sancionatoria, pues en principio se puede ver una total incompatibilidad entre este derecho y alguna medida de suspensión provisional, sobre todo cuando la misma deviene en indefinida y no cuenta con la debida justificación, pero que por disposición de la ley, se presume válida por tratarse de un acto administrativo.

Ha sido el Tribunal Constitucional español, quien en el año 1984, refiriéndose al caso en cuestión, dijo: “La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto el exceso”.³⁶ Luego, sobre la base del criterio antes citado, el Tribunal Supremo español admitió la corrección jurídica de la medida de suspensión provisional, pero siempre y cuando se respetaran una serie de límites: “existencia de indicios racionales de que el funcionario ha cometido una infracción; finalidad exclusivamente cautelar; necesidad de motivación; proporcionalidad con la infracción imputada. Fuera de tales límites, se considera que la suspensión provisional atenta contra la presunción de inocencia”.³⁷

Por otro lado, existen casos en los cuales, para poder ejecutar el acto administrativo se requiere una penetración domiciliaria, como por ejemplo en el caso de una expropiación, enfrentándose entonces este acto que es

36 STC de fecha 26 de noviembre de 1984.

37 Sentencias del Tribunal Supremo español de fechas 1 y 22 de abril de 1985.



ejecutivo por mandato de la ley, con un derecho fundamental, como lo es la inviolabilidad del domicilio, configurado en el artículo 44.1 de la Constitución dominicana³⁸. De lo que se desprende entonces que se requiere ese tenor de intervención judicial con miras a que se garantice la protección a ese derecho fundamental a través de la correspondiente autorización judicial, no obstante la potestad de autotutela de la Administración.

La inviolabilidad del domicilio³⁹ lo que pretende proteger es la intimidad, la vida privada de las personas, incluso de la Administración Pública, cuando pretende vulnerar estos derechos sin autorización judicial, o sin la autorización del titular o cuando se trate del supuesto de flagrante delito. Nos encontramos ante una protección rígida del domicilio.

En España el asunto sobre la competencia para emitir la autorización judicial de cara a ejecuciones administrativas, como la entrada domiciliaria, se resolvió otorgándole competencia al juez de instrucción, el cuál, a decir del Tribunal Constitucional Español “no le compete al juez, en este caso, valorar la acción administrativa, sino la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona”⁴⁰

Más adelante, en la Sentencia 144/1987, en ponencia del Magistrado Rubio Llorente, el Tribunal Constitucional, al interpretar las atribuciones del juez de instrucción al momento de ser apoderado de una solicitud de autorización para entrar a un domicilio con la finalidad de ejecutar un acto administrativo, indicó “Tal norma no ha sustraído a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de la legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa,

38 Artículo 44.1 de la Constitución Dominicana “El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito”. El Tribunal Constitucional dominicano indicó que este derecho se “configura como la prerrogativa que tienen las personas a tener un espacio propio, personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público, salvo expreso consentimiento del interesado o por disposición legal preestablecida. Es así que el derecho a la inviolabilidad del domicilio nos confiere a cada uno el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en nuestro domicilio, salvo en aquellos supuestos en que, de conformidad con la ley, resulte preceptiva la entrada”. Sentencia del Tribunal Constitucional dominicano No. TC/0182/15 del 10 de julio de 2015.

39 El que al decir del Tribunal Constitucional español comprende tanto el de las personas físicas como las jurídicas. Sentencia No. 137/1985 de 17 de octubre de 1985.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 22/1984.



sigue siendo competencia específica de esta Jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta ... que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa”.⁴¹

V. La potestad invalidatoria y sus límites constitucionales.

Entre el ciudadano y la Administración Pública, el instrumento jurídico que los relaciona por excelencia es el acto administrativo, el cual dentro de sus características principales es que es unilateral. Dicho de otro modo, mediante el mismo la Administración impone su poder, unilateralmente, al ciudadano.

La Administración Pública, a diferencia de los particulares –que salvo algunas excepciones, debe resolver sus controversias por ante los órganos jurisdiccionales–, tiene la potestad de tutelar por sí misma sus intereses, pudiendo revisar sus propios actos y de dejar sin efecto aquellos que, a su entender, vulneran el ordenamiento jurídico. Es así como la Administración Pública, en ese poder connatural del poder público, el de la autotutela, puede tomar la decisión de invalidar un acto administrativo que haya dictado, por vicios de legalidad, perdiendo el mismo su eficacia, aun este fuera de carácter favorable para el administrado. Cuestión que puede hacer tanto de oficio como a petición de parte⁴², lo que no ocurre en

41 Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 144/1987 de 23 septiembre de 1987.

42 En ese tenor, el artículo 45 de la Ley núm. 107-13 dispone: “Declaración de lesividad de actos favorables. Los órganos administrativos podrán declarar, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados nulos o anulables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativo. Párrafo I. Si el vicio del acto determinara su nulidad, el proceso de lesividad puede iniciarse en cualquier momento, siempre y cuando no se haya producido prescripción de acciones, o si por cualquier circunstancia su activación contrarie la equidad, la buena fe o la confianza legítima...”.



las relaciones privadas entre los particulares, pues estas relaciones tienen la característica de enmarcarse dentro de un plano de igualdad jurídica y ninguno tiene un poder de autotutela sobre el asunto en cuestión.

El principal límite al ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración, lo encontramos en un principio propiamente administrativo: el de confianza legítima⁴³, el cual opera como una garantía en el ámbito público y se encuentra protegido, por ser parte consustancial de los principios de Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. Este principio hace referencia a ese grado de certidumbre que debe de existir entre el administrado y la Administración, bajo el entendido de que el primero sepa a qué atenerse en dichas relaciones, que deben de enmarcarse dentro de un ambiente de confianza donde reglas del juego sean claras y se respeten. Este principio se debe ponderar y analizar en cada caso concreto, presumiéndose también la buena fe de la Administración.

Este poder invalidatorio se debe ejercer con especial cuidado respecto a los administrados, los cuales consideran que tienen derechos adquiridos que dimanen de actos de contenido favorables para ellos. Así se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia dominicana, al considerar que “... como lo es el Principio de la Estabilidad del Acto Administrativo, que viene a proteger la seguridad jurídica a favor de los derechos de las personas frente a las actuaciones del poder público, a fin de que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones y actos administrativos definitivos queden incommovibles, ya que de otro modo el orden jurídico y el Estado de derecho no quedarían plenamente garantizados ante las actuaciones arbitrarias, ilegales y caprichosas de los funcionarios administrativos de turno que pretendan socavar los derechos fundamentales de los particulares. (...) debe tenerse presente que la Constitución de la República, como norma suprema a las que están subordinadas todas las personas y órganos que ejercen potestades públicas, consagra el Principio de Seguridad Jurídica, en aras de preservar los derechos adquiridos por los individuos, lo que en derecho administrativo significa la estabilidad o irrevocabilidad de los derechos legítimamente adquiridos por los parti-

43 El artículo 3.15 de la Ley 107-13 el cual establece “Principio de confianza legítima. En cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado”.



culares derivados de actos administrativos definitivos, y esto exige que si la administración en el ejercicio de sus atribuciones decide separarse de su criterio anterior y pretende revocar un acto legítimo precedente, como ocurrió en la especie, esta actuación obliga a que la administración actúe fundada en razones de oportunidad aplicables directamente a cada caso, y que su decisión esté fundamentada razonablemente, máxime cuando se trata de un nuevo acto administrativo que le impide al particular continuar en el ejercicio de un derecho legítimamente adquirido, mediante el acto anterior válidamente otorgado por la propia administración...”⁴⁴.

Otro asunto relevante en materia de revisión oficiosa de los propios actos de la Administración, es que esto no debe constituirse en la regla sino la excepción, en aras de proteger el indicado principio fundamental de la seguridad jurídica. Para García Luengo “La protección de la confianza en nuestro sistema tiene su ámbito de aplicación específico, en el que el principio demuestra su virtualidad y su carácter novedoso, precisamente en su papel de límite a las facultades de revisión de la Administración sobre su propia actividad concreta y, especialmente, sobre sus potestades de revisión de oficio de actos administrativos”⁴⁵.

Ahora bien, el principio de confianza legítima, si bien aboga por que exista una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico y el respeto a las perspectivas verosímiles de estabilidad que ha generado en los particulares— a las cuales han ajustado la esfera de su comportamiento—, esto no implica que vaya a existir un estancamiento o congelamiento de los criterios con que la Administración va a decidir los asuntos de su competencia. Lo que se busca con la protección de este principio es evitar cambios bruscos, repentinos o imprevisibles de criterios de vieja data, o pudiera ser también de algún cambio normativo, cuando, como ha indicado el Tribunal Supremo Español “se ha generado con anterioridad la convicción razonable, asentada en signos suficientemente concluyentes, de mantenimiento de la estabilidad, sobre todo si esa convicción —no meramente psicológica sino objetivamente inducida— ha dado pie a grandes inversiones o a decisiones personales o empresariales que

44 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, 6 de julio de 2011, núm.13, B. J. 1208.

45 GARCÍA LUENGO, Javier et al. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, España. Editora LaLey. España. 2010, pág. 1194.



quedarían arruinadas con el cambio de criterio”.⁴⁶ Más aún, cuando se revoca un acto, se debe tener en cuenta además otros principios también importantes y limitadores de esa potestad, como lo son el de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, bajo el entendido de que el acto se debería de declarar lesivo no solo para una parte de los administrados, sino para todos los posibles beneficiarios de este.

Arrieta Pongo ha estructurado lo que ha denominado los principios primarios para la aplicación efectiva del principio de protección de confianza legítima, a saber: “a) Que exista una determinada acción estatal generadora de la confianza que se pretende proteger; b) que el particular haya externalizado su confianza sobre la actuación estatal mediante signos concretos y constatables (gastos o inversiones); c) que la confianza sea legítima, es decir, conforme al ordenamiento jurídico y; d) que exista una acción posterior del Estado que quebrante la confianza previamente alentada”.⁴⁷

Así pues, independientemente de que la invalidación de los actos propios de la Administración es una facultad de ésta, con la instauración del principio de confianza legítima, la facultad invalidatoria debe ser siempre ponderada previo a su ejercicio e implementarse solo en aquellos casos que se pudieran catalogar de muy graves. Esto así, porque tal y como sostiene el profesor chileno Jorge Bermúdez Soto “No debe perderse de vista que tras la invalidación lo que hay es el propio error de la Administración en la apreciación y aplicación del Derecho en un acto administrativo concreto. Frente a ello, la formulación del principio de protección de la confianza legítima constituye una base dogmática probada y eficaz para el análisis y solución de tales situaciones”.⁴⁸

VI. A modo de conclusión.

La Constitución dominicana garantiza los derechos de los administrados sin quitarle a la Administración Pública, dentro de un amplio margen

46 STS de 9 de abril de 2010.

47 ARRIETA PONGO, Alejandro. *Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de confianza legítima*. En: Ita Eus. Esto. 4 (7). 2001, pp. 47-48.

48 BERMUDEZ SOTO, Jorge. El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria. *Revista de Derecho*, Vol. XVIII - No 2 - Diciembre 2005, p. 100.



de acción, su derecho de gestionar de manera eficiente el interés general, pues tal y como indica el constitucionalista español Javier Pérez Royo “la importancia de la Administración difícilmente puede ser sobrevalorada en el Estado Constitucional tal como lo conocemos”.⁴⁹

No obstante lo anterior, la potestad de la Administración Pública nunca podrá realizarse de manera desproporcional, arbitraria, ilegítima, etc., ya que de lo contrario estaría cometiendo una infracción constitucional, pues en esa función nunca puede sacrificar excesiva e innecesariamente los derechos de los particulares cuando sea necesario en aras de preservar el interés público.

Los límites que hemos observado, desde el punto de vista del constitucionalismo, resultan beneficiosos bajo el entendido de que hacen un llamado a la Administración Pública a actuar apegada a los cánones constitucionales, lo que repercute en un estricto respeto a los derechos de las personas.

Los límites a los poderes de la Administración Pública tienen que circunscribirse a lo necesario, pues se debe de dar un margen amplio de poder a ésta para que pueda salvaguardar el interés general. Ahora bien, transgredir, sobrepasar o pisotear estos límites, es claro que puede acarrear como consecuencia inmediata, no solo la anulabilidad de su actuación, sino también un tema de responsabilidad patrimonial tanto de la administración como del funcionario público actuante incluso de manera solidaria de conformidad con las disposiciones del artículo 148 de la Constitución dominicana y 57 y siguientes de la Ley 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública y de procedimiento administrativo.

Todo lo anterior deja claro que, efectivamente, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el administrado ha dejado de ser un sujeto indefenso, pues ya no puede ser controlado por ese gran poder con que cuenta la Administración Pública ya que cuenta con unos principios plasmados en la Constitución que limitan esos poderes y le indica a la Administración Pública que debe cumplir adecuadamente su tarea, que no es otro que el servicio objetivo del interés general, con pleno respeto de los derechos de las personas.

49 PÉREZ ROYO, Javier. Ob. Cit., p. 674.



VII. Referencias

- Arrieta Pongo, Alejandro. *Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de confianza legítima*. En: ItaEus. Esto. 4(7). 2001.
- Bermúdez Soto, Jorge. *El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria*. Revista de Derecho, Vol. XVIII - No 2 – Diciembre 2005.
- Caldero Delgado, Hugo. *Discrecionalidad Administrativa*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 16
- Constitución dominicana del 13 de junio de 2015.
- Esteve Pardo, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3ra. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.
- García Luengo, Javier et al. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, España. Editora La Ley. España. 2010.
- Ley No. 107-13 de fecha 6 de agosto del 2013, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Decimotercera ed., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Rodríguez Arana, Jaime et al. *Visión actual del Acto Administrativo. Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, República Dominicana, 2012
- Xiol Ríos, Juan Antonio et al. *Comentarios a la Ley 30/92*. Valladolid, Editorial Aranzadi, Lex Nova. S.A.U., 2013

Sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano:

- Sentencia TC/0048/12
- Sentencia TC/0049/12
- Sentencia TC/0088/12
- Sentencia TC/0006/14
- Sentencia TC/0094/14
- Sentencia TC/0183/14
- Sentencia TC/0322/14
- Sentencia TC/0373/14
- Sentencia TC/0182/15

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia:

- SCJ sentencia de fecha 20 de mayo de 1957, B. J. 562, pág. 990
- SCJ, Tercera Sala, 6 de julio de 2011, núm. 13, B. J. 1208



Otras sentencias

- STS de 9 de abril de 2010
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 227/1993, de 9 de julio de 1993
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-793 de fecha 22 de junio del 2010
- STS de 29 de noviembre de 1985
- Caso Espinosa Soria. STC exp. No.01803-2004-AA/TC del 25 de agosto de 2004, TC Peruano
- STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 21 de septiembre de 2006, rec. 102/2004, ponente: Nicolás Maurendi Guillén).
- Tribunal Supremo Español, Sentencia 22/1984, de 17 de febrero de 1984
- STC 238/1992
- STC de fecha 26 de noviembre de 1984
- Sentencias del Tribunal Supremo Español de fechas 1 y 22 de abril de 1985
- Tribunal Constitucional Español No.137/1985 de 17 de octubre de 1985
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/1984
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 144/1987 de 23 septiembre de 1987
- STS de 9 de abril de 2010



Dra. Rosina de la Cruz Alvarado

Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Es doctora en Derecho Administrativo por la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (París II) Panthéon-Sorbonne. Ha sido una colaboradora activa en la preparación y redacción de distintos cuerpos normativos locales, tales como: el Código para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes –Ley número 14-94–; el anteproyecto de lo que hoy es la Ley de Carrera Judicial, número 327-98; la ley que hace frente a la violencia contra la mujer, número 24-97, entre otros. Ha publicado artículos en varias revistas de ciencias jurídicas y periódicos de circulación nacional. Asimismo, ha dictado ponencias relacionadas al Derecho Administrativo, a los derechos de la mujer, el papel de la mujer en el Derecho Civil, entre otros. Actualmente, se desempeña como abogada en ejercicio y ha sido galardonada con los premios de: mujer destacada (premio Anacaona), medalla al mérito de la mujer y dama meritoria del municipio de Santiago.

ROSINA DE LA CRUZ ALVARADO

La constitucionalización del derecho administrativo es un esfuerzo largo, extenso e intenso, todavía inconcluso -pues no se agota con ninguna actuación, sea privada o pública- en el cual cada día, cada uno, debe aportar lo mejor de sus esfuerzos, intelecto y capacidades para hacer entrar en las costumbres y en el quehacer cotidiano la grandeza del ser humano, la increíble potencialidad de la dignidad humana que la Constitución pone como fundamento de la acción administrativa.

La satisfacción que expreso en el inicio de esta conversación tiene su explicación: durante años me sentí como la golondrina solitaria que no hacía verano, extrayendo enseñanzas de la Constitución que carecía de glosadores y haciendo la extrapolación de ellas al derecho administrativo, pues como se sabe, el derecho constitucional es el armazón de todo Estado, pero el derecho administrativo le da contenido. Es decir, uno no puede existir sin el otro. Tal como dice Jacques Calloise:

“El derecho administrativo es difícilmente concebible sin un alcance objetivo estatal. Su historia es inseparable de la construcción estatal. Repitámoslo: él no se limita al acompañamiento de este proceso, contribuye a hacerlo posible, participa de su legitimación tanto como fija los límites. Ciertamente el Estado no puede ser descrito como si se tratara de una producción del derecho administrativo, pero lo que él construye y reproduce corresponde plenamente a la experiencia del Estado.”¹

1 Calloise, Jacques: L'Etat du Droit Administratif, 2a edición. LGDJ, série Droit 56, « Droit et Société. Fondation Maison Sciences de l'Homme. Paris 2017, pág. 37.



La estrecha ligazón del derecho administrativo con el derecho constitucional puede decirse que se pierde en la noche de los tiempos, para ser poéticos, pero para ser menos líricos, puede decirse con propiedad que desde el inicio de la República Dominicana, la Constitución ha contenido a grandes rasgos la organización administrativa, aun cuando el nivel de nuestra cultura general y en especial la jurídica no hayan promovido estudios sobre la misma.²

Ahora bien, no podemos perder de vista que durante mucho tiempo en nuestro país, por razones de orden político, económico y hasta de supervivencia física, el estudio del derecho público y el derecho administrativo en particular, fue descuidado por los estudiosos del derecho³.

El autoritarismo establecido por largos años impidió el desarrollo pleno de una cultura jurídico-política constitucional y administrativa que propiciara el surgimiento de una doctrina de derecho administrativo, capaz de analizar las relaciones de derecho que surgen entre la administración y los particulares (los administrados) y sus consecuencias; no solo tomando en consideración estudios teóricos, sino también con la capacidad de utilizar las vías de recurso que el ordenamiento jurídico prevé para la protección de los particulares en sus relaciones con la administración.

Permítanme una pequeña digresión para explicar el enfoque dado a este trabajo: estaba en medio de la producción del trabajo sobre la “Constitucionalización del Derecho Administrativo” -tema que se ha puesto al próximo grito de la moda- cuando recibí una comunicación del magistrado Pedro Justo Castellanos, recomendándome un nuevo enfoque del trabajo a presentar -que esta vez debe focalizar *“De la legalidad a la constitucionalidad: nuevo paradigma de los procedimientos administrativos”*- lo que en realidad debe llevarme al análisis y ponderación del contenido de dos leyes: la ley Orgánica de Administración Pública, No. 247-12 y la Ley

2 Salvo los claros y luminosos trabajos de los profesores Troncoso de la Concha y Amiama en la primera mitad del siglo XX.

3 Ese descuido doctrinario no es exclusivo del derecho administrativo. Durante décadas esa fue la suerte común de todas las ramas del Derecho. Ese abatimiento intelectual y jurídico impidió la cultura del análisis de textos legales y decisiones jurisdiccionales, hasta la década de los sesenta. La publicación de “Estudios jurídicos” en esa época, abrió a los estudiosos del Derecho un espacio de difusión de temas jurídicos, promoviendo la discusión y análisis de todas las nuevas corrientes del pensamiento jurídico nacional. La doctrina jurídica dominicana debe muchos a los Dres. Juan Manuel Pellerano Gómez y Luis del Castillo Morales (+), quienes con espíritu de pioneros, extraordinaria visión, profundo sentido del Derecho como expresión social y creatividad la crearon, abriendo las puertas de la comunicación escrita a muchos abogados.



sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y de procedimiento administrativo, no. 107-13, que tienen su base de sustento en los artículos 138 a 148 de la Constitución del 2010. Precisión que le agradezco sobremanera, porque me ha permitido una mirada -espero- diferente al tema.

La disciplina académica me hace acoger con una dosis de humor este cambio. Y así que aquí estoy para compartir con ustedes algunas ideas sobre el tema.

1.- La legalidad

Empezaré haciendo el análisis de la legalidad para llegar a la constitucionalización de los procedimientos administrativos, convertidos en “nuevos paradigmas”; porque me pareció de importancia y utilidad sobre todo en las actuales circunstancias, en las que muchos creen que la ley es la panacea de todos o casi todos los problemas nacionales y sin que se verifique no solo el contenido del texto aprobado, sino también el del texto derogado, o el del texto propuesto⁴, mejor implementación de la acción administrativa, y reforzará el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Todos deseamos saber en qué pie estamos parados en lo que al funcionamiento legal de la Administración se refiere, porque no pocas veces nos parece que la Administración se conduce sin ninguna Ley.

Por ello es necesario también que los ciudadanos sepan que existen vías jurídicas, administrativas y jurisdiccionales que pueden constreñir la autoridad pública a actuar dentro de los límites precisos que impone la legalidad.

Definición de legalidad. La gradación de las normas jurídicas que se imponen a la Administración Pública. El acto administrativo.

La legalidad es a la Administración Pública lo que la sangre es al cuerpo humano. Igual que la sangre, la legalidad en la Administración

⁴ Todos recordamos la promoción de un presidente de la Cámara de Diputados que señaló que la ley no era para imponer, sino para educar, (es decir, la ley es una simple sugerencia).



Pública, hace un recorrido descendente y ascendente, durante los cuales ingresa oxígeno (expide/emite reglas jurídicas), expulsa las impurezas, (anula o deroga los actos ya innecesarios o dictados fuera de los preceptos de la ley), renueva y fortalece todos los órganos que componen el cuerpo social, es sometida con una mayor o menor periodicidad a la verificación de su estado de salud (a través de los recursos interpuestos por ante órganos jurisdiccionales establecidos al efecto), tal como ocurre con la sangre en el cuerpo humano.

Ese símil obliga a determinar cuáles son los órganos de formación, de creación de la legalidad, cuáles son los medios que emplean para establecer la legalidad de las actuaciones administrativas y los medios de controlar si una decisión determinada se ajusta a los parámetros de legalidad establecidos.

Los órganos de formación, de creación de la legalidad son: en primer término, la Asamblea Nacional que establece las reglas Constitucionales; el Congreso Nacional, que produce, elabora y vota las reglas generales de organización y funcionamiento de las diferentes instituciones; que recibe para ello un mandato del pueblo soberano; en segundo lugar: el Poder Ejecutivo, que recibe un poder de alguna forma secundario, marginal, residual, para resolver las circunstancias que enfrenta en la satisfacción del interés general y sobre lo cual el procedimiento legislativo no se produce y no puede producirse con la rapidez, flexibilidad que exige el cumplimiento de las funciones puestas a su cargo; es decir, para establecer las reglas de carácter general e impersonal obligatorias para todos los ciudadanos⁵; en tercer lugar, las personas morales territoriales como los ayuntamientos y las personas morales especiales o especializadas como son las distintas estructuras a través de las cuales se ejerce la acción administrativa.

¿Cómo? Dirá más de uno de ustedes ¿y en qué lugar pone a la justicia en todo ese entramado de órganos e instituciones creadores de legalidad?

La justicia o más bien los órganos jurisdiccionales, no crean legalidad en el sentido estricto de la palabra, no pueden dictar disposiciones de carácter general e impersonal, pues lo prohíbe el artículo 5 del Código Civil dominicano, que textualmente dice así: “*Se prohíbe a los jueces fallar por disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión*”.

5 El reglamento participa de la naturaleza de la ley en cuanto a la forma.



En este sentido, me permito transcribir aquí unas expresiones del profesor Rivero contenidas en su Précis de Droit Administratif:

“El juez tiene por función aplicar el derecho a la solución de los litigios; es decir que él solo interviene en caso de contestación, y que su papel se termina cuando ha extraído la regla aplicable al caso litigioso y enunciado las consecuencias que resultan de ella en la especie”⁶.

El profesor Georges Vedel, por su parte, expresa en ese sentido:

“Oficialmente si se puede decir así, nuestro derecho es completamente un derecho escrito y legislativo, sin participación del juez. Las reglas de derecho proceden únicamente de la Constitución, la ley, los reglamentos. El juez interpreta los textos, no crea reglas de derecho. “El juez interpreta el derecho, no lo inventa”⁷.

Como se sabe, las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales, ya sea en materia contenciosa o de pura administración judicial, son “res inter alios acta”, es decir solo producen efectos entre las partes en un litigio; ningún tercero, salvo el caso de la intervención forzosa o voluntaria, está obligado por una sentencia que no le concierne⁸.

Los órganos jurisdiccionales actúan como especialistas que analizan el estado de salud de la administración para determinar si ha tomado todas

6 Rivero, Jean, Op. Cit. Págs. 11-12.

7 Vedel, Georges: “Droit Administratif”; colec. Thémis, PUF Paris 1968, pág. 254.

8 Apartándonos del sistema jurisdiccional que hemos conocido toda la vida, se ha introducido y establecido el Tribunal Constitucional que forma por sí solo un órgano jurisdiccional al que se le ha conferido el poder de establecer “precedentes” vinculantes para todos. Con la particularidad que el Tribunal Constitucional puede y en hecho atribuye la calidad de precedente vinculante a una cualquiera de sus decisiones. El establecimiento del precedente debe ser visto además “como el esfuerzo del juez para afirmar la existencia de un cuerpo de principios, independientes de toda regla escrita que constituye, de alguna manera, la filosofía política de la Nación y de la cual diciéndose guardián él se instituye en hecho en el creador, porque es él, dándole una sanción, que los hace pasar en el derecho positivo” Rivero, Jean, op.cit. El sistema en el cual la más alta jurisdicción judicial puede ser creadora de derecho es cuando hace uso de su facultad(limitada) de proposición de leyes relativas a asuntos judiciales al Congreso; de conformidad con las disposiciones 96 de la Constitución. Sin embargo, la falta de definición de “asuntos judiciales” deja poco espacio a la utilización de esa iniciativa; en mi opinión la iniciativa debería ser más amplia y en vez de decir asuntos judiciales, que tiene relación con la creación y organización de tribunales, debería decir asuntos jurídicos, para que la SCJ pueda proponer leyes relativas a asuntos jurídicos de los cuales ha tenido un cercano y prolongado conocimiento.



las previsiones necesarias para que sus actuaciones se realicen siempre dentro de los límites que impone la legalidad⁹.

Hemos asistido y estamos asistiendo al voto y promulgación de numerosas disposiciones legales que establecen un poder reglamentario en provecho de la Suprema Corte de Justicia en algunas materias y han hecho materia del reglamento a asuntos que son materia de la ley¹⁰.

Ahora bien, esa atribución es forzada y desconocedora de la organización jurídica dominicana; y responde a la preocupación de tener y mantener las jurisdicciones ajenas al arbitrio y velocidad del Poder Legislativo en dictar las reglas que conciernen su funcionamiento; pero por más que se haya introducido ese poder reglamentario particular, es siempre un poder restringido, especializado, que no es natural, no es de la esencia misma del sistema jurisdiccional: debe ser siempre especialmente establecido.

Todo ello sin negar que la Suprema Corte de Justicia (el servicio público de la Justicia), como todo jefe de servicio está investido del poder de dictar órdenes de servicio para el normal funcionamiento de la justicia; pero precisamente esas órdenes de servicio solo se aplican al interior del servicio, no son aplicables a los ciudadanos que están fuera del ámbito de la justicia.

De todo ello resulta en resumen que las fuentes de la legalidad en el ordenamiento jurídico actual, en una escala de mayor a menor rango en la gradación de las normas jurídicas que se imponen a la Administración, son:

- 1.- La Constitución;
- 2.- Los tratados internacionales relativos a derechos humanos;
- 3.- Las leyes orgánicas;
- 4.- Los tratados internacionales distintos a los relativos a derechos humanos;

9 Hay que observar también que en disposiciones informativas, como las que hace el Ministerio de Trabajo sobre los días feriados, la prensa reseña que el 27 de febrero y el 16 de agosto no se cambian por disposición de la Suprema Corte de Justicia. Ver igualmente el artículo 13 de la Ley núm. 340-06, cuyo texto dispone: "Toda persona que acredite algún interés podrá en cualquier momento conocer las actuaciones referida a compras o contrataciones, desde su iniciación hasta la extinción del contrato, con excepción de las contenidas en la etapa de evaluación de las ofertas o de las que se encuentren amparadas bajo normas de confidencialidad. La negativa infundada a permitir el conocimiento de las actuaciones a los interesados se considerara falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. El conocimiento del expediente no interrumpirá los plazos de las distintas etapas de los procedimientos de compra y contratación".

10 La Suprema Corte de Justicia, en una orden de servicio que fue criticada por la Tercera Sala de la misma, suprimió las vacaciones judiciales establecidas en la Ley de Organización Judicial.



- 5.- Las leyes ordinarias;
- 6.- Los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo;
- 7.- Las decisiones individuales dictadas por el Poder Ejecutivo;
- 7.- Las decisiones de las autoridades territoriales (ordenanzas municipales);
- 8.- Las decisiones de algunos órganos administrativos descentralizados o personas morales de derecho público.

Esas son las fuentes que a tenor de lo que dispone el citado artículo 3 de la Ley 107-13 constituyen el principio de la juridicidad.

Me parece que algunos constitucionalistas me reprocharán no incluir como fuente de la legalidad las sentencias del Tribunal Constitucional, pero recordemos todos que es de legalidad que estamos hablando, no de constitucionalidad y de aclarar el concepto ya se ocupó el Tribunal Constitucional en sus sentencias Nos. TC/0007/12; TC/0017/13; TC/0075/13; TC/0307/14; TC/0022/14; TC/0161/14; TC/0161/14; TC/0307/14; TC/0364/14; TC/0109/15; TC/0270/15; TC/0410/15; TC/0091/16, entre otras.

La cuestión de la distinción entre legalidad y constitucionalidad no es exclusiva de la República Dominicana.

El profesor Louis Favoreu¹¹ en un escrito publicado en “Les Nouveaux Cahiers du Conseil”, expresa:

“Es clásico confrontar u oponer legalidad y legitimidad. Lo es menos establecer un paralelo, un acercamiento o una complementariedad entre legalidad y constitucionalidad... Parece cada vez más extraño oír hablar de “legalidad constitucional” de “leyes contrarias al principio de legalidad”, de “leyes ilegales” o aún de “legalidad constitucional, legislativa y reglamentaria”. El empleo de esos términos no sorprendía en el tiempo en que el control de las leyes no existía, era poco frecuente recurrir a él. Las cosas han cambiado mucho hoy y un vocabulario más adaptado debería ser utilizado: especialmente la noción de constitucionalidad parece más apta a caracterizar ciertas situaciones y debería sustituir la de la legalidad, sin reemplazarla evidentemente de manera total porque ella conserva una función pero de manera diferente”. Esta preocupación terminológica puede parecer vana, vale decir inoportuna, a aquellos que

11 Favoreu, Louis: “Légalité et Constitutionnalité”. Nouveaux Cahiers du Conseil No. 3, mayo, 13, 2015.



comprenden o admiten difícilmente los cambios impuestos por la toma en consideración de los aportes de la jurisprudencia constitucional. En realidad, no puede ser ignorada pues ella traduce o marca la emergencia de un problema de fondo, a saber el desplazamiento o recentraje de nuestro orden jurídico, como también por otra parte en los de los países vecinos (Alemania, Bélgica, Italia o España) alrededor de un nuevo eje. Como lo ha mostrado en efecto uno de los mejores especialistas de derecho comparado, Alessandro Pizzorusso: “Es posible hoy describir el sistema de las fuentes utilizando la figura cartesiana de abscisas y coordenadas. Pero si en esta figura la ley mantiene su posición central en el punto donde los ejes se cruzan (las demás fuentes colocándose por encima como la Constitución, etc., o por debajo, como los reglamentos de ejecución, etc., o bien a la derecha o a la izquierda según los criterios de competencia, ella es solo una fuente entre muchas otras y sobre todo ella no es la fuente suprema como lo era anteriormente y su constitucionalidad es susceptible de discusión. Esta nueva discusión del sistema de las fuentes reemplaza la que existía antes y que podía ser representada como un sistema de rayos, donde la ley estaba colocada en el centro y todas las otras fuentes, alrededor, sacando su fuerza normativa de la ley que ella misma reenviaba a sus fuentes. Así, la ley era prácticamente la única verdadera fuente del derecho, dicho de otra manera la fuente de las fuentes. Hoy, por el contrario, aun si la ley es siempre el centro del sistema, los efectos jurídicos de otras fuentes no dependen más de ella (o solamente de ella), sino que dependen sobre todo de la Constitución. En consecuencia, la Constitución regla esencialmente el sistema de las fuentes del derecho que se presenta más bien como una cascada de fuentes.”¹²

El mismo autor cita al decano Vedel, que en la edición de 1949 de su Manual, “ponía el acento sobre lo que expresa en realidad el principio de legalidad a saber la jerarquía de las normas”:

“Esta consecuencia de la jerarquía de las normas, que exige la conformidad de la regla inferior a la regla superior, se expresa por el principio de la legalidad. La palabra legalidad es equívoca y es uno de muy numerosos casos que atestiguan que el derecho tiene un idioma mal hecho. Aquí la

12 Esa concepción de la legalidad como cascada la utiliza el profesor André de Laubadere en su *Traité de Droit Administratif*. LGDJ. Paris 1970, pág. El profesor Rivero, en su obra citada, utilizaba la figura de una pirámide indicando con ello el lugar de cada fuente de derecho ocupaba en la gradación de las normas que se imponen a la Administración.



legalidad, no es la conformidad a la ley en sentido stricto sensu, es decir a la regla establecida por el Poder Legislativo, sino la conformidad a la ley lato sensu, es decir al conjunto de las reglas de derecho superiores. Se diría con más exactitud, el principio de normatividad o de juridicidad¹³, pero, como ese no es el uso, sirviéndose de esas palabras se crearía más equívocos de los se evitarían¹⁴.

Todo Estado organizado se dota de un cuerpo legal al cual deben someterse no solo todos los ciudadanos, sino también todos los órganos e instituciones públicas. Y a esa dinámica no escapa nuestro país.

Fijémonos bien, que ello es fácilmente observable entre nosotros desde la Independencia en 1844; nuestro país se ha ido dotando de un cuerpo jurídico, un ordenamiento jurídico destinado a darle una base legal a las actuaciones de la Administración¹⁵.

La existencia de la legalidad, o más bien del principio de la legalidad en las sociedades tiene connotaciones sociales, políticas y culturales de las cuales he señalado algunas; son muchos los pensadores que han dedicado largas y sesudas páginas a darle contenido, que no es necesario enumerar aquí, pero cuyos aportes recorrerán, sin duda alguna este trabajo.

Por lo que podría decirse, con propiedad, que además de ser una situación jurídica, la legalidad es además un estado de espíritu, es la comprensión profunda de las exigencias de la vida en sociedad, deslindando notoria y claramente los ámbitos respectivos de la acción de la Administración y de la acción de los ciudadanos, que en el decurso de nuestra vida como

13 Es el término empleado en el artículo 12, principio 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública No. 247-12.

14 “La constitucionalidad no es más como podía serlo bajo la IIIa. y IVa. Republicues “la puesta en obra en un caso particular de la idea de legalidad: ella es en lo adelante en el centro del orden jurídico y la legalidad solo representa una parte limitada de la juridicidad.” Favoreu, Louis, op. cit., p. 3.

15 Esa preocupación no es exclusiva de la República Dominicana, en la década del setenta del siglo pasado, el profesor Weil, Prosper, en “Le Droit Administratif”, colec. Que Sais-je? No. 1152, Pág. 5 se maravilla de la existencia de reglas jurídicas que controlen a la Administración. En sentido contrario: después de 1789, como antes la existencia de reglas impuestas a la administración corresponde menos a una victoria de los derechos sobre el poder que un acomodamiento necesario a su efectividad y perennidad. Lejos de aparecer como constreñimientos impuestos desde el exterior al poder público, ellas son los resortes propios de la mecánica del poder. La vigencia del derecho administrativo moderno no tiene nada de “milagroso”. Se inscribe en una tradición en la que se lee que el poder debe ser regulado, para realizar sus fines e inscribirse en la duración. “Burdeau Francois: “Histoire du droit administratif” Themis Droit Oublic. PUF 1995



país no son tan evidentes como deberían serlo. La legalidad es, además, la savia aglutinante de la sociedad que nos eleva de individuos a ciudadanos.

Se advierte que el estudio de la legalidad (juridicidad) comporta una parte de utopía, de esperanza, de un deber ser, no siempre percibido por todos; y comporta también un análisis jurídico; por ello es desde el ámbito estrictamente jurídico que haremos el análisis de la legalidad, empezando por expresar en qué consiste y qué caracteriza al Estado de Derecho, para a seguidas estudiar en el sentido más amplio el contenido de la legalidad, a que tiende su existencia y contenido.

Lo que caracteriza el Estado de Derecho es el sometimiento de todas las autoridades a la regla de Derecho, de cualquier grado y rango que ella ocupe en la jerarquía de las normas jurídicas existentes y concomitantemente con ello¹⁶, la existencia de vías de recurso para sancionar las desviaciones, las violaciones a esas reglas; pero además exige jueces convenientemente preparados, sin ataduras sociales, políticas o religiosas y/o con una carga de trabajo que les permita ejercer lo que ahora se ha dado en llamar la tutela judicial¹⁷ efectiva.

Ese Estado de Derecho¹⁸ se caracteriza o tiene como función esencial “... *la protección efectiva de los derechos forma igualitaria, equitativa*

16 La legalidad constriñe, restringe, limita la actuación de la Administración, por lo que la Administración posee un margen de libertad conocido como poder discrecional; además en determinadas circunstancias de hecho, puede descartar la legalidad ordinaria y realizar actos que en tiempos normales no podría hacer, es lo que se conoce como circunstancias excepcionales, en las cuales se aplica una legalidad excepcional. Las circunstancias excepcionales no están contenidas en una lista, pero pueden citarse como ejemplos la guerra, un estado de insurrección, que los jueces analizaran para darle su verdadero contenido y determinar su verdadera naturaleza de excepcionales.

17 La denominación tutela judicial efectiva tiene una connotación de debilidad, incapacidad de los sujetos que se encuentran bajo ella, ha hecho fortuna, pero más que la incapacidad real o supuesta de los ciudadanos, se trata de las vías apropiadas para la defensa de sus derechos. El lenguaje usado en la Constitución, “protección efectiva”, me parece más adecuado a la finalidad del Estado.

18 La modernidad impone que se diga “Estado Social y Democrático de Derecho”, a partir de la proclamación de la Constitución del 2010. Sin embargo, como no me gustan los adjetivos innecesarios prescindo de ellos, porque creo firmemente que en un real Estado de Derecho, lo social y la democracia van de la mano, porque lo que es innecesario ser redundante, sobre todo cuando el mismo canon constitucional va diciendo las bases filosóficas, jurídicas sobre las cuales se asienta ese Estado, dando el significado preciso de las previsiones respecto de los derechos humanos; las instituciones a través de las cuales el Estado dominicano cumple con las garantías del ejercicio de esos derechos de los ciudadanos y la organización administrativa. Además la construcción parece decididamente tomada del artículo 1º de la Constitución Española de 1978, que textualmente dice: “España se constituye en un estado Social y Democrático de Derecho), expresión que tampoco es original y propia porque procede del Derecho alemán, donde lo introdujo Lorenz Von Stein, economista, sociólogo y analista político alemán.



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”, establece el artículo 8 de la Constitución.

Esa protección efectiva, solo se logra con el respeto irrestricto de todas las normas jurídicas que se imponen a la Administración, en cuya cima se encuentra la Constitución, conjuntamente con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos por la República Dominicana y debidamente ratificados por el Congreso Nacional; a seguidas se encuentran las leyes orgánicas (que hasta la Constitución de 2010, era toda ley que organizara un poder del Estado y no requería de una mayoría calificada para su voto); y los tratados internacionales que no se refieren a derechos humanos; inmediatamente después se encuentran las leyes ordinarias; los reglamentos de carácter general e impersonal que se aplican a todos los ciudadanos o a una gran parte de la población (que algunos autores llaman normativos) dictados por el Poder Ejecutivo; las decisiones individuales dictadas por el Poder Ejecutivo;¹⁹ y así en orden descendente las decisiones de carácter general de las autoridades locales descentralizadas territorialmente; y las decisiones de carácter particular de esas mismas autoridades²⁰.

A la luz de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública (No. 247-12) y en la Ley Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento

19 En el ordenamiento jurídico dominicano, tenemos una dificultad en la denominación de los actos que dicta el presidente de la República pues todos sus actos sean de carácter general o reglamentarios, sean de carácter individual, son expedidos en forma de “Decreto”; ahora bien, las disposiciones dictadas por los consejos administrativos y/o cuerpos consultivos de la Administración se denominan resoluciones y las decisiones de los Ayuntamientos, ordenanzas. En ese sentido, el principio 15 de la Ley 247-15, Ley Orgánica de la Administración Pública, establece: **“Principio de Jerarquía.** Los órganos de la Administración Pública estarán jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia respectiva, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes se publicaran y difundirán de conformidad con la ley”.

20 “Llevándose de una nomenclatura aberrante que hace perder su especificidad, precisión, robustez y claridad al lenguaje jurídico, muchos dominicanos han entrado en una corriente que tiende a hacer distinciones entre acto administrativo como una especie dentro de las actuaciones de la Administración; sin embargo, la distinción más sencilla, flexible y comprensible es la que hemos dado más arriba, avalada por lo más granado de la doctrina administrativista de Francia y otros países.



Administrativo (No. 107-13), examinaremos cuáles son las exigencias que el respeto de la legalidad impone a la Administración Pública, sea nacional o local, teniendo por supuesto que ellas son la expresión de los mandatos constitucionales más arriba evocados.

Como se sabe, la Administración Pública se manifiesta a través de actos jurídicos²¹ y de operaciones materiales²². Las operaciones materiales, no importa cuán grandes o cuán importantes sean, no son objeto de este estudio porque ellas no hacen nacer derechos (con la debida excepción de los daños que eventualmente puedan causar); según la doctrina más socorrida ellas son la expresión de un acto jurídico preexistente (el contrato, por ejemplo).

El acto jurídico de la Administración Pública, por el contrario, es fuente de derecho, veamos:

Todo acto administrativo es una manifestación de voluntad destinada a introducir un cambio en el ordenamiento jurídico. Se compone de elementos externos e internos que deben ser realizados, encontrarse reunidos para que produzcan sus efectos.

El profesor Vedel definía el *“acto administrativo o decisión ejecutoria es un acto jurídico emitido unilateralmente por la administración con miras a modificar el ordenamiento jurídico por las obligaciones que impone o los derechos que confiere”*.

El acto administrativo hace nacer derechos, obligaciones y del mismo se derivan consecuencias que afectan la vida no solo de los particulares, sino de la sociedad toda.

Ahora bien, ese conocimiento conlleva el surgimiento y desarrollo de una cultura de la legalidad, que todos los autores coinciden en definir como un conjunto de valores, normas, percepciones y actitudes que el individuo tiene hacia las leyes y las instituciones que las ejecutan.

Podemos afirmar que existe una cultura de la legalidad difundida entre los miembros de la colectividad cuando, más allá del contenido de las normas vigentes, de la tradición o familia jurídica a la que pertenecen, incluso de si se respetan o no los contenidos característicos de un Estado

21 Rivero, Jean, Précis de Droit Administratif, op. cit.

22 Vedel, Georges: “Droit Administratif”, colec Thémis 4ª edición aumentada, Pág. 160; PUF, Paris 1968.



de derecho, estos ajustan su comportamiento a las mismas porque les reconocen un grado aceptable de legitimidad (reconocen cierto valor a las normas e instituciones vigentes). Esta observancia de las normas, conviene advertirlo, obedece en parte al elemento coercitivo en manos del Estado, pero no se agota en sí mismo porque la sola fuerza nunca es un elemento suficiente para alcanzar la legitimidad. Solo un cierto grado de adhesión voluntaria a las normas, una cierta cultura de la legalidad, explica la permanencia en el tiempo de los ordenamientos jurídicos respaldados por la fuerza del Estado²³.

En resumidas cuentas, podemos decir que existe una *cultura de la legalidad cuando las normas son efectivamente observadas. Es decir, cuando las autoridades y los ciudadanos adecuan su actuación a las reglas que norman la convivencia colectiva*²⁴.

De acuerdo con Godson, “una cultura de legalidad implica que la cultura o forma de pensar dominante en la sociedad coincide con el Estado de derecho. Es un mecanismo de autorregulación individual y regulación social que exige por parte de los ciudadanos una cierta armonía entre el respeto a la ley, las convicciones morales y las tradiciones y convenciones culturales. Otra forma de definirla es como la creencia compartida de que cada persona tiene la “responsabilidad individual” de ayudar a construir y mantener una sociedad con un Estado de derecho:

“La cultura de la legalidad, por lo tanto, está vinculada a los principios que las personas tienen respecto a la ley y a los organismos encargados de ejecutarla. Dichos valores se traducen en la cultura de la gente, que puede estar apegada o no a lo establecido en el orden jurídico. Hay que establecer que los hombres y mujeres que viven en una sociedad donde se lleva a buen puerto la legalidad apuestan por desarrollar las siguientes acciones: a) se encargan de respetar las normas; b) cuentan con responsabilidad tanto para respetar el conjunto de leyes como para cooperar con las autoridades; c) proceden a condenar y rechazar los actos que se consideran ilegales; d) conocen las normas que regulan la sociedad; e) No menos importante es el hecho de que colaboran con las instituciones y

23 “Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., pág 26.

24 Salazar Ugarte, Pedro, Ib in idem, quien agrega: “la aceptación por parte de la mayoría, de la función que cumplen las normas jurídicas como instrumentos reguladores de la convivencia pacífica. Podríamos decir: supone que los miembros de la colectividad conocen y aceptan su parte en el “pacto social”.



las dependencias que se encargan de velar por la justicia. El ideal indica que la cultura de la legalidad debe desarrollarse sobre principios sólidos y que resulten aceptables para la población.

Cuando el individuo advierte que el cumplimiento de la ley no es parejo o que incluso se puede violar la legislación sin consecuencias, dicha cultura se ve socavada. Se piensa entonces, que el respeto por la legalidad no es algo tan importante para el funcionamiento de la sociedad.” Pongo especial énfasis en esta aseveración porque se parece mucho a la situación que enfrentamos cada día.

Ahora bien, “el respeto a la legalidad no es espontáneo. Tiene su origen en la cultura de las sociedades”. De ahí la importancia de la cultura de la legalidad, de construir y arraigar en la sociedad el apego a las leyes para que los individuos que la conforman las acepten y tomen como suyas, como criterios para su actuar cotidiano, en un marco de respeto a la dignidad, la libertad y la igualdad²⁵.

Cultura de la legalidad, en la que no se me escapa, hacemos defecto los dominicanos; más bien es una contracultura que nos presenta como ampliamente decididos a torcer el curso normal de los procesos administrativos: nos gusta resolver los asuntos que nos enfrentan a la Administración Pública mediante reuniones y acuerdos, que dependen más de la buena voluntad de la Administración que a las formalidades requeridas por la ley para obtener una decisión administrativa; pero también tenemos una desconfianza insuflada, mantenida y alimentada hacia los órganos jurisdiccionales que pueden imponer sanciones para corregir una ilegalidad, reparar un daño.

No nos gusta utilizar los recursos contenciosos establecidos en las leyes, ni los órganos jurisdiccionales, por temor a las represalias que eventualmente puede tomar la Administración que para muchos es como “el gran poder de Dios”, que recuerda la imagen que colgaba en muchos hogares con el propósito de infundir temor en las personas de carácter dócil. Pero también, porque nos sentimos un tanto culpables, ya que no estamos seguros de que hemos dado cabal cumplimiento a las leyes.

25 Instituto Federal Electoral, presentación del trabajo de Pedro Salazar Ugarte: Democracia y (cultura de la) legalidad.



Todo ello es coincidente con la poca buena voluntad que ponemos en cumplir los preceptos legales que nos impone la vida en sociedad. Es muy conocido el “síndrome del padre de familia”, que excusa muchas conductas impropias o alejadas de lo que dispone la ley.

Parece ser que es más fácil andar por vereda que por camino real, a juzgar por la conducta que todos exhibimos, olvidando que nada que valga la pena se obtiene sin esfuerzo y trabajo.

Por lo que con muchísima razón se puede decir que el establecimiento de ese conjunto de reglas jurídicas no ha dado lugar al surgimiento de una cultura de la legalidad. No hemos enraizado en nuestro fuero interno ese estado de ánimo, ese sentimiento profundo de legalidad que nos permita realizarnos como seres humanos, como ciudadanos²⁶.

En contraposición con la cultura de la ilegalidad que da sustento y razón de ser al Estado de derecho, la incultura de la legalidad es la aproximación de la muerte de las instituciones.

Pedro Salazar Ugarte, en el trabajo citado más arriba, apunta:

“Pero también podemos imaginar otra fórmula invertida: la cultura de la ilegalidad”. En este supuesto se encuentran aquellos actores individuales (o en un sentido amplio difícil de imaginar: aquellas sociedades) que conocen la normatividad vigente, asumen una posición frente a la misma y deliberadamente la violan... El que se aprovecha, el abusivo, no lo hace porque desconoce las normas, sino porque conoce la forma de evitarlas para sacar ventajas sobre quienes las respetan... o con un ejemplo más cercano y cotidiano, quien se aprovecha de la violación de las reglas de tránsito para avanzar antes que sus conciudadanos, dando vuelta en el carril que no está destinado para ello. En este caso no solo se adolece de una cultura de la legalidad, sino que se profesa una cultura deliberadamente ilegal”²⁷.

No quiero pecar en exceso de pesimismo, que va en contra de lo que ha sido siempre la expresión de mi vida, pero creo que ante estas reflexiones, debemos todos inquietarnos y preguntarnos: ¿Vivimos una cultura de la legalidad? O por el contrario: ¿Vivimos una cultura de la ilegalidad? O a

26 Otero, Christopher y Rivero, Jean: Du gouvernement du juge administratif. Dalloz 2016, Colec. Tiré à part.

27 Salazar Ugarte, Pedro, Ib in idem.



sabiendas: ¿Hemos escogido deliberadamente desconocer la existencia de la legalidad y violarla con reiterada frecuencia?

Me parece que las respuestas a esas interrogantes arrojarían un saldo desolador sobre nuestra realidad sobre la legalidad. Pero a pesar de todo, yo personalmente y todos los que estamos aquí, con nuestra presencia hacemos una apuesta por la existencia y vigencia plena de la legalidad en nuestro país.

A pesar del optimismo autoproclamado, es necesario reconocer que nos hemos quedado detrás a pesar de la Constitución que proclama un estado social y democrático de derecho y de la profusión de leyes y programas que se dicen destinados a realizar el mandato constitucional.

En ese sentido, creo que la nota de Pedro Salazar Ugarte en el trabajo citado en otra parte de este escrito, no se ha cumplido entre nosotros y al respecto, cito:

“En la concepción tradicional, el Estado, entendido como el monopolio de la fuerza legítima, se consideraba el punto de partida para entender las relaciones de poder. Primero venía la fuerza estatal y después los individuos que eran, ante todo, sujetos de obligaciones y, solo por una concesión estatal, titulares de derechos. En cambio en la concepción constitucionalista que corresponde al Estado de derecho o Estado constitucional..., las relaciones de poder se han invertido. Primero están los individuos que, por ser sujetos autónomos e igualmente dignos, son titulares de derechos fundamentales, y solo después, para proteger esos derechos se ubican las potestades estatales. Concretamente en un Estado de derecho la legitimidad del poder y de las normas jurídicas depende del respeto y garantía de los derechos fundamentales individuales.”

2.- De la legalidad a la constitucionalidad.

No hay que negar que los avatares desde sus orígenes como país independiente, han marcado de manera profunda nuestra concepción de la legalidad y del respeto debido a la misma. ¡Que necesariamente tenemos que superar!

Creo firmemente que la exposición, difusión y discusión del tema es un excelente medio para que los ciudadanos sepamos cuál es la extensión de los derechos que la Constitución nos garantiza, pero más importante



aún los límites a los poderes públicos, haciendo especial énfasis en la Administración del Estado.

Es de justicia reconocer la labor ingente que está haciendo el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, que al acercar el conocimiento de la Constitución a la ciudadanía, establece un hito, a partir del cual se podrá decir con propiedad, que la construcción del “Estado Social y Democrático de Derecho” de que habla la Constitución en su artículo 7, se ha iniciado, desarrollado y perfilado, no solo con la labor jurisdiccional del Tribunal, expresada en las diferentes decisiones que desde su creación ha venido dictando; sino también con otras manifestaciones públicas, tales como el presente Congreso, las presentaciones periódicas en los distintos municipios y provincias del país; las publicaciones mensuales del periódico “la voz del constitucional”.

Podría decirse que: “Comienza a tomar cuerpo una concepción de estudios que tendrá una vida larga”.²⁸

Estamos caminando el tránsito de la legalidad hacia la constitucionalización de la vida tanto administrativa como social, que como todos hemos ido observando, se va haciendo cada vez por los cauces de mayor amplitud que desbroza el Tribunal Constitucional.

A modo de ejemplo o anécdota, hasta hace poco tiempo, la Constitución era un instrumento jurídico que muchos conocían de oídas; éramos pocos los que estudiábamos ese texto que desde siempre se ha dicho es “la ley de leyes”, sobre todo teniendo en cuenta que desde los más altos niveles de la administración se proclamaba sin rubor alguno que “la Constitución era un simple pedazo de papel”; con lo que evidentemente se desmoralizaba y desincentivaba la profundización de su estudio y estábamos privados de abreviar en esa fuente cristalina del derecho que es el motor y guía de la vida social, tal como la conocemos.

En estos tiempos, donde por lo menos, para ser considerado con cierto nivel de cultura, es necesario citar artículos de la Constitución, asistimos a una especie de epifanía constitucional. Hhemos “descubierto” la Constitución y estamos prestos a usarla en defensa de nuestros intereses y eso es bueno, porque enriquece el debate y va insertando en la psiquis de muchos la realidad constitucional en paralelo con sus derechos.

28 Burdeau, Francois: “Histoire du droit administratif” Themis Droit Public. PUF. 1995, p. 40



Ahora bien, el conocimiento de la Constitución y de los derechos que ella garantiza no pueden, en modo alguno, convertirse en la vía para abarrotar al Tribunal Constitucional de recursos que no tienen nada de jurídicos. Hay que recordar siempre que el Tribunal Constitucional es eso, un tribunal, y no puede ni debe ser inundado con pedimentos que exceden lo que el ámbito constitucional permite.

Disertar sobre el paso de la legalidad a la constitucionalidad es como entrar en “camisa de once varas” El tema no es fácil, primero porque es un lugar común decir que los temas de derecho administrativo son áridos²⁹, aunque Marcos Vaquer Caballería afirma con humor y brillo que “tiene una honda sensibilidad ética y estética, que no es prosaico sino sublimemente lírico”, y en segundo lugar, porque el examen de la actuación de la Administración Pública, en cualquier momento, puede pensarse que toma un sesgo político partidario; los administradores públicos pueden sentirse personal y políticamente en la mira crítica del orador que lo asume. Y eso ya me ha pasado en otras ocasiones.

No puedo dejar pasar que la legalidad ha hecho aportes significativos en el vocabulario y concepciones del Derecho Constitucional; así vemos que la magnífica construcción jurídica del profesor Hauriou, denominada el “bloque de legalidad”, término que muchos juristas consideraron incompleto³⁰, o poco ilustrativo, ha dado paso al llamado “bloque de constitucionalidad”, vocablo que ha hecho fortuna, aun cuando no todas las disposiciones constitucionales tienen el mismo valor normativo, ni la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico.

La proclamación de la Constitución del 26 de enero de 2010 elevó a rango constitucional aspectos de la calidad y contenido de temas de la Administración Pública, entre los cuales son a destacar la inclusión en

29 Sin embargo, Marcos Vaquer Caballería, en un libro titulado “El discreto encanto del derecho administrativo” expresa: “... me propongo refutar el prejuicio según el cual el Derecho Administrativo es una disciplina árida y gris, para lo que habré de demostrar la honda sensibilidad ética y estética que lo anima. Esta es la tesis: el Derecho Administrativo es peregrino, sí, pero no prosaico, sino sublimemente lírico. De un lirismo sutil y huidizo, pero acaso ser menos apreciable lo haga más precioso”. Vaquer Caballería, Marcos “El discreto encanto del Derecho Administrativo”, pág. 15, editora Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

30 Ver De Laubadere, André, en su obra citada, que prefería la imagen de una cascada y el profesor Rivero, Jean, que entendía que la figura que más convenía a la legalidad era la de una pirámide, en razón de la distinta jerarquía y valor jurídico de las reglas, las normas a cuyo respeto está obligada la Administración Pública.



el Título IV, capítulo III, Sección I, Sección II, artículos 138 a 145, las bases sobre las que se asienta en tratamiento de los ciudadanos con la Administración, sea local o nacional, dio lugar al voto y promulgación de varias leyes, las más importantes de las cuales, son a mi juicio: la Ley No. 247-12 Orgánica de Administración Pública y la Ley No. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

El voto, promulgación y promoción de esta nueva legislación no significa en modo alguno que no existieran en nuestro ordenamiento jurídico reglas de organización y funcionamiento que definieran las actuaciones de la Administración, pero ellas se encontraban dispersas y su aplicación era más empírica que regulada (las cosas se hacían como se habían hecho siempre, en un conocimiento que se transmitía oralmente por los funcionarios a los jefes que al no estar adecuadamente preparados en administración pública, descansaban sobre los que ya estaban en el lugar en posiciones subalternas)³¹.

Esa legislación novedosa permite hacer un examen exhaustivo de la legalidad sobre una realidad concreta que es la existencia de un cuerpo legal que precisa, ordena y manda cómo debe actuar la Administración en cada caso general, cuya vigencia permitirá explorar los casos de especie que se podrán presentar y que contribuirán con un recio y fuerte desarrollo del estudio del Derecho Administrativo y de la Ciencia Administrativa, porque ellas como decía el profesor Jean Rivero: “tienden a someter el conjunto de la vida pública a una ética”³², cuyos elementos son definidos en esta legislación; la cual además obligará a su estudio para la real y efectiva protección de los derechos y libertades individuales, o como se ha puesto de moda entre nosotros, “los derechos fundamentales”.

31 El considerando cuarto de la Ley Orgánica de Administración Pública, expresa: “Que el régimen legal vigente de organización y funcionamiento de la Administración Pública data de la década de los cincuenta del siglo pasado, por lo que no obstante la calidad técnica de ese instrumento legislativo, en los tiempos actuales se revela insuficiente y rígida para satisfacer los múltiples y diversos cometidos a cargo de la Administración del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución proclama”.

32 Rivero, Jean. “Le juge administratif français: un juge qui gouverne? Dalloz 1951, tomado de «Du gouvernement du juge administratif» Jean Rivero et Christophe Otero. Dalloz 2016. Colec. Tiré à part.



3.- Nuevos paradigmas en los procedimientos administrativos

Es precisamente esa ética de la vida pública la que proporciona “nuevos paradigmas” en los procedimientos que debe seguir la Administración Pública para dictar actos jurídicos en relación con los ciudadanos.

Es claro que cuando hablamos de procedimientos administrativos, estamos hablando de procedimientos administrativos no contenciosos, o como se dice en otros lares “procedimientos gratuitos”, porque no resuelven ninguna contestación; es más, podría decirse que esos procedimientos administrativos previenen o deben prevenir contenciosos, porque la Administración Pública tiene una competencia ligada en cuanto al proceso a seguir para elaborar esos actos y por otro lado los administrados ya han tenido oportunidad de conocer el contenido y tenor del acto que va a intervenir y pronunciarse sobre el mismo, en términos llanos y conforme un proverbio muy conocido, es un caso de “guerra avisada no mata soldado, y si lo mata es por descuido”.

Esos nuevos paradigmas se encuentran esencialmente en el Título Primero “Principios de la Actuación Administrativa” que va desgranando como cuentas de un rosario o deshojando pétalos de las margaritas, los que se ha dado en llamar “principios”, que en realidad son los valores sobre los cuales debe asentarse la actuación administrativa; veintidós, en total son esos principios o valores, que se complementan con las disposiciones del Título Segundo “Derechos y Deberes de las personas en sus relaciones con la Administración”, en el cual sobresale que el principal, por no decir el único derecho de los ciudadanos, es el derecho a la buena administración, que se define en el artículo 4 de la citada ley, que al mismo tiempo que sienta el principio, expone además los diferentes componentes de ese derecho. Cabe citar, sin que ello sea limitativo la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional No. TC/0322/14:

11.8. En virtud del artículo 12, numeral 6), de la citada ley orgánica de la Administración Pública “debe garantizar la efectividad de los servicios públicos y otras actividades de interés general, en especial su cobertura universal, continua y de calidad. Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas”. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración”. Como tal, el reconocimiento normativo del derecho



fundamental a la buena administración ha partido de la Recomendación n° R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia tanto comunitaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena administración «atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.³³ Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional.

11.9. Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado “derecho a la buena administración”, designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas. Se citan al respecto, sobre todo:

11.10. El mandato del artículo 138 de la Carta Magna, que somete la Administración al derecho, disponiendo textualmente lo que sigue: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”. Dicho sometimiento es reafirmado por el artículo 139 de la Constitución, al disponer que los tribunales controlen la legalidad de los actos de la Administración, y permitir a la ciudadanía requerir ese control a través de “procedimientos legales”, entre los cuales juega papel estelar la opción inicialmente decidida por la empresa afectada, la acción constitucional de amparo.

11.11. El artículo 147 de la Constitución ordena que “los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo”.

33 RODRÍGUEZ Arana, Jaime. (2011). El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo. En C. M. Ávila Rodríguez y F. Gutiérrez Rodríguez (coordinadores). El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 104.



Además, este tribunal constitucional ha opinado sobre los temas precedentemente reseñados, se destacan otros derechos o garantías frente a la Administración derivados de su sometimiento al derecho y del derecho a la buena administración. La “obligación positiva” de la administración no consiste en responder afirmativamente todas las pretensiones que se le dirijan, sino de que se responda y se haga en tiempo prudente, para no afectar garantías y derechos, como se estableció en la Sentencia TC/0237/13, al interpretar que:

(...) las instituciones públicas están en la obligación de ofrecer una pronta respuesta a los ciudadanos que acuden a solicitar un servicio. Esta respuesta puede ser positiva o negativa, y, en el caso de resultar de esta última naturaleza, debe justificarse o motivarse y, en la eventualidad de no hacerlo, no se estarían observando los principios de transparencia y eficacia consagrados en el referido artículo 138 de la Constitución de la República.

11.12. En la Sentencia TC/0202/13, señaló este tribunal constitucional, y viene al caso por su íntima relación con el principio de eficacia de la Administración Pública, que:

(...) la eficacia en la actuación de la administración es uno de los soportes que garantizan la realización de las personas que conforman un Estado y la protección efectiva de sus derechos fundamentales, por lo que es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales (...).

Esta decisión, cónsona con las disposiciones del artículo 4 de la misma Ley 107-13, en 36 literales define qué es el derecho a la buena administración, extendiendo el alcance de la misma “a todos los derechos establecidos por la Constitución y las leyes.”

Obviamente, no puedo gastar todo mi tiempo (que ya es corto), transcribiendo esas disposiciones, pero invito fervorosamente a todos los presentes a hurgar en estas, cuyo cumplimiento incumbe no solo a la Administración Pública, sino y de manera principal a los ciudadanos que deben exigir su cumplimiento, lo que redundará en una mejor y más amplia expansión y consolidación del Estado de Derecho a que todos aspiramos exista en nuestro país.

Antes de pasar a señalar los trazos generales del procedimiento administrativo no contencioso o gracioso que la Ley 107-13 establece, quiero



volver la atención hacia la legalidad que debe primar en las actuaciones de la Administración.

El acto administrativo o decisión ejecutoria³⁴ como se le conoce, es producto de un proceso largo y complejo, en el que participan a diversos títulos funcionarios públicos, colaboradores que pueden ser gratuitos o remunerados, de la Administración.

Sin embargo, el proceso de elaboración del acto administrativo, no es materia de esta disertación y por ello prescindimos de su análisis, esperando la oportunidad de hacer un ensayo más profundo sobre ese proceso, que ahora está estrechamente pautado y claramente expresado en las leyes.

3.- Los nuevos paradigmas en el procedimiento administrativo.-

La Ley 107-13, en el Título Cuarto, titulado Procedimientos Administrativos, Capítulo Primero, con el nombre de “Normas comunes de procedimiento administrativo para el dictado de resoluciones singulares o acto administrativo”, pero ¡ojo!, ese procedimiento está establecido para los actos administrativos en los que la participación de los ciudadanos sea requerida, pues de conformidad con el artículo 30 de la citada ley “las disposiciones de este capítulo tienen por objeto establecer los estándares mínimos obligatorios de los procedimientos administrativos que procuran la adopción de reglamentos, planes y programas que poseen un alcance general”.

Es decir, que están exentos del cumplimiento de esos estándares los actos administrativos singulares, es decir, los que solo se refieren a un individuo, un ciudadano particular, pongo por ejemplo, el nombramiento a un cargo público de libre, entre otros que resultaran de un estudio más profundo de las novedades legislativas que analizamos.

Ahora bien, lo que sí constituye, a mi juicio, nuevos paradigmas de los procedimientos administrativos son los contenidos en la motivación de la Ley 107-13, así como los principios que ella establece como garantía

34 Buch, Henri: “Le fonctionnement” in *Traité de Science Administrative*, pág. 430 y sgtes, expresa: Una comprobación se impone: la acción administrativa reposa sobre la decisión. Desde el agente de policía que regula la circulación en una rotonda hasta el Director General del Ministerio que firma una instrucción, todo es decisión”.



del derecho fundamental a la buena administración que tenemos todos los dominicanos.

Esos nuevos paradigmas son una expresión nueva del “deber ser”, que como ya he dicho anteriormente implican un cambio en la conducta de la Administración Pública, pero también un cambio en la conducta de los ciudadanos.

Esa condición de ciudadanos, que no siempre ha estado presente entre nosotros, recibe la más clamorosa declaración en el Considerando Cuarto de la Ley 107-13 “sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo”, que nunca está de más repetir, por lo cual me permito transcribirla.

“Que en un Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos no son súbditos, ni ciudadanos mudos, sino personas dotadas de dignidad humana, siendo en consecuencia los legítimos dueños y señores del interés general, por lo que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos, para adquirir una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas y de las decisiones administrativas.”

Esa declaración obviamente tiene su base de sustentación en las disposiciones del artículo 38 de la Constitución, que también debe ser resaltado con la transcripción que sigue:

“Artículo 38.- 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.”

Esa declaración y su base constitucional son poderosas armas para que los ciudadanos hagan valer sus derechos fundamentales; pero al mismo tiempo proveen a los tribunales no solo los del orden judicial sino también al Tribunal Constitucional- que está en esa senda- la base filosófica y ética para sus decisiones cuando sean apoderados de asuntos en los que verdaderamente la dignidad humana se encuentre comprometida.

No se me escapa que en los asuntos litigiosos que llegan tanto a los tribunales del orden judicial como al mismo Tribunal Constitucional, la



dignidad humana es un argumento esgrimido con frecuencia; corresponde a la sapiencia de los tribunales “separar el grano de la paja”, como dice la Biblia y extraer para cada caso concreto, la correcta y exacta dimensión de la dignidad humana.

En ese sentido de garantizar la dignidad humana, la ciudadanía, de todos y cada uno de los habitantes de esta Nación, la Ley 107-13, enumera y describe los principios que norman la actuación de la Administración Pública y aunque personalmente no soy partidaria de encuadrar en definiciones el contenido de la juridicidad (legalidad) de las actuaciones administrativas, no puedo menos que reconocer que en el estado actual de nuestro desarrollo social, económico y cultural, son un poderoso instrumento, una guía para la buena administración.

Entre los principios contenidos en el artículo 3 de la citada Ley 107-13, los cuales a mi juicio tienen diferente valor normativo, deben destacarse los establecidos en los numerales 1, 4, 5, 7, 8, 9 y 10.

1. Principio de juridicidad: *En cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.*

4. Principio de racionalidad: *Que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa. La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática.*

5. Principio de igualdad de trato: *Por el que las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato.*

7. Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo: *En el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.*

8. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa: *Por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos.*



9. Principio de proporcionalidad: *Las decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual los límites o restricciones habrán de ser aptos, coherentes y útiles para alcanzar el fin de interés general que se persiga en cada caso; deberán ser necesarios, por no hallarse un medio alternativo menos restrictivo y con igual grado de eficacia en la consecución de la finalidad pública que pretenda obtenerse; y, finalmente, habrán de ser proporcionados en sentido estricto, por generar mayores beneficios para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectado por la medida restrictiva.*

10. Principio de ejercicio normativo del poder: *En cuya virtud la Administración Pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco de lo que la ley les haya atribuido, y de acuerdo con la finalidad para la que se otorga esa competencia o potestad, sin incurrir en abuso o desviación de poder, con respeto y observancia objetiva de los intereses generales.*

Son puntos luminosos en la enumeración y definición de los principios que se imponen a la Administración los relativos a la competencia de cada funcionario, pues como se sabe, la competencia es la base de todo el derecho público, por lo cual cada vez que un funcionario actúa fuera de su competencia cesa de participar en el ejercicio del poder público, y sus actos son inexistentes. Y ya podremos dejar de cantaletear para justificar usurpaciones de competencia, intromisión en la competencia de otro órgano “que el que puede lo más puede lo menos”. No, el que puede hacer o tiene una competencia determinada, solo puede utilizar esa competencia, ninguna otra.

Es de todo punto de vista luminoso el principio relativo a la motivación de los actos administrativos. Descartando una vieja costumbre según la cual la administración no daba motivos de sus decisiones, porque como decían los autores, eran actos de imperio; ahora debe motivarlas y esos motivos no pueden ser vagos o generales, tienen que ser serios, precisos y proporcionales al fin o resultado que se busca o espera. Además, es preciso destacar que la motivación es motivo de examen y escrutinio por los tribunales y la violación de este principio conlleva la nulidad del acto no motivado, insuficientemente motivado o incorrectamente motivado.



Es de buen derecho reconocer que las disposiciones de las leyes citadas, muy especialmente la núm. 107-13 establecen nuevos paradigmas para la actuación de la Administración Pública, cuya capacidad de actuar, como ya dijimos, no es una competencia discrecional, es una competencia cuya violación está sancionada con la nulidad del acto dictado sin guardar el debido respeto a las disposiciones legales que norman su actuación, o con la inconstitucionalidad de la disposición.

Finalmente, y para terminar sin que me toquen la campana, quiero insistir vehementemente en la obligación que tienen los ciudadanos de –como se dice modernamente– empoderarse, apropiarse de los derechos que la Constitución y las leyes les reconocen y garantizan, a fin de que la Administración Pública tanto nacional como local conozcan los límites de sus actuaciones. Es una cuestión de derechos subjetivos, que debe ser objeto de otro estudio.

Son los ciudadanos, a quienes van dirigidas esas garantías, los que deben hacerlas valer, pues de nada vale que haya leyes bien escritas y mejor fundamentadas y que el Tribunal Constitucional ejerza su labor primigenia de garantizar la supremacía de la Constitución, si los ciudadanos no lo ponen en condiciones de hacer efectiva esa garantía, pues es de principio que ningún tribunal, puede apoderarse de oficio de un asunto.

No puedo terminar sin agradecer desde lo más profundo de mi corazón la oportunidad que se me ha brindado de expresarme sobre un tema de tanta actualidad como el tratado, en el cual, no niego, la falta de tiempo me ha impedido hacer el análisis de los derechos subjetivos de los administrados, noción completamente nueva y portadora de muchas y diversas oportunidades de estudio y discusión.

También quiero reiterar mi agradecimiento al Tribunal Constitucional, su presidente, al magistrado Pedro Justo Castellanos, y a todo el personal de apoyo la invitación a compartir esa experiencia y por las magníficas atenciones que me han prestado con motivo de esta ocasión.

Muchas gracias a todos ustedes por la paciencia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y DEL PROCESO CIVIL

Magistrado José Manuel Bandrés,
juez de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Supremo de España



Magistrado José Manuel Bandrés

Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Ha sido académico de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona. Asimismo, se ha desempeñado como presidente de Honor del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. Actualmente, es magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España. Entre sus publicaciones, resaltan: *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*; *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia Contencioso-Administrativa*; *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del Siglo XXI*; *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, entre otros.

I.- Introducción: Constitución, Estado de Derecho y Derecho civil. El significado constitucional de la constitucionalización del Derecho civil.

Con la expresión “constitucionalización del Derecho civil” expresamos la idea de que la regulación fundamental de determinadas instituciones civiles se encuentra contenida en el texto constitucional.

También queremos significar que la Constitución ha originado una profunda e inmediata transformación de los valores y principios ideológicos que fundamentan el Derecho civil.

El alcance de la constitucionalización del Derecho civil ha sido una de las cuestiones que ha suscitado una mayor controversia entre los juristas constitucionalistas y los civilistas.

Ya Federico de Castro, en un artículo publicado en la Revista de Derecho privado el 15 de julio de 1935, titulado “El Derecho civil y la Constitución”, se hacía eco de la división existente entre los juristas españoles acerca de cuál era el grado de eficacia de los preceptos constitucionales sobre el Derecho civil tras la entrada en vigor de la Constitución de la República española de 1931.

El maestro de civilistas españoles iniciaba su análisis poniendo de relieve que “ninguna cuestión de Derecho ha tenido tan amplia y extensa resonancia como esta del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles”.

Para determinar la significación constitucional de la constitucionalización del Derecho civil y delimitar la incidencia en el Derecho privado debemos partir de la idea de que la Constitución establece el orden fundamental de una comunidad política.

También cabe subrayar que la caracterización de la Constitución como norma jurídica, que cumple una función de estabilidad y perdurabilidad del sistema institucional constituido, determina



la vinculación a sus valores y principios de los ciudadanos y de los poderes públicos.

La Constitución no se limita a regular la ordenación de la vida estatal, a fijar los principios rectores constitutivos de la organización y funcionamiento de los poderes del Estado con arreglo a los cuales se deben formar la unidad política y se deben asumir las tareas estatales (Vid Honrad Hesse “Escritos de Derecho constitucional”. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983).

Los textos constitucionales abarcan también la regulación de instituciones básicas de la vida civil, económica y social vinculadas al ámbito de autonomía y desarrollo de la personalidad de los individuos que forman parte integrante de la configuración del estatuto de ciudadanía.

Las normas constitucionales penetran en el ámbito de las relaciones jurídico privadas cuyo tratamiento es propio de la legislación civil.

La Constitución otorga normatividad constitucional a instituciones reguladas tradicionalmente por el Derecho civil.

La decisión del Constituyente de constitucionalizar determinadas instituciones del Derecho civil es coherente con el carácter, la cualidad y la función unitaria de la Constitución como norma fundamental que persigue ordenar y encauzar aspectos esenciales de la vida civil.

La Constitución debe cumplir una función de orden. Debe garantizar la autonomía del individuo y la posición jurídica de sus derechos subjetivos.

La Constitución debe establecer las normas básicas relativas al estatuto jurídico de las personas físicas y de las personas jurídicas.

La Constitución debe garantizar la estabilidad y certeza del ordenamiento jurídico, a través del enunciado de principios generales del derecho que delimiten la creación y producción normativas.

La Constitución española de 1078 aborda la regulación de instituciones básicas de la vida civil, económica y social como es estatuto personal de los nacionales y de los extranjeros, la mayoría de edad, el matrimonio, la familia, o los derechos patrimoniales,

Otras parcelas de Derecho privado quedaron sin embargo huérfanas de regulación constitucional en virtud de la función selectiva de la Constitución, de forma que podemos distinguir el Derecho civil constitucionalizado y un Derecho civil carente de soporte constitucional, en que el margen de configuración del legislador es cuasi pleno.



Desde la perspectiva de la dogmática constitucional, resulta adecuado utilizar la expresión “Constitución Civil” para diferenciar de entre las normas constitucionales, aquellas cuyo objeto específico es la regulación de instituciones civiles.

En este sentido podemos identificar el Derecho constitucional civil como una rama de la disciplina Derecho constitucional.

La Constitución civil adquiere sustantividad propia en términos equiparables a la Constitución política, la Constitución económica, la Constitución territorial, que así mismo integran la Constitución concebida bajo el principio de unidad constitucional.

Los valores y principios informadores de la Constitución civil se encuentran recogidos en diferentes preceptos constitucionales:

En el artículo 10 de la Constitución Española de 1978 se reconoce la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social.

En este precepto constitucional también se proclama como una de las funciones del Estado constitucional garantizar el libre desarrollo de la personalidad de todas las personas.

En el artículo 14 de la Constitución se proclama el principio de igualdad jurídica y no discriminación.

En el artículo 9.3 de la Constitución se consagra el principio de seguridad jurídica como uno de los principios generales del derecho que garantiza la Constitución.

En el artículo 39 del texto constitucional se proclama como un fin del Estado la protección social y económica y jurídica de la familia así como la protección de los niños.

Otros preceptos constitucionales que inciden de forma directa o indirecta en la configuración de los fundamentos ideológicos del Derecho civil son el artículo 1 y el artículo 9 de la Constitución española.

La función social que debe regir la regulación del Derecho civil es consecuencia de la inserción de todo el ordenamiento jurídico en la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, tal como se formula en el artículo 1 de la Constitución española de 1978.

La prohibición del abuso de derecho y la interdicción de la aplicación arbitraria del Derecho derivan de los postulados constitucionales en que se incardina la Constitución civil



La cláusula del Estado democrático, que se fundamenta en una concepción del Estado constitucional que se sustenta en la idea de libertad, prohíbe una aplicación e interpretación autoritaria de Derecho civil.

La noción de Estado democrático apela al reconocimiento de uno de los fines de la acción estatal, que es la consecución del bien común con base en la creación de condiciones socio-económicas para la libre auto-realización y emancipación de las personas.

El bien común se erige, por designio del Constituyente, en uno de los principios ordinamentales orientadores de la legislación civil.

La cláusula Estado de Derecho, contenida también en el artículo 1.1 de la Constitución, se proyecta significativamente sobre el área del Derecho civil.

La Constitución garantiza la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, en cuanto establece los principios y reglas relativas a la creación, vigencia y aplicación de las normas jurídicas.

En este significado material, la cláusula Estado de Derecho determina que todos los poderes del Estado (el poder legislativo, el Gobierno y el Poder Judicial) se encuentren vinculados a los postulados de dignidad humana, libertad, igualdad, justicia y respeto al pluralismo político que dan carta de naturaleza al Estado constitucional.

Estado de Derecho también exige certeza del Derecho, previsibilidad de las normas jurídicas, reconocimiento y afirmación del principio de seguridad jurídica.

Estado de Derecho significa Estado de Justicia.

El reconocimiento del Estado de Derecho se anuda al establecimiento de un sistema de garantías jurídicas de carácter efectivo para imponer el principio de legalidad constitucional

La noción de Estado de Derecho no resulta equiparable a la noción de Estado legal.

El Estado de Derecho se plasma, como observa el profesor García de Enterría en la consecución del reino de la ley y el derecho (vid Eduardo García de Enterría "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Editorial Cívitas, Madrid 1981).

De forma más concreta, la regulación constitucional de materias relativas al marco regulatorio del Derecho civil, comprende el reconocimiento del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18 C.E.).

En el artículo 32 se proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, estableciendo que la Ley regulará las formas del matrimonio.

En el artículo 33 del texto constitucional se garantiza institucionalmente el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

Por su parte, en el artículo 34 de la Constitución se reconoce el derecho de fundación.

El artículo 128 de la Constitución, que inicia el título constitucional dedicado a la regulación de la Economía y Hacienda, establece que la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general.

1. La novación y mutación del concepto de Derecho civil: La definición de Derecho Civil como Derecho constitucional concretizado

Desde el Derecho romano, el Derecho civil se vincula al “*ius privatum*”, conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares (Vid Lacruz Berdejo, Parte general del Derecho civil, Zaragoza, 1974).

Tras el proceso de desintegración del Derecho romano y el surgimiento autónomo de nuevas ramas o especialidades del Derecho (Derecho mercantil, Derecho laboral, Derecho agrario), el Derecho civil se ocupa de la regulación del estado civil de las personas, de las relaciones familiares, la sucesión y la herencia, los derechos patrimoniales, las obligaciones contractuales y extracontractuales.

El Código Civil regula la vida civil y económica de los particulares sobre los principios de libertad, equidad y justicia distributiva.

En la actualidad, los principios informadores del Derecho civil se contienen en el texto constitucional.

También las fuentes normativas de las instituciones civiles se recogen en la Constitución.

En este sentido, podemos definir al Derecho civil como Derecho constitucional concretizado.

Resulta paradigmático de la configuración del Derecho civil como Derecho constitucional concretizado la regulación constitucional del derecho de propiedad.



En el artículo 33 de la Constitución española de 1978 se reconoce el derecho a la propiedad privada en el catálogo enunciativo de los derechos y deberes constitucionales.

Se establece que la función social de este derecho determinará su contenido con arreglo a las leyes.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1983 ha delimitado los contornos constitutivos del derecho constitucional de propiedad al sostener que el derecho de propiedad se reconoce en su vertiente institucional y en su vertiente individual como derecho subjetivo, que puede convertirse en su equivalente económico cuando el interés de la Comunidad (en referencia a la utilidad pública o interés social) legitime la privación del bien con base en la aplicación del instituto de la expropiación.

La función de fijar las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico que constituía uno de los contenidos ordinamentales de los estudios jurídicos integrados en el Derecho civil, se transfiere al texto constitucional.

El Derecho civil sustentaba la unidad y la estabilidad de la organización jurídica afirmaba el profesor Federico de Castro (vid. Federico de Castro "El Derecho Civil y la Constitución". Revista de Derecho Privado. Tomo XXII, num. 227, 13 de febrero de 1935).

En la actualidad, tras la constitucionalización de parcelas del Derecho civil, podemos señalar que esta función la asume el Derecho constitucional.

El Derecho civil constituía la clave de bóveda de todo el orden jurídico y social. Cumplía una función integradora del Derecho privado y del Derecho en general, observaba el profesor José Castán.

Hoy, el Derecho constitucional se ha apropiado de esa significación del Derecho civil.

2. La posición institucional del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo como intérpretes supremos del Derecho civil.

La Constitución española de 1978 instaura un sistema dual de protección jurídica de los derechos subjetivos de índole civil.

La justicia ordinaria, integrada por los juzgados y tribunales de justicia que forman la estructura organizativa del Poder Judicial, y la justicia constitucional, residenciada en el Tribunal Constitucional, asumen la función



jurisdiccional referida a la interpretación y aplicación de las normas del Derecho civil.

El Tribunal Supremo, al que el artículo 123 de la Constitución Española define como órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales, a través de la resolución de los recursos de casación, se posiciona como intérprete supremo de la legislación civil.

El Tribunal Constitucional se caracteriza, conforme dispuesto en los artículos 161 y 164 de la Constitución española, como intérprete supremo de la legalidad constitucional.

Al Tribunal Constitucional le corresponde fallar los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra leyes emanadas de las Cortes Generales u otras normas con rango de ley, así como resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces ordinarios y los recursos de amparo formulados por particulares fundados en la violación de los derechos fundamentales.

Aunque en determinados supuestos concretos, sea complejo delimitar las atribuciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto de la interpretación del Derecho civil, así como delimitar las cuestiones de constitucionalidad de los aspectos de legalidad ordinaria, desde la perspectiva funcional podemos afirmar que dichos altos tribunales comparten la función hermenéutica de interpretar las leyes civiles (Vid Pablo Pérez Tremps “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985).

Y ambos órganos jurisdiccionales están obligados a interpretar la normativa civil de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución (STC de 2 de febrero de 1991).

La delimitación de las atribuciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto de la interpretación y aplicación de la legislación civil no siempre ha sido pacífica, aunque debe destacarse “con carácter general” el elevado grado de cooperación institucional entre ambos tribunales.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 41/2018 de 26 de enero es exponente del cumplimiento del deber de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en cuanto a la fundamentación jurídica del fallo se basa en la recepción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional formulada en relación con la protección del derecho a honor.



El Tribunal Supremo, en consonancia con la jurisprudencia constitucional expuesta en las sentencias 173/2011 de 7 de noviembre y 115/2013 de 9 de mayo, considera que no se ha producido violación del derecho al honor por la publicación en la página web de la policía catalana de fotografías de varias personas que habían participado en actos violentos ocurridos en la ciudad de Barcelona los días 19 y 30 de marzo de 2012.

El Tribunal Supremo, aplicando la jurisprudencia constitucional sostiene que la actuación policial de difusión en la web de fotografías de los presuntos autores de delitos de daños tenía cobertura legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en la Ley de Protección de Datos.

La falta de autorización judicial, precisa el Tribunal Supremo, no supone que la publicación de las fotografías constituya una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales de los recurrentes, en cuanto existió un control judicial ulterior, al remitirse las actuaciones al juez penal.

Por último, el Tribunal Supremo sostiene que la medida fue proporcionada en cuanto considera que la publicación de las fotografías era idónea, necesaria y acorde con el interés general de prevención y persecución de los delitos.

El sistema de protección de los derechos subjetivos de índole civil en el ámbito interno se completa con la eventual intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El principio de apertura de la Constitución española de 1978 a los Convenios internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales posibilita que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantizan derechos subjetivos de carácter civil, constituyan parámetros de enjuiciamiento de los litigios civiles promovidos ante las autoridades judiciales españolas.

II.- La incidencia de la Constitución española del 1978 en el Derecho civil.

1. La ordenación constitucional del sistema de fuentes del Derecho.

La caracterización de la Constitución española de 1978 como norma suprema del ordenamiento jurídico presupone la existencia de una or-

denación estructural y jerárquica de las fuentes del Derecho, que viene determinada por el propio texto constitucional (Vid. Alberto Predieri, “El sistema de las fuentes del Derecho”. En el libro “La Constitución española de 1978”, Editorial Civitas. Madrid 1980).

Determinar el valor de la ley y de las otras fuentes del Derecho, la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina científica y la jurisprudencia corresponde a la Constitución.

Establecer los criterios de ordenación de las fuentes del Derecho y precisar el rango, validez y eficacia de las normas jurídicas es una decisión de especial relevancia constitucional que debe resolver el propio texto constitucional.

La Constitución regula el proceso de creación de las normas jurídicas, atribuyendo potestades normativas a cada uno de los poderes estatales constituidos.

La Constitución establece también los límites sustantivos o materiales que condicionan la producción legislativa y reglamentaria.

En este sentido, el profesor Ignacio de Otto precisa que la Constitución traza la frontera entre lo políticamente posible y lo jurídicamente ilícito (vid Ignacio de Otto “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. Ariel Derecho, Barcelona 1987).

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 no ha supuesto una derogación del sistema de fuentes establecido en el artículo 1 de Código civil, en la medida que coexisten el régimen constitucional y el régimen legal de fuentes del Derecho.

Sin embargo, el artículo 1 del Código civil, que dispone que las normas del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, debe reinterpretarse a la luz del texto constitucional.

El Tribunal Constitucional ha subrayado, desde la sentencia 5/1981 de 13 de febrero, la posición de primacía de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, al afirmar que en virtud del artículo 9.1 de la Constitución todas las normas constitucionales vinculan a todos los tribunales y sujetos públicos y privados, pues si bien no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significación normativos, todos rotundamente enuncian efectivas normas jurídicas.

La jurisprudencia ya no tiene el escaso valor de complementar el ordenamiento jurídico que le atribuía el Código civil, en cuanto que, según subraya en Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/2012 de 19 de marzo



la doctrina legal que fije el Tribunal Supremo tiene valor vinculante para todos los órganos judiciales, cuando la doctrina legal se haya fijado en un recurso de casación promovido con dicho objeto.

2. La constitucionalización de derechos subjetivos de carácter civil y la renovación conceptual de instituciones jurídicas integradas en el Derecho civil.

La constitucionalización del Derecho civil incide singularmente en el reconocimiento como derechos fundamentales o como derechos constitucionales de derechos subjetivos de naturaleza civil.

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 supuso una transformación de derechos reconocidos en la legislación civil, al incluir en su título primero la garantía de derechos vinculados al estatuto personal de ciudadanía como el derecho a la nacionalidad (art. 11 CE), el derecho a la mayoría de edad (art. 12 CE), el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), el derecho al honor y a la intimidad personal (art. 18 CE), el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la propia imagen y a la protección de datos personales (art. 18 CE), el derecho de propiedad (art. 33 CE), el derecho a la herencia (art. 33 CE), el derecho de asociación y el derecho de fundación (art. 34 CE).

También se incluyen en la Constitución, como principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección a la familia y de los hijos (art. 39 CE), reconociéndose la facultad de ejercitar acciones de investigación de la paternidad.

Todas estas instituciones jurídicas pertenecientes tradicionalmente a la legislación civil quedan sometidas directamente a las prescripciones constitucionales, de modo que su configuración por el legislador está condicionada a respetar los límites formales, procedimentales y materiales establecidos en el propio texto constitucional.

La constitucionalización de estos aspectos sustantivos del Derecho civil también se refleja en la renovación conceptual de instituciones jurídicas incardinadas en el *ius privatum*.

Esta renovación conceptual de instituciones básicas del Derecho civil resulta evidenciable en el ámbito del Derecho de familia.

El concepto de familia se significa por ser tributario de su definición en la Constitución.

El concepto constitucional de familia que se infiere del artículo 39 de la Constitución se impone sobre el concepto establecido por el legislador civil.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 47/1993 se afirma que la familia abarca a la nacida de la unión matrimonial y a la que se constituye voluntariamente por una unión de hecho afectiva y estable de una pareja.

El Tribunal Constitucional descubre este concepto amplio de familia partiendo de la realidad social, aunque matiza que ello no obliga al legislador civil a otorgar el mismo tratamiento a los matrimonios que a las uniones de hecho.

El Tribunal Constitucional, tras recordar el carácter social del Estado y la necesidad de tener en cuenta los diferentes modos sociales de convivencia para determinar el concepto de familia, sostiene que no cabe derivar del artículo 39 de la Constitución una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y familias no matrimoniales.

En la sentencia constitucional 74/1997 se añade que el concepto de familia fundada en el matrimonio no constriñe el concepto en términos exclusivos y excluyentes, debiendo subsumirse en el mismo la familia de origen no matrimonial, si bien ello no impone una potencial paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional declara que la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo es conforme a la Constitución.

El Tribunal Constitucional sostiene, en su argumentación jurídica, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho de naturaleza individual pero no es de ejercicio individual, en cuanto exige del consentimiento libremente expresado de otra persona.

Según el Tribunal Constitucional, la Ley 13/2005 cuestionada no supone una limitación del derecho al matrimonio, sino una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatus jurídicos.



La ratio decidendi de esta sentencia constitucional se formula precisando que el reconocimiento del derecho al matrimonio de todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo o diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno.

Ello –matiza el Tribunal Constitucional- no afecta al contenido esencial del derecho a contraer libremente matrimonio pues no lo desnaturaliza ni convierte en otro derecho. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma legal del Código civil tenían reconocidas como titulares del derecho al matrimonio.

Las personas homosexuales gozan ahora –afirma el Tribunal Constitucional- de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con las persona del mismo sexo, de modo que se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

La constitucionalización del derecho de propiedad se produce por su reconocimiento en el artículo 33 de la Constitución española de 1978.

El legislador civil, al regular el derecho de propiedad deberá respetar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, el contenido esencial de este derecho, sin que por lo tanto pueda imponer restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos inherentes que carezcan de justificación racional y sean arbitrarias.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018 de 18 de abril, el Tribunal Constitucional enjuicia la normativa adoptada por la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejecución de las políticas de fomento de acceso a la vivienda, que imponía determinadas obligaciones a personas jurídicas propietarias de viviendas sujetas a procedimientos de ejecución hipotecaria.

El Tribunal Constitucional da un nuevo sentido institucional al derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 de la Constitución, en cuanto entiende que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien inmueble al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico, lo que promueve que resulten legítimas determinadas limitaciones a la libre disposición y uso impuestas a los propietarios siempre que el contexto normativo en que se inserten no se configure como deber real del titular sino como una

obligación que persigue el poder público para la ejecución de políticas en materia de viviendas.

El Tribunal Constitucional realiza en esta sentencia una ponderación equilibrada del derecho de propiedad y del derecho a acceder a una vivienda digna, que determina que las medidas restrictivas adoptadas sean constitucionalmente legítimas siempre que respeten el ejercicio de las competencias del Estado en materia económica, se adopten en virtud de una ley formal, sean congruentes con la función social de la propiedad y no puedan calificarse de arbitrarias por carecer de una explicación racional.

La constitucionalización del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de los datos personales, se proyecta en el reconocimiento de nuevos derechos relacionados con las libertades informáticas.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018 de 4 de junio se reconoce, con matizaciones relevantes, el derecho al olvido digital como un derecho fundamental enlazado con el derecho al respeto a la vida privada y a la protección de los datos personales.

El proceso ante la justicia ordinaria se había iniciado por la demanda civil interpuesta por violación del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal formulada contra Ediciones El País, SL. con el objeto de que cesara la difusión, en la página web del diario El País, de la noticia publicada en las páginas del periódico en los años 80, referida al desmantelamiento de una red de narcotraficantes en Galicia, en la que se hallaban implicados, entre otras personas, los demandantes, o, en su caso, se adoptaran las medidas tecnológicas adecuadas para evitar que la información fuera localizada inmediatamente cuando se insertaba en Google los nombres y apellidos de las personas actoras.

La sentencia del Tribunal Supremo, enjuiciada por el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo, había sostenido que el derecho al olvido digital no ampara que cada uno construya su pasado a su medida, de modo que no obliga a los editores de una página web vinculada a la hemeroteca de un periódico, a eliminar el tratamiento de datos personales perteneciente cuando se asocian a hechos que se consideran no positivos para evitar efectos estigmativos que impidan la plena inserción del afectado en la sociedad.

El Tribunal Constitucional sostiene que el derecho al olvido, como facultad inherente al derecho de protección de datos personales, puede



definirse como derecho fundamental, pero ello no comporta caracterizar este derecho como un derecho absoluto o ilimitado, pues, con base en el principio de unidad de la Constitución, debe conciliarse con el respeto de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y, singularmente, con la libertad de información.

En este sentido, la sentencia constitucional precisa que la libertad de información puede actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales, en cuanto cabe garantizar el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red.

La prevalencia de la libertad de información sobre los derechos de personalidad exige que la información se refiera a hechos con relevancia pública y contribuya a garantizar la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

Aplicando estas directrices constitucionales, el Tribunal Constitucional efectúa una ponderación equilibrada de los derechos en conflicto, apreciando que la indexación de la noticia a través de los nombres y apellidos de los mandantes de amparo por el buscador interno de la página web del diario constituye una media limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada, con el fin de evitar una difusión de la noticia de los derechos fundamentales invocados.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no acepta la medida solicitada en amparo consistente en la supresión de los nombres y apellidos o la sustitución de estos por sus iniciales, en cuanto supondría una injerencia más intensa en la libertad de información que considera innecesaria.

3. La constitucionalización de principios generales del Derecho civil.

La Constitución española de 1978 dispone, en su artículo 9.3 que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Estos principios generales del derecho se enunciaban en el Código Civil al establecer las reglas de aplicación de las normas jurídicas.

El Tribunal Constitucional ha destacado el valor de estos principios generales del derecho, que condicionan la actuación de los poderes estatales (STC 81/1998 de 4 de marzo).

4. La protección constitucional reforzada y efectiva de los derechos constitucionalizados de naturaleza civil.

Los derechos constitucionalizados de naturaleza civil que se caracterizan como derechos fundamentales son objeto de una protección jurisdiccional reforzada tanto ante los tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional, a través de la prosecución de procedimientos judiciales sumarios, y en su caso, a través del cauce del recurso de amparo.

La sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 de 17 de enero refleja el funcionamiento de los mecanismos de protección de los derechos constitucionalizados de carácter civil.

En esta sentencia constitucional, el Tribunal Constitucional revoca los pronunciamientos judiciales que habían justificado la negativa de un presunto padre a que se le practique la prueba biológica solicitada en un proceso de filiación, sostiene que no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial.

Los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales determinan que estos sean directamente invocables para resolver las controversias jurídicas surgidas entre particulares en relación con los derechos subjetivos protegidos por la Constitución.

III.- La proyección e incidencia de la Constitución en el proceso civil: la constitucionalización de las garantías procesales y el principio de tutela judicial efectiva.

1. La conversión de las garantías del proceso en derechos fundamentales y en principios institucionales.

El reconocimiento en el artículo 24 de la Constitución española de 1978 del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha supuesto la



conversión de las garantías procesales enunciadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en derechos subjetivos de rango constitucional, que garantizan que toda persona tenga derecho a que sus controversias jurídicas sean resueltas por un tribunal independiente e imparcial a través de la prosecución de un proceso con todas las garantías y que no cause indefensión.

Debe destacarse la amplitud con que el artículo 24 de la Constitución ha constitucionalizado las garantías procesales, con la finalidad de evitar cualquier forma de arbitramento judicial.

En el artículo 24.1 de la Constitución se reconoce el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

En el artículo 24.2 del texto constitucional se consagra expresamente el derecho a un proceso con todas las garantías, enunciándose además otras garantías referidas a la organización judicial y a la forma de impartir justicia (vid. José Manuel Bandrés “El derecho al proceso debido y el Tribunal Constitucional” Editorial Aranzadi, Pamplona 1992).

La Constitución también establece otras garantías del proceso en el título VI dedicado al Poder Judicial, en el que se recogen principios normativos relativos a la estructura, organización y funcionamiento de los tribunales de justicia, que rigen la actividad de los jueces y tribunales civiles (entre otros, el principio de independencia judicial, el principio de responsabilidad judicial, el principio de reserva de jurisdicción). (Vid. Juan Luis Requejo Pagés “Jurisdicción e independencia judicial”. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid/1984. Luis Martín Rebollo “Jueces y responsabilidad del Estado” Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983. Juan Montero Aroca “Independencia y responsabilidad del Juez” Editorial Civitas, Madrid 1990 y Santiago Muñoz Machado “La reserva de jurisdicción” Editorial La Ley. Madrid, 1984).

También se reconocen en este título de la Constitución el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, el principio de oralidad y el deber de motivación de las resoluciones judiciales (artículo 120 CE).

En estos preceptos constitucionales encontramos un auténtico manifiesto sobre el concepto constitucional de Administración de Justicia y sobre las garantías procesales que deben regir la actuación jurisdiccional, en consonancia con uno de los postulados esenciales del Estado de Derecho que es la dación de justicia.

La constitucionalización de todas estas garantías procesales persigue el objetivo de interés común de satisfacer las demandas de justicia de los ciudadanos frente a las inmisiones ilegítimas en el Estatuto civil causadas por los poderes públicos o por los particulares.

El profesor Lorca Navarrete ha destacado el nexo entre Constitución y garantías procesales que evidencia que la función del proceso es tratar de lograr entre todos los actores afectados por el litigio una solución acorde con la convivencia pacífica (vid. Antonio Lorca Navarrete “La constitucionalización del proceso”, Revista jurídica La Ley, nº 8197/2016).

La caracterización del proceso civil como mecanismo de tutela jurídica de los derechos subjetivos e intereses legítimos que subyace en el texto constitucional, obedece al designio del Constituyente de implementar un Estado de Derecho basado en la justicia, en que los tribunales interpreten y apliquen las normas civiles de conformidad con el principio de legalidad constitucional, para lograr así la paz social (vid. Cortes Domínguez “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001).

El derecho a un tribunal independiente e imparcial se garantiza de forma expresa en el artículo 24.2 de la Constitución al referir que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley”.

La Constitución española no reconoce el derecho al juez natural, en la medida que el propio texto constitucional recoge fueros procesales para el enjuiciamiento de determinadas autoridades de los poderes estatales.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley comporta que la causa sea enjuiciada por un tribunal legal, incardinado en la estructura del poder judicial, lo que exige que la ley, con generalidad y anterioridad al caso contenga los criterios de determinación competencial que deban aplicarse, vedando que sea examinada por un juez especial o por cualquier otro organismo o institución pseudojurisdiccional (STC 101/10984 de 8 de noviembre).

El derecho de acceso a la jurisdicción constituye uno de los elementos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución.

El derecho a la jurisdicción se concreta en el reconocimiento del derecho del justiciable a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las preten-



siones oportunamente deducidas, que podrá ser de inadmisión cuando concurren la causa legalmente prevista en la ley procesal (STC 73/2006 de 13 de marzo).

El profesor Ramos Méndez sostiene que la norma constitucional establece claramente el derecho a la jurisdicción, es decir el derecho a obtener de los tribunales de justicia un pronunciamiento sea favorable o adverso a las pretensiones de las partes.

El juez o tribunal deberá interpretar restrictivamente las causas de inadmisión de los recursos, con base en la aplicación del principio *pro actione*, de modo que una resolución judicial que inadmita una demanda civil solo será conforme al derecho a la tutela judicial efectiva si está debidamente motivada y se fundamenta en la ley procesal.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1991 de 11 de julio, estimó el recurso de amparo interpuesto por Violeta Fridman, que había promovido una demanda civil de protección del honor, en representación del pueblo judío, en relación con las manifestaciones publicadas en una revista por Degüelle, que había negado el holocausto, reconociendo la legitimación de la demandante por sustitución procesal.

La igualdad de las partes en el proceso tiene encaje constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha acuñado el principio de igualdad de armas, que desvela la posición de equiparación de los litigantes en el proceso civil, en el sentido de que tienen las mismas oportunidades de defender sus intereses a través del ejercicio de las facultades de alegar y probar.

Las sentencias constitucionales dictadas en materia de aplicación del principio de igualdad de armas refieren que el juez o el tribunal de justicia están obligados a asegurar la igualdad entre las partes del litigio de forma que no se produzca desigualdad causante de indefensión (STC de 22 de abril de 1981).

El Tribunal Constitucional también considera como derecho fundamental, incardinado en la cláusula al derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un procedimiento contradictorio en que se respete el principio de audiencia de las partes, que comprende el derecho a ser oídas en el proceso y a contra replicar las alegaciones formuladas por la otra parte.

Al respecto, sostiene el Tribunal Constitucional que el artículo 24 de la Constitución contiene un mandato imperativo al legislador y al intérprete consistente en promover la defensa en la medida de lo posible,

mediante la correspondiente contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a fin de que puedan comparecer como demandados las partes interesadas (STC de 31 de marzo de 1981).

El derecho de defensa, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución presupone, con carácter general, que la defensa de los derechos e intereses legítimos deba ser confiada a un profesional letrado, de modo que se garantice plenamente el principio de igualdad de armas.

El derecho a la asistencia letrada constituye un derecho de configuración legal, que garantiza que las partes comparezcan en el proceso con el asesoramiento técnico jurídico necesario para entablar la acción procesal, lo que resulta imprescindible para garantizar de forma efectiva el principio de tutela judicial sin indefensión.

En el artículo 24.2 de la Constitución se garantiza expresamente el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance constitucional de este derecho fundamental a la prueba, resaltando que el artículo 24.2 de la Constitución exige que las pruebas propuestas se hayan solicitado en forma y sean relevantes y decisivas en términos de defensa, de modo que no toda inadmisión o falta de práctica de una prueba acordada por el juez constituya una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 10/2009 de 12 de enero).

El derecho a un proceso público se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución con la finalidad de proscribir cualquier práctica procesal secreta u opaca que ponga en riesgo que la actuación jurisdiccional de los tribunales de justicia se realice ante las partes y ante el público (vid José Manuel Bandrés. “La publicidad de los debates y decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho. Ed. Universidad de Zaragoza, 1985).

El Tribunal Constitucional ha destacado la significación institucional y procesal del principio de publicidad, en cuanto constituye una garantía de las partes del litigio, que comporta que tengan conocimiento de todas las actuaciones procesales, y también una garantía de carácter político-jurídico para la Comunidad, en cuanto todos los miembros de la sociedad tienen derecho a ser informados sobre la actividad jurisdiccional, con el objeto de que puedan formarse una opinión fundada sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia (STC 194/1982 de 1 de julio).



El derecho a una sentencia motivada en Derecho forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva sancionado en el artículo 24.2 de la Constitución.

También el artículo 120.3 de la Constitución recoge el deber de motivación de las resoluciones judiciales como una garantía fundamental del proceso.

El Tribunal Constitucional sostiene que la Constitución veda las resoluciones judiciales que, por carecer del mínimo razonamiento, sean susceptibles de calificarse de arbitrarias, aunque la mera disconformidad con el criterio que fundamenta la decisión judicial no pueda considerarse lesiva de este deber jurídico impuesto al juzgador (STC 15/2008 de 31 de enero).

También ha subrayado el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto del órgano jurisdiccional en cuanto a la solución del caso concreto ni la corrección jurídica de la fundamentación de la decisión judicial, pero sí posibilita que el fallo sea revisado por un Tribunal Superior en los términos previstos en la ley procesal.

El derecho a los recursos también se inscribe entre las garantías constitucionalizadas del proceso civil, aunque su reconocimiento no tenga una referencia expresa en el texto constitucional.

El Tribunal Constitucional ha matizado el alcance del derecho a los recursos al señalar que se trata de un derecho de configuración legal, en la medida que abarca el derecho a interponer los recursos que establezca la ley procesal siempre que se cumplan los presupuestos exigidos para su admisión.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se garantiza expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, lo que determina la obligación de los jueces y tribunales de justicia de fallar los recursos en un plazo razonable, según ha entendido el Tribunal Constitucional.

2. La conservación del principio dispositivo como principio rector del proceso civil.

El principio dispositivo constituye uno de los principios estructurales rectores del proceso civil, que alcanza al poder de disposición del Derecho material así como al poder de disposición sobre las pretensiones, y que incide

en la vinculación del juzgador al objeto del proceso, tal como ha sido delimitado objetiva y subjetivamente por las partes (vid. Vicente Gimeno Sendra “Fundamentos del Derecho procesal”. Editorial Civitas, Madrid, 1981).

El ejercicio de las acciones civiles ante los tribunales de justicia por un particular en defensa de sus derechos e intereses legítimos constituye un acto personalísimo, que se incardina en el reconocimiento de la autoonomía de la voluntad de las personas físicas o jurídicas.

La disponibilidad jurídica de los derechos subjetivos de naturaleza privada se traduce en que el ejercicio de las acciones civiles ante los órganos judiciales corresponde al titular o presunto titular de esos derechos.

La protección jurídica de los derechos del ámbito privado -sostiene el profesor Almagro Nosete- ha de entenderse de acuerdo con las facultades inherentes a este. Por tanto, la representación procesal ha de reflejar la libertad de ejercicio de este (carga de la demanda) y la disponibilidad sobre el objeto mismo (determinación básica de este objeto, desistimiento, renuncia, transacción, allanamiento) y la posibilidad, en consecuencia, de fijar los límites de la sentencia en relación con lo pedido (congruencia). (vid José Almagro Nosete “Constitución y Proceso civil”. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial núm. 11, Madrid 2003.

El reconcomiendo de la libertad de ejercicio de las acciones civiles se refleja en el artículo 24.1 de la Constitución, cuando proclama que todas las personas tienen el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que en ningún caso puede causar indefensión.

3. El sistema de tutela jurídica reforzada de las garantías procesales constitucionalizadas a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Las previsiones constitucionales sobre el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sobre el derecho a un proceso con todas las garantías se completan con la instauración de un cauce específico de protección jurídica contra las violaciones de estos derechos imputables a los órganos judiciales cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Constitucional a través de la resolución de los recursos de amparo (artículo 53.2 CE).



La Constitución también confiere jurisdicción al Tribunal Constitucional para examinar la conformidad al texto constitucional de las normas procesales civiles con rango de ley, de modo que está facultado para declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de aquellas disposiciones procesales que infrinjan los derechos y garantías procesales enunciados en la Constitución.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, resolviendo recursos de inconstitucionalidad promovidos por los órganos legitimados, o fallando cuestiones de inconstitucionalidad planteados por los órganos judiciales o recursos de amparo promovidos por particulares, han supuesto una radical transformación del sistema de garantías procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la adecuación de las normas procesales civiles a la Constitución, así como sobre el grado de observancia y respeto de los jueces y tribunales a los derechos y garantías procesales constitucionalizados.

El Tribunal Constitucional ha ejercido un control estricto sobre la actuación procesal de los tribunales civiles, compeliéndoles a que garanticen los estándares del derecho a un proceso justo y equitativo tal como han sido reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos.

Epílogo: la aplicación, interpretación y desarrollo normativo del Derecho civil y del Derecho procesal civil bajo el signo de la Constitución.

Tras la aprobación en referéndum por el público español de la Constitución Española de 1978 y la ulterior sanción regia y publicación en el Boletín Oficial del Estado, que determinó su entrada en vigor, la legitimada del Derecho civil y del Derecho Procesal civil se fundamenta en las disposiciones civiles y procesales contenidas en el texto constitucional.

La normatividad del Derecho civil se encuentra condicionada a su acomodación con las prescripciones constitucionales en materia civil.

Así mismo, las garantías del proceso civil enunciadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil solo resisten si son aplicadas e interpretadas a la luz de los preceptos constitucionales relativos a la jurisdicción y al proceso debido.



La Constitución española de 1978 incide en la transformación de la realidad social, porque persigue, entre otros objetivos, según refiere el propio Preámbulo del texto constitucional, garantizar la convivencia democrática en el respeto a la Constitución y a las leyes, así como promover un orden económico y social justo, consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley, y establecer una sociedad democrática avanzada (Vid. Pablo Lucas Verdú “Curso de Derecho Político”. Editorial Tecnos, Madrid 1984).

Por ello, al legislador civil le corresponde actualizar las instituciones civiles de conformidad con la evolución social, al ritmo de los nuevos requerimientos de la economía y de la sociedad.

Al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo les compete aplicar las normas civiles y las disposiciones procesales de conformidad con el “telos” de la Constitución, para afianzar un Estado de Justicia comprometido con los valores constitucionales de dignidad, libertad, igualdad y seguridad jurídica.

En la actual coyuntura, en que muchos Estados soportan crisis constitucionales, debemos reivindicar el rol referencial central de la Constitución, como ordenamiento rector de la convivencia civil en libertad, que promueve el pleno respeto a los derechos del otro, y la inclusión social, que persigue el bien común y la justicia social.

The background features a stylized sun in the upper half, composed of a dark brown outer arc and a lighter yellow inner arc. The lower half of the image is a light gray background with a large, stylized eye shape in dark brown, looking upwards. The text is centered in the gray area.

TERCERA
JORNADA
21 DE SEPTIEMBRE DE 2018

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCESO PENAL

**Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado,
Vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia**



Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado

Licenciada en Derecho por la Universidad de Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes y Magister en Derecho Público de la Universidad de Externado. Cuenta con más de veinticinco años de experiencia profesional, 22 de ellos en la rama judicial como auxiliar judicial, abogada sustanciadora y de tutela, magistrada auxiliar de la Corte Constitucional; magistrada auxiliar del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura; juez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y asesora del Fiscal General de la Nación. Actualmente es vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia. Cuenta con una amplia trayectoria académica como docente de las universidades Sergio Arboleda, Rosario, Autónoma y Sabana; coautora de diversos estudios e investigaciones sobre su especialidad.

Introducción

La constitucionalización del derecho penal sustantivo y procesal en Colombia es hoy un lugar común, no solo porque es un parámetro interpretativo ineludible en la práctica del derecho, sino también porque constituye una de las herramientas más importantes para proteger los derechos fundamentales comprometidos en el proceso penal y legitimar la existencia misma del Estado. Por esta razón, para exponer el tema que nos ocupa, considero necesario partir de algunas referencias al Estado constitucional, por oposición al Estado eminentemente legislativo, para luego explicar brevemente el surgimiento de lo que algunos autores llaman el “*neoconstitucionalismo*”. Con base en ello, desarrollaré algunas ideas que permiten medir las implicaciones del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal y las intentaré evaluar concretamente en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. De esta manera, quiero explicar cómo ha operado este fenómeno en Colombia y mostrar algunos ejemplos concretos del cambio de paradigma que ha generado la Constitución de 1991, en el derecho penal que se conoce y aplica en la actualidad. Una vez alcanzado este objetivo, es importante dejar enunciados algunos retos que esta teoría ha implantado en la aplicación del derecho penal y procesal penal.

En suma, (i) se hará una breve referencia al *neoconstitucionalismo* como teoría del derecho indispensable en el ejercicio profesional de los abogados, (ii) a partir de la cual se demostrará que el derecho colombiano ha atravesado un profundo proceso de constitucionalización al cual no escapa el ámbito penal, (iii) se presentarán algunos ejemplos concretos de ese proceso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, finalmente, (iv) se enunciarán algunos retos que este proceso genera y que deben ser enfrentados tanto por legisladores como por Tribunales Constitucionales.



Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se ha presentado como una forma de superación del positivismo jurídico clásico, en la medida en que se abandona la concepción de un Estado legislativo de derecho (*primacía legal*), para dar viabilidad a un Estado constitucional, en el cual los límites morales al derecho están previstos en la Carta Política en forma de valores, principios y reglas, algunos de los cuales son derechos fundamentales que se imponen de manera directa frente al Estado y a los particulares, esto es, que tienen contenido vinculante.

Según FERRAJOLI¹, el constitucionalismo jurídico es un sistema que perfecciona el positivismo jurídico, en el cual se generan ciertas prohibiciones y obligaciones impuestas por las Constituciones para la protección o defensa de principios y derechos fundamentales, que limitan formal y sustancialmente a todos los poderes públicos. En palabras literales, “*el resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia: el Estado constitucional de derecho, que es el fruto de un verdadero cambio de paradigma...*”².

Esta teoría jurídica nace después de la Segunda Guerra Mundial, cuando surgieron Cartas Constitucionales que no solo se limitaron a establecer la separación de poderes, la asignación de competencias y/o el procedimiento de formación de las leyes, sino que además consagraron normas en sentido material, que pretendían condicionar la actuación del Estado, por medio de contenidos programáticos, con vocación vinculante. La mayoría de autores toma como referentes normativos las Constituciones

1 Autores como Luigi Ferrajoli reivindican que los derechos humanos y fundamentales son principios éticos-políticos, que permiten que dentro del sistema jurídico haya espacios para la relación entre derecho y moral, y entre justicia y validez, sin que la coherencia del ordenamiento como tal se disuelva. Así, los principios son usados para *cerrar* el sistema jurídico, como última frontera, pero con una membrana permeable que no desconoce la necesaria pretensión de justicia y moralidad que debe tener el derecho, y que en este caso, están inmersas en la Constitución. “*El constitucionalismo no es otra cosa que la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afirmados en las cartas constitucionales*”; por ello, se reivindica como una metodología que ha aportado a reconfigurar la relación entre derecho y moral, desde y para lo jurídico. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo garantista*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, pp. 15-53.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales en Teoría del neoconstitucionalismo*. TROTTA, Madrid, 2007.

alemana de 1949, la española de 1978 (*en el contexto europeo*), así como la brasilera de 1988 y la colombiana de 1991 (*en el contexto latinoamericano*)³.

La consagración de contenidos materiales y de protección de derechos fundamentales en las Constituciones, así como la vocación vinculante de estas normas, generaron entonces modificaciones sustantivas en el sistema de fuentes y en el concepto de validez de las normas infraconstitucionales, de manera tal que los operadores jurídicos y la comunidad en general se vieran obligados al cumplimiento de la norma constitucional, así no tuviera desarrollo legal o reglamentario, pues su fuerza ejecutoria se impone por decisión del constituyente. En este sentido, puede afirmarse que el neoconstitucionalismo propugna por una Constitución: (i) con una alta carga sustantiva, (ii) que incorporó principios de justicia eticopolíticos en forma de derechos fundamentales, (iii) con obligatoriedad propia y (iv) la cual puede hacerse exigible directamente a través de jueces constitucionales y acciones o procedimientos diseñados directamente por la Constitución⁴.

De conformidad con estos referentes, es posible afirmar que, a partir de la Constitución normativa de 1991, en Colombia, la práctica juridicopenal se sometió a un profundo proceso de cambio, pues es evidente que la “*puesta en serio*” de los derechos humanos, para utilizar la expresión de DWORKIN⁵, debía impactar el ámbito punitivo. Sin duda, mediante el ejercicio de la acción penal, el Estado afecta, justa y a veces injustamente, libertades y derechos básicos tanto de victimarios como de víctimas, lo cual supone enormes retos de institucionalización que implican el control eficaz al abuso de la arbitrariedad y la garantía de la eficacia material de los derechos en juego. Es entonces, la aplicación moral de límites al abuso de poder y la responsabilidad en la protección de los derechos de las víctimas. No en vano HASSEMER afirmó que “*el derecho penal debe entenderse como el derecho constitucional aplicado*”⁶.

Lo dicho hasta aquí no es nada novedoso frente al concierto internacional, pues estas premisas, lejos de corresponder a procesos endógenos, se

3 CARBONELL, Miguel y otros. *Teoría el neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. TROTТА, Madrid, 2007.

4 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, en *Neoconstitucionalismo*. TROTТА, Madrid, 2005.

5 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. ARIEL, Barcelona, 2002.

6 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. BOSCH, Barcelona, 1984.



vienen expresando en muchos países y distintas culturas jurídicas, hasta el punto de motivar el reconocimiento de derechos universales e inalienables que “humanizan” el derecho y legitiman el Estado.

Ahora bien, esta ambiciosa expresión del cambio de paradigma en el derecho penal colombiano no ha sido retórica. La experiencia, primero en la jurisprudencia constitucional y luego, también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, muestran su contribución práctica en la eficacia de los derechos fundamentales en tensión dentro del proceso penal. Pasemos a revisar algunas garantías que constituyen los puntos de partida irrenunciables en cada proceso penal:

Constitucionalización del derecho penal y procesal penal colombiano. ¿Cómo ha operado?

Para entender la irrupción del derecho constitucional en el penal, es imperioso resaltar que la norma de normas en Colombia trae consigo una alta carga axiológica y sustantiva, que afecta directamente el proceso penal, pues en ella se consagran normas vinculantes y exigibles por vía judicial que regulan aspectos propios del mismo, como:

- La libertad personal, la reserva de orden judicial para registros personales o en domicilios (artículo 28⁷).
- Los principios de legalidad, de favorabilidad, *in dubio pro reo*, presunción de inocencia y *non bis in ídem* (artículo 29⁸).

7 ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

8 ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio,

- El debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a presentar pruebas y contradecir las allegadas en su contra y a la defensa técnica (artículo 28).
- El habeas corpus (artículo 30⁹)
- Derecho al juez natural (artículos 29 y 116¹⁰), derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, derecho a un tribunal conformado antes del juzgamiento, derecho al plazo razonable y a un proceso público (artículo 29).
- El principio de doble conformidad (artículo 31¹¹).
- El respeto por la no autoincriminación (artículo 33¹²).
- La prohibición del destierro, prisión perpetua y confiscación (artículo 34¹³).
- Derecho de los civiles a no ser investigados ni juzgados por cortes marciales (artículo 214¹⁴).

durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

- 9 ARTÍCULO 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.
- 10 ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales...
- 11 ARTÍCULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.
- 12 ARTÍCULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- 13 ARTÍCULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.
- 14 ARTÍCULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: ...
2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.
3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.
4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Comoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción. ...



- Reglas constitucionales sobre extradición (artículo 35¹⁵).
- Los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición que tienen las víctimas del delito (artículos 1º, 93 y 94).

Estas referencias expresas, establecidas en la Constitución, no son las únicas que marcan la influencia del constitucionalismo en el derecho penal, pues adicionalmente, la creación, interpretación y aplicación del derecho punitivo debe atender al respeto por los demás derechos, valores y principios reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados de derechos humanos que hacen parte integrante de la misma, a través del bloque de constitucionalidad. En efecto, este fenómeno ha sido reconocido por la Corte Constitucional desde sus inicios, cuando en **Sentencia C-038 de 1995**¹⁶ explicó que:

“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.”

Entonces, la incorporación de principios y derechos cuya exigibilidad es directa y que adicionalmente limitan el actuar del juez y del legislador en materia penal, son indicadores que nos permiten rastrear cómo ha operado la constitucionalización de esta rama del derecho, tanto a nivel

15 ARTICULO 35. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 1 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

16 M. P. Alejandro Martínez Caballero. En la cual se estudió la constitucionalidad de la norma que penalizaba el porte de armas de fuego de defensa personal. Teoría reiterada posteriormente en las sentencias C-645 de 2012 y C-366 de 2014, en ambas, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y C-880 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

sustantivo como procedimental. Lo anterior permite concluir categóricamente que en el Estado constitucional **el derecho penal no puede, de una parte, contener normas que consagren delitos sin fundamento, ni penas desproporcionadas o excesivas y, de otra, no puede dejar de investigar, juzgar y sancionar las graves afectaciones a los derechos humanos.** De este modo, los derechos fundamentales que pueden afectarse en el derecho sustantivo y procesal penal se imponen principalmente frente al legislador y al Juez Natural.

Así por ejemplo, las garantías constitucionales del derecho penal sustantivo y procesal se imponen al legislador al exigirle un juicio de tipicidad constitucional. Dicho en otras palabras, la tipificación de conductas solo es constitucionalmente admisible si preserva razonable y proporcionalmente intereses jurídicamente protegidos en la Constitución. De igual manera, la ley únicamente puede considerar punible una conducta si fue producto de un actuar culposos o doloso del sujeto imputado y acusado. Bajo esa lógica, el respeto por parte del legislador de estos axiomas se garantiza, principalmente, mediante el control de constitucionalidad de la ley a cargo del Tribunal Constitucional y los jueces penales que están llamados a aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Así, corresponde a las cortes o tribunales constitucionales evaluar tanto la creación como la interpretación del derecho penal conforme a la Constitución.

Pero además de imponerse frente al legislador, la constitucionalización del derecho penal en Colombia ha permeado la actuación y la decisión judicial. En efecto, mediante la acción de tutela, los jueces constitucionales pueden ejercer el control de constitucionalidad de la sentencia penal y, como consecuencia de ello, afectar la cosa juzgada para salvaguardar los derechos fundamentales que la decisión judicial hubiese fracturado. La figura de la tutela contra providencias judiciales permite ejercer un juicio de validez constitucional de la decisión penal que hubiere desconocido derechos fundamentales con: (i) la equivocada aplicación de la ley (defecto sustantivo) y/o, (ii) indebida interpretación de la Constitución (defecto por violación directa de la Constitución), (iii) la ausente o errónea valoración probatoria (defecto fáctico), (iv) el desconocimiento del proceso debido (defecto procedimental), (v) la alteración del juez natural (defecto orgánico) y, (vi) no atender el precedente vinculante (defecto por desconocimiento del precedente vertical y su propio precedente).



Para ahondar en el referido fenómeno (*constitucionalización del derecho penal*), es necesario aterrizar las ideas descritas a través del estudio de algunos casos paradigmáticos resueltos, principalmente, por la Corte Constitucional de Colombia, mediante los cuales se evidencia la transformación del derecho penal clásico en un derecho penal permeado por el constitucionalismo.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En materia penal existe una amplia gama de temas que han sido abordados por la Corte Constitucional de Colombia. En efecto, por cerca de 27 años de jurisprudencia, la revisión constitucional tanto de los Códigos Penales y de Procedimiento Penal y sus reformas o modificaciones, como de sentencias proferidas por los jueces de la causa dentro de procesos penales, le han permitido al Tribunal Constitucional abordar cuestiones tan diversas como complejas dentro del ámbito punitivo. Por ejemplo, existen casos interesantes que abordaron problemas jurídicos relacionados con el principio de legalidad, las garantías del debido proceso, la participación de las víctimas de delitos en los juicios punitivos, la política criminal, la favorabilidad¹⁷, el principio de igualdad¹⁸, el habeas corpus¹⁹, la reserva judicial para los registros personales²⁰, el principio de la doble instancia²¹, la inviolabilidad del domicilio²², el principio de *reformatio in pejus*²³, entre muchos otros aspectos de la dogmática penal.

Con la intención de ofrecer una estructura a esta sección de la ponencia presentaré sentencias relacionadas con algunos de los aspectos mencionados, todo con el objetivo de mostrar cómo el derecho penal atiende a las lógicas establecidas tanto por la Constitución como por los tratados internacionales que la integran en virtud del bloque de constitucionalidad.

17 Cfr. Entre otras sentencias

18 Cfr. Entre otras sentencias C-913 de 2003 M. P. Clara Inés Varas Hernández; C.677 de 2006 M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-060 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

19 Cfr. Entre otras, la sentencia C-187 de 2006 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Cfr. Entre otras, la sentencia C-789 de 2006 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

21 Cfr. Entre otras la sentencia C-792 de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

22 Cfr. Entre otras, la sentencia C-519 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

23 Cfr. Entre otras, la sentencia C-591 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Inicialmente, estimo necesario presentar la **sentencia C-181 de 2016**²⁴, en la cual se muestra cómo la teoría del delito que fue acogida por el Código Penal Colombiano (*según el artículo 9 del Código Penal colombiano, existe delito si una conducta es típica, antijurídica y culpable*)²⁵, está determinada por los mandatos superiores. En efecto, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad han sido evaluadas por la Corte Constitucional desde la perspectiva de protección de garantías mínimas fundamentales²⁶. En la referida sentencia, se analizaron los elementos del delito desde que entró a regir el ordenamiento superior. Así se explicó la relación entre tipicidad y el principio de legalidad, la antijuridicidad y el principio de proporcionalidad y la culpabilidad en el derecho penal constitucionalizado.

Al respecto de la **tipicidad**, en la sentencia referida, se resaltó su innegable trascendencia constitucional, pues es una expresión de la irrigación de los contenidos de la Carta sobre el ordenamiento penal, que constituye uno de los pilares del principio de legalidad²⁷, lo que genera una relación amplia y dinámica con el derecho fundamental al debido proceso. En la sentencia en cita, la Corte desarrolló el contenido de dicho principio e identificó los siguientes elementos: “*i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción*”²⁸.

24 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

25 Artículo 9°. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

26 “El estudio de la teoría del delito actualmente se realiza a partir de un análisis tripartito: i) tipicidad; ii) antijuridicidad; y, iii) culpabilidad, fórmula acogida por el Código Penal colombiano.”

27 El principio de legalidad que rige el derecho penal es definido por JIMÉNEZ DE ASÚA como: “(...) *nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal solo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.*” JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal*. LOSADA, Buenos Aires Argentina, 1950.

28 Sentencia C-343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Los anteriores elementos, fueron extraídos de la literalidad del artículo 29 de la Constitución que establece que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. En efecto, en Colombia es claro que las disposiciones contenidas en la Carta le imponen al legislador las siguientes obligaciones que impactan directamente la tipicidad de las conductas:

- i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas;
- ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones;
- iii) definir las autoridades competentes; y,
- iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso.

Con fundamento en estos filtros constitucionales, en Colombia se ha declarado la inconstitucionalidad de algunos aspectos propios de la legislación y el procedimiento penal, en la medida en que los encuentra incumplidos.

- Así, por ejemplo, en la **sentencia C-730 de 2005**²⁹ se evaluó la constitucionalidad de una norma que habilitaba a la Fiscalía General de la Nación (*ente acusador en Colombia*) a efectuar **capturas sin un orden judicial**³⁰ cuando encontrara “*motivos fundados*” y “*motivos razonables*”. En ese momento, se declaró la inconstitucionalidad de la norma ya que, para la Corte Constitucional, la adopción de un sistema penal acusatorio implicaba un cambio fundamental en el papel del ente acusador.

Así mismo, se explicó que la norma acusada carecía de la claridad y la precisión que exige la regulación del ejercicio de una facultad excepcional que restringe la libertad personal, y en esa medida, violaba el principio de legalidad y el artículo 29 de la Constitución Política. En efecto, la norma era indeterminada respecto de las condiciones en que se concibe la posibilidad de captura por la Fiscalía General y ello también atentaba contra el principio de presunción de inocencia y la garantía de la libertad, que son pilares de la Constitución.

29 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 La norma era el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

- Otro ejemplo, es la **sentencia C-789 de 2006**³¹, en la cual se evaluaron varias normas relacionadas con la primera fase del proceso penal en Colombia, en la cual todas las actuaciones realizadas por las autoridades de policía judicial deben ser controladas por un Juez (*llamado Juez de Control de Garantías*). En específico, se evaluaron las **funciones de la policía judicial sometidas a control posterior por parte del juez de control de garantías** respecto del registro personal, la inspección corporal y el registro de vehículos.

La Corte Constitucional encontró viables las funciones relacionadas con el registro personal y de vehículos, pero declaró inconstitucionales las disposiciones normativas que habilitaban a la policía judicial para hacer inspecciones corporales y “*diligencias similares*”.

En cuanto a las diligencias de registro personal y registro de vehículos autorizadas en esta disposición, el máximo Tribunal precisó que las mismas corresponden a medidas preventivas que no forman parte de los procedimientos penales, toda vez que están orientadas a la prevención de hechos punibles y a la seguridad de lugares y personas. Esto no obsta para que los elementos probatorios hallados en el desarrollo de estas actuaciones, eventualmente, puedan dar lugar a la iniciación o evidencia de una investigación penal y, con tal objeto, sean puestos de inmediato a órdenes de la autoridad competente (*juez de control de garantías*).

Se sostuvo que existen diferencias sustanciales entre las actividades propias de la investigación penal en una etapa preliminar (vr. gracia: *inspección corporal, registro personal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales*), que tienen como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal; y los registros o requisas realizados como parte de los procedimientos policivos preventivos.

Respecto de estos segundos la Policía Nacional no tiene que contar con la previa autorización judicial, mientras que en torno a los primeros (*inspección corporal y diligencias similares*) realizados dentro del proceso penal, sí se requiere de dicha autorización. En esa medida, la Corte Constitucional declaró que autorizar este tipo de inspecciones corporales

31 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.



sin orden judicial previa contrariaba los postulados superiores. Se explicó que la inspección corporal no consiste en un simple “*cacheo*” o revisión superficial, sino que es una verdadera intervención sobre el cuerpo de las personas, con riesgo de tocamientos indignantes y exploración del mismo. Por ello, en ese caso se presenta una grave invasión sobre los derechos de las personas que debe estar debidamente justificado, y esa justificación o razonabilidad solo puede ser evaluada por una autoridad judicial.

- De otra parte, es importante destacar que la constitucionalización del derecho penal en Colombia también ha propiciado que dentro del proceso adversarial se abran espacios de **participación a las víctimas de las conductas punibles que se investigan**. En efecto, una de las decisiones destacadas relacionadas con este asunto, se encuentra en la **sentencia C-454 de 2006**³².

En este fallo, se reconocieron los derechos de las víctimas a la atención, acceso a la justicia, protección e intervención en el proceso penal, y se evaluó la tensión que tal participación genera respeto del principio de igualdad de armas. En efecto, la Corte ratificó la línea jurisprudencial trazada en materia de derechos de las víctimas en el esquema procesal penal adversarial, cuyas pautas se resumen en:

- (i) La superación de la concepción que limitaba los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria;
- (ii) La idea de ajustar la nueva regulación a estándares internacionales en materia de los derechos de las víctimas de los delitos y el consecuente reconocimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;
- (iii) El reconocimiento de la potestad de intervención de las mismas en todas las fases de la actuación procesal, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, para la determinación de sus derechos de contenido civil, pero también para conocer la realidad de los hechos, y propugnar que se haga justicia;
- (iv) La consideración de las víctimas como “*protagonistas*” activos, acorde con los principios de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad.

En ese orden, se reafirmó que los órganos de investigación deben proporcionar información a la víctima sobre sus derechos, desde el primer momento en que esta entre en contacto con las autoridades. La norma estudiada en esa ocasión, limitaba la participación de las víctimas a etapas procesales posteriores a la indagación e investigación, y la Corte estimó que esa limitación generaba una exclusión injustificada de las víctimas que les impedía el acceso a la información y a la justicia, pues solo así se garantizaría la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la efectividad de los derechos y el carácter bilateral del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva que irradia el ordenamiento constitucional colombiano.

- Continuando con las decisiones que influyeron en el proceso adversarial implantado en Colombia para reemplazar al antiguo sistema inquisitivo, es importante destacar la **sentencia C-396 de 2007**³³, en la cual se dio contenido y relevancia al **principio de igualdad de armas** en el Sistema Penal Acusatorio. En esa oportunidad, se demandó una norma del Código de Procedimiento Penal³⁴ que **prohibía al juez decretar la práctica de pruebas de oficio**, y la Corte Constitucional encontró que el artículo era constitucional.

Para el máximo Tribunal, el artículo demandado no violaba la Constitución sino que, por el contrario, garantizaba la igualdad de armas ya que, dentro de la estructura del Sistema Penal Acusatorio, la pasividad judicial en materia probatoria claramente favorecía la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y constituía una garantía para que el procesado se enfrentara a un juicio realmente imparcial. ¿igualdad de ARMAS?

En la sentencia se hizo especial énfasis en que el Constituyente era autónomo para decidir sobre la política criminal que se adopta en Colombia, por lo cual, era exequible que, en respecto de los principios de neutralidad e imparcialidad judicial, se prohibiera al juez de conocimiento decretar pruebas de oficio. Sin embargo, la Corte también dejó claro que esta prohibición solo aplicaba en la etapa del juicio oral, de manera tal que los jueces de control de garantías no estaban sujetos a la limitación impuesta por la Ley.

33 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

34 Artículo 361 de la Ley 906 de 2004.



Esta sentencia muestra cómo el constitucionalismo se adapta a las formas propias de los juicios penales, siempre y cuando no se afecten o amenacen derechos fundamentales. En efecto, la Corte resaltó la libertad de configuración en materia de política criminal, pero dejó la salvedad de que en la primera etapa del proceso penal, en el cual se controla la actividad de la policía judicial y se legalizan determinadas actuaciones, el juez sí está investido para decretar pruebas cuando las mismas sean necesarias para determinar o no la violación de derechos humanos. El fallo determinó categóricamente que: *“la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”*.

- Si bien en el caso anterior, la Corte encontró que la estructura del proceso penal adversarial era constitucional, también ha habido decisiones en las cuales tal estructura debe modificarse para lograr perfecta armonía con los mandatos constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos. Lo anterior, como una de las máximas expresiones de la constitucionalización de derecho penal. En efecto, a través de la **sentencia C-792 de 2014**³⁵, hubo un cambio trascendental en la estructura del proceso penal, en la medida en que la Corte Constitucional declaró la existencia de una omisión legislativa relativa³⁶, porque el Código de Procedimiento Penal³⁷ no preveía **la posibilidad de apelar las sentencias condenatorias proferidas por primera vez, en segunda instancia**. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República para que regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias.

Para llegar a tal conclusión, el fallo explicó que el derecho a impugnar toda sentencia condenatoria, se encuentra contemplado en los

35 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

36 Concepto desarrollado por la Corte Constitucional, que se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión está ligada a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, por lo cual incurre, con su actitud negativa, en una violación a la Carta.

37 Ley 906 de 2004.

artículos 29 Superior; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los cuales se derivaba claramente la obligación de establecer dentro del proceso penal una vía judicial que permitiera a los condenados en segunda instancia, por primera vez, contar con la “*doble conformidad*”³⁸ respecto de su condena. Lo anterior obligaba al legislador a diseñar los mecanismos para materializar y concretar este derecho fundamental en el escenario del proceso penal, que además constituye uno de los elementos estructurales del derecho al debido proceso en el contexto de los juicios penales.

A pesar de la existencia en el procedimiento colombiano de algunos recursos que permitían satisfacer este derecho, era evidente que la legislación no cubría todas las hipótesis; por lo cual, no todas las personas en Colombia tenían la posibilidad de impugnar una sentencia que los hubiera condenado por primera vez³⁹. Por lo tanto, concluyó que:

“El sistema recursivo diseñado por el legislador para materializar el derecho a la impugnación, debe garantizar los siguientes estándares: (i) el examen efectuado por el juez de revisión debe tener una amplitud tal, que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena; (ii) el análisis del juez debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial, y solo secundariamente, sobre el fallo judicial como tal; (iii) debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida, de modo que esta pueda revocarse cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena, y no solo una revisión de la sentencia a luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso.”

38 A la luz de este derecho, toda persona que ha sido condenada por primera vez debe tener acceso a algún mecanismo de impugnación del fallo, para que una instancia judicial distinta pueda revisarlo a partir de un examen integral del caso.

39 Para la Corte, este derecho a impugnar la sentencia condenatoria no es equivalente a la garantía de la doble instancia, puesto que si bien en ciertos supuestos puede haber coincidencia entre ambas figuras, como cuando en un proceso de doble instancia, la decisión de condena se produce en la primera de ellas, en otros escenarios, la previsión constitucional sobre la doble instancia no resulta suficiente, bien porque se trata de un proceso penal de única instancia, circunstancia permitida por la Constitución, que admite excepciones a la garantía de la doble instancia, o bien porque siendo el proceso de doble instancia, la condena se produce en la segunda de ellas, hipótesis estas en las que, al no contemplarse el derecho a controvertir el fallo condenatorio, se desconoce uno de los elementos constitutivos del debido proceso.



- Otra de las expresiones concretas de la constitucionalización de derecho penal, son las relacionadas con la **modificación o declaratoria de inexecutable de tipos penales** por parte del Tribunal. Tal es el caso de las **sentencias C-468 de 2009⁴⁰ y C-297 de 2016⁴¹**.

Mediante *la primera (C-468 de 2009)* se declaró inconstitucional la expresión “*de doce años*” contenida en el tipo penal de Abandono⁴² consagrado en la legislación penal. En este caso, se aceptó que aun cuando la Constitución Política le reconoce al legislador un margen de discrecionalidad relativamente amplio para desarrollar la política criminal del Estado, la misma también está sujeta al control de constitucionalidad⁴³. En este juicio, la Corte ratificó que la penalización es la forma más lesiva de control social, por el alto grado de afectación a la libertad personal y otras garantías; por ello, cuando se advierta que esta medida no contribuye al perfeccionamiento de una política dirigida al logro de los fines perseguidos, el legislador debe prescindir de ella. Se manifestó que la validez de las medidas de política criminal depende de que las mismas sean compatibles con los principios constitucionales y los derechos fundamentales, por lo cual son susceptibles de juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el caso particular, la Corporación estimó que: *“El criterio distintivo utilizado por el legislador en la norma acusada, basado exclusivamente en la edad del niño, no resulta entonces razonable y proporcional al fin perseguido con la medida: la protección del menor. Por el contrario, desconocerle la condición de sujeto pasivo del delito de abandono a los adolescentes, se muestra como una medida abiertamente discriminatoria y excluyente, violatoria de los derechos fundamentales y opuesta a los postulados universales sobre protección de los derechos de los menores, que como se ha dicho, se predica de todas las personas que no han alcanzado los 18 años.”*

40 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

41 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

42 Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor o a una persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal por ellos incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

43 Se dijo expresamente: *El supuesto en el que el criterio politicocriminal del legislador es susceptible de controvertirse en el juicio de inconstitucionalidad, tiene lugar cuando dicho criterio ha llevado a la expedición de normas contrarias al Estatuto Superior. En dichos casos, lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí, sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.*

Para llegar a tal conclusión, la Corte recordó la normativa nacional e internacional en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a partir de las cuales era claro que “*se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años, de manera que comprende a niños, niñas y adolescentes*”. Sostuvo además que la distinción entre niños y adolescentes no pretende dejar sin protección integral a estos últimos, sino únicamente darles espacios de participación de acuerdo con sus capacidades cognitivas.

Ahora, en la *segunda* sentencia (C-297 de 2016), el debate se centró en la afectación del principio de legalidad, ya que se introdujo una regla penal vinculante, por vía judicial. En efecto, en este fallo, la Corte Constitucional estableció que la violencia que origina el delito de feminicidio es la violencia de género, que lo diferencia del homicidio, como una **circunstancia contextual que debe ser tomada en cuenta para determinar el elemento subjetivo del tipo penal**: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género.

En esa ocasión, se demandó una norma que modificó el Código Penal para incluir el tipo penal de feminicidio⁴⁴ y la Corte declaró exequible el tipo penal “*en el entendido de que la violencia a la que se refiere... es violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género*”. ¿No es lo mismo que se ha dicho en el párrafo anterior?

Como es común, el análisis partió de la idea de que si bien el legislador tiene un amplio margen de configuración, el mismo tiene límites constitucionales, entre ellos, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. Recordó que el principio de legalidad en materia penal conlleva a que las conductas punibles no solo deben estar previamente

44 Ley 1761 de 2015, ARTÍCULO 2º:

La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104A del siguiente tenor:

Artículo 104A. Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

[...]

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.



establecidas, sino que **deben estar inequívocamente definidas por la ley**, de modo que el fiscal y el juez se limitan a adecuar la conducta sancionada a la descripción abstracta realizada por la norma. En el presente caso, la Corte precisó que los elementos que configuran la tipicidad de la norma, deben ser leídos como hechos contextuales para establecer el móvil del delito, pero no pueden entenderse *ipso iure* como la intención de matar por el hecho de ser mujer, pues esta circunstancia siempre debía probarse para que el tipo penal de feminicidio se entendiera tipificado. En este fallo se sostuvo:

“La norma penal está constituida por dos elementos: (i) el precepto (praeceptum legis) y (ii) la sanción (sanctio legis). El primero de ellos es entendido como “la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción”. El segundo se refiere a “la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto”.

El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: “(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iii) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente”.

- A la par de las referidas sentencias de control de constitucionalidad abstracto, es importante destacar algunos fallos de control concreto que también muestran cómo la constitucionalización del derecho penal dejó de estar solamente jalonada por la Corte Constitucional y, en este esfuerzo, se comprometieron los jueces penales de conocimiento y la Corte Suprema de Justicia.

Mediante la **sentencia T-719 de 2012**⁴⁵, se estudió una acción de tutela propuesta contra una providencia judicial emitida por un juez penal, en la medida en que el actor alegaba la vulneración de su **derecho fundamental de contradicción y defensa técnica**. En el caso concreto, el accionante fue condenado por el juez penal. Según informó el actor, él estuvo casado con la señora M, y de esa unión procrearon tres hijos. En 1996, se separaron y perdieron contacto. En 2003, la señora M presentó denuncia contra el accionante por el presunto abuso sexual de su hijo y manifestó que desconocía su paradero. Durante el trámite de la investigación, la Policía judicial y la Fiscalía lograron establecer dos direcciones en las cuales posiblemente podrían encontrar al actor. Sin embargo, tales autoridades solo notificaron al accionante en una de las direcciones encontradas y posteriormente lo declararon persona ausente.

La segunda dirección de notificación era la correcta y, en esa medida, el accionante estimó vulnerados sus derechos fundamentales de defensa y contradicción porque las autoridades judiciales no agotaron todos los medios a su alcance para notificarlo de la iniciación de un proceso penal en su contra.

Para la Corte, en este caso sí se presentó una vulneración al derecho al debido proceso del actor, por no haber sido notificado oportunamente del proceso, lo que impidió el ejercicio de su defensa técnica. En efecto, se indicó que *“las irregularidades señaladas que llevaron a que el accionante fuera vinculado como persona ausente, en perjuicio de sus derechos al debido proceso y al derecho de defensa, configuran un defecto procedimental en tanto no se cumplieron los requisitos formales y sustanciales para notificar a Jorge del proceso penal que se adelantaba en su contra a pesar de que en el expediente obraba una dirección (la dirección B), la cual afirma era su domicilio para la época de los hechos y las autoridades judiciales no desplegaron actividades mínimas para ubicar al procesado con la información que del mismo se tenía en el proceso”*.

Por otro lado, también es importante destacar la sentencia de la **Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado N° 15273**⁴⁶, en la cual se condenó a un exministro de Comunicaciones de Colombia acusado

45 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

46 M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Del 25 de octubre de 2000.



por la Fiscalía General de la Nación por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. A pesar de la condena, fundada en diversas pruebas, es de destacar que en esa oportunidad la Corte Suprema de Justicia excluyó directamente una prueba que había sido obtenida con vulneración del derecho a la intimidad⁴⁷.

En esa sentencia, la Corte Suprema de Justicia no solo actuó como juez penal, sino además como juez constitucional, al destacar que: *“debe reiterar la Sala en este momento que en nada aprecia el contenido de la grabación ilícitamente efectuada, sobre una presunta charla telefónica entre los referidos ARBOLEDA GÓMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, que es nula de pleno derecho, por expreso mandato del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Esa práctica delictuosa de interceptar las comunicaciones privadas, sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente, debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos”*. (Negrilla original de la sentencia).

En otra sentencia de la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado N° 45619**⁴⁸, ese Tribunal declaró la ilegalidad de una captura y de una prueba obtenida por la Policía judicial, ya que esa autoridad se excedió en sus facultades de registro personal, con lo que quebrantó los derechos protegidos constitucionalmente. El caso evaluaba la situación jurídica de una persona que fue registrada en un aeropuerto. En dicho registro se encontró una USB en la mochila que portaba la persona registrada, y con base en los documentos incluidos en esa USB, la Policía y la Fiscalía solicitaron una orden de captura de dicha persona que fue concedida por el Juez competente.

Para la Corte Suprema de Justicia fue necesario constatar si la captura fue o no legal, pues de ello se derivan consecuencias en el ámbito de la

47 Según se extrae de la sentencia: *“La revista Semana en su edición N° 798, del 18 al 25 de agosto de 1997, publicó bajo el título “CONVERSACION ENTRE MINISTROS”, un análisis sobre la adjudicación de la concesión de emisoras de radio en frecuencia modulada (F. M.), en julio de ese mismo año, efectuada por el Ministro de Comunicaciones SAULO ARBOLEDA GOMEZ, transcribiendo una interceptación ilícita de un telefonema entre éste y el Ministro de Minas y Energía de entonces, RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, quien estuvo incapacitado durante mes y medio, a partir del 1° de julio, mientras se sometía a una intervención quirúrgica.”*

48 M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa. 31 de agosto de 2016.

legalidad de las pruebas extraídas de tal dispositivo que sirvieron de fundamento para proferir el fallo de condena. En su sentencia, el Tribunal Supremo se refirió al fallo de la Corte Constitucional C-822 de 2005 (*reseñado ut supra*) para reiterar la diferencia entre registros personales e “*inspecciones corporales y otras diligencias*”. Y explicó que a través de las funciones de registro personal, la Policía judicial no podía haber inspeccionado el contenido de la USB, para lo cual hubiera necesitado una orden judicial previa. Según la Corte Suprema:

“Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de [...] en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

[...] En resumen, si los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias [...], fueron elementos materiales probatorios derivados de otros ilegales, también tenían tal carácter y, por ello, no podían sustentar la petición de orden de captura presentada por la Fiscalía ante la Juez de Control de Garantías y tanto menos, tenían aptitud legal para que efectivamente se dispusiera y materializara como en efecto ocurrió.

Ahora, si los soportes de la solicitud de captura de la Fiscalía y de su expedición por la Juez de Control de Garantías son ilegales, la orden de captura no es legal, es decir, no se cumple en este caso con el primer requisito para dotar de validez y legitimidad el registro incidental a la captura de MÁB.”

Retos

Una vez referida la mayoría de los aspectos importantes del proceso de constitucionalización del derecho penal y procesal penal en Colombia, que sin duda están dirigidos a humanizar el ejercicio del *ius punendi* del Estado, es imperioso hacer una breve reflexión crítica que tiene por objeto viabilizar la continua y constante evolución de las teorías jurídicas en ma-



teria constitucional penal, pues como se evidencia, la constitucionalización del derecho es un proceso en permanente crecimiento que no surge y se impone mediante la utilización de métodos únicos ni matemáticos, sino que requiere de evaluaciones concretas de contenidos normativos que exigen argumentación basada en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en la aplicación de principios morales para obtener justicia material. El derecho como sinónimo de la justicia, la sustancia más que la forma y la garantía más que el resultado eficiente.

Así, como se indicó *ut supra*, este es el momento para dejar enunciadas algunas preguntas que representan retos para hacer sustancial la interrelación entre derecho constitucional y penal:

- ¿Cómo mantener el proceso de constitucionalización del derecho penal en contexto de justicia transicional? Esta pregunta debe verse desde diversas perspectivas como:
 - (i) El principio de legalidad, el principio del juez natural y el debido proceso de aquellos que se someten a este tipo de justicia conformada con posterioridad al delito.
 - (ii) La participación de las víctimas y el respeto por sus derechos en ese tipo de contextos en donde el proceso penal no tiene por objetivo el reproche adversarial entre víctima-victimario.
 - (iii) El respeto o no de los estándares internacionales en materia penal en contextos de transición en donde puede sacrificarse justicia para obtener la verdad o reparación para evitar garantizar la no repetición.
- Otra reflexión importante que genera en la actualidad la relación entre derecho constitucional y derecho penal, está determinada por la autonomía que tienen los Estados, y en especial, el poder Ejecutivo de los mismos, en la formulación de determinada política criminal.

Lo anterior, pues a juicio de algunos, el “excesivo garantismo” puede hacer inviable los procedimientos y la legislación penal y, con ello, debilitar

el *ius punendi* estatal al punto de hacerlo inoperante. Como puede verse, este dilema en relación con el terrorismo o delitos transnacionales que desbordan la capacidad de algunos Estados.

Y, por otro lado, la permisión de una política criminal que quebrante derechos humanos y fundamentales, que generaría el retroceso del derecho penal a los tiempos en los cuales no existía ni proceso, ni ley preexistente ni juez natural, entre otras garantías. ¿Cuál es el punto de equilibrio?

Por ahora, el principal reto que corresponde a los Tribunales Constitucionales es garantizar que la *última ratio* del derecho penal justifique la paradoja de limitar y restringir derechos fundamentales para proteger y hacer eficaz el contenido material de los derechos fundamentales.

¡Gracias!

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO PENAL Y DEL PROCESO
PENAL: AVANCES Y RETOS EN LA
REPÚBLICA DOMINICANA
PANEL

Magistrado Rafael Díaz Filpo,
juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Magistrada Yeni Berenice Reynoso,
Procuradora Fiscal del Distrito Nacional
de la República Dominicana



Magistrado Rafael Díaz Filpo

Licenciado en Matemáticas y Física por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), licenciatura en Derecho (Summa cum laude) por la Universidad Colegio Dominicano de Estudios Profesionales (UCDEP), maestría en Educación Superior en la Universidad Colegio Dom. de Estudios Profesionales (UCDEP) e Instituto de Andrología (INSTIA) Venezuela; Notario Público de los del número del Distrito Nacional, maestría con doble titulación en Derecho Constitucional, Concentración Jurisdicción Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad Castilla-La Mancha (UCLM); Master Oficial en Derecho Constitucional, Universidad Castilla-La Mancha (UCLM). Actualmente, se desempeña como juez, Primer Sustituto, del Tribunal Constitucional dominicano. Ha sido catedrático en diversas universidades, escuelas, institutos y liceos por más de 37 años, además de ser conferencista nacional e internacional. Fue diputado por la provincia de Azua de Compostela, período 1982-1986, logrando grandes aportes con sus diferentes proyectos de leyes. Regidor por el Distrito Nacional y presidente de la Sala Capitular por cinco años consecutivos. Autor de diversas obras, dentro de las cuales se destacan: *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho Liber Amicorum*, en homenaje al Dr. Allan Brewer Carías; *Liber Amicorum en homenaje al Dr. Luigi Ferrajoli*; y V Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional: *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico en el Paradigma Garantista*.

MAGISTRADO RAFAEL DÍAZ FILPO

La constitucionalización del Derecho es el fenómeno jurídico donde el ordenamiento jurídico de un país debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución. Esto quiere decir que la norma primaria que debe regular en forma obligatoria el Derecho del país es la Constitución¹.

De acuerdo con el doctrinario italiano Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender un proceso de transformación de este, al término del cual “resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, porque la ley fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, así como la acción de los actores políticos y las relaciones sociales”.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, en Alemania es donde por primera vez se habla sobre la necesidad de que el contenido del texto constitucional influyera en todo el ordenamiento jurídico, con la finalidad de que las normas constitucionales se convirtieran en normas de obligatoria observación para todo el conglomerado social bajo la Carta Sustantiva, surgiendo de esta forma el neoconstitucionalismo.

El Derecho parte de la importancia y necesidad de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana, dando lugar con ello a un nuevo constitucionalismo llamado “constitucionalización del derecho”, caracterizado por la materialización del Derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de

1 COBA MONSALVO, María Cristina. “La constictucionalización del derecho penal en Colombia”



la Constitución y la importancia de la argumentación. De este nuevo constitucionalismo han surgido interesantes desarrollos doctrinales e importantes debates.

La diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el segundo, la Constitución, no tiene un carácter normativo; en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y no solo limitaciones al Estado, sino también a las personas privadas de libertad. Así, la “constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la ley fundamental, sino también mediante otros factores, como lo son el contenido material e indeterminado, la fuerza vinculante, la máxima validez jerárquica, la garantía de la Constitución, la interpretación conforme a esta, etc.

La rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución son los primeros elementos que contribuyen a este fenómeno. Para que su contenido pueda permear al resto del ordenamiento, es preciso que la Constitución no pueda alterarse por medios ordinarios. Para asegurar la objetividad de su significado y su aplicación, se requieren los elementos institucionales que caracterizan el diseño y el ejercicio de la función jurisdiccional del que carecen los órganos netamente políticos.

A juicio del constitucionalista colombiano Wilson Yesid Suárez-Manrique,² para que exista una constitucionalización del Derecho deben presentarse dos presupuestos mínimos. El primero de ellos es la Constitución y el otro es el Derecho que se pretende constitucionalizar. Sostiene además Manrique que la Constitución debe estar dotada de algunos elementos, sin los cuales no puede hablarse de constitucionalización del derecho, a saber:

1- Contenido material e indeterminado

El contenido material del texto sustantivo implica que el mismo debe estar dotado de principios y reglas jurídicas por los cuales se establece la

2 SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid “La Constitucionalización del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano” UNIVERSITAS. Bogotá (Colombia) No. 129: 317-351. Julio-diciembre 2014.



regulación, prohibición o permisibilidad de algunas conductas; evitando con ello que la Constitución sea un catálogo de buenas intenciones para ser desarrolladas a futuro, “sino que de sus disposiciones de derecho fundamental puedan extraerse normas directamente estatuidas, adscritas o individuales, por medio de los cuales las conductas del Estado y los particulares estén condicionadas”.

Los postulados constitucionales con contenido material deben estar sustentados en normas que garanticen la obligatoriedad frente a sus destinatarios. El contenido de la Constitución debe ser indeterminado, ya que con ello se permite el desarrollo de los derechos fundamentales y sus postulados en diferentes grados.

2- Fuerza vinculante

Este elemento implica que el contenido de la Constitución debe ser vinculante para todos. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental. Desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los doctrinarios; pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes.

Esto es particularmente relevante para las llamadas “disposiciones programáticas” —como las que expresan los derechos sociales— que tradicionalmente se vieron como simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos, hoy se les reconoce un “contenido mínimo” como ha expresado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia STC/15/1981, F.J.8.

3- Máxima validez jerárquica

La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico y está situada por encima de todas las normas. Esto explica por qué para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tienen que haber dos condiciones, a saber:



- a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos;
- b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o de principio.

Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes, tanto por la doctrina como por las jurisprudencias constitucionales.

4- Garantía de la Constitución

Por medio de este se asegura la existencia de órganos y procedimientos que velen por la supremacía del texto constitucional. El Código Procesal Penal de la República Dominicana contempla entre sus principios rectores el Principio de Primacía de la Constitución: “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 Constitución dominicana ha contemplado su reconocimiento donde se establece que es norma de normas y que debe ejecutarse en la actividad judicial. El tema dio paso e importancia al bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia a las normas y principios que no aparecen expresas en la Constitución, pero que sí se remiten a la integración de sus leyes. Este término se empezó a usar en República Dominicana desde 2003.

La Suprema Corte de Justicia, en la resolución No. 1920, dictada el trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003), estableció que “los jueces están obligados a aplicar las disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad como fuente primaria de sus decisiones, realizando, aún de oficio, la determinación de la validez constitucional de los actos y de las reglas sometidas a su consideración y decisión, a fin de asegurar la supremacía de los principios y normas que conforman el debido proceso de ley; atendido, que el bloque de constitucionalidad encierra entre sus principios y normas una serie de valores como el orden, la paz, la seguridad,



la igualdad, la justicia, la libertad y otros que, al ser asumidos por nuestro ordenamiento jurídico, se configuran como patrones de razonabilidad (...).”

5- Interpretación conforme a la Constitución

Esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La interpretación conforme a la Constitución se da cuando el juez, al tener la posibilidad de aplicar en un caso concreto, elige la que sea más apegada al mandato constitucional. Desde luego, la “interpretación conforme” también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez debe acoger aquella que no viole la Carta Sustantiva.

El constituyente dominicano ha incorporado en el artículo 74.4 de la Constitución, la forma en cómo deben ser interpretadas las normas relativas a los derechos fundamentales al establecer que “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”. Apegado a esto el Tribunal Constitucional aplicó en su sentencia TC/0042/12, lo que es el test de ponderación.

6- Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Dentro de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento, Guastini refiere:

- a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;
- b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de moderación o control frente



a lo que en alguna época se ha llamado las cuestiones políticas, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional;

- c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

La exposición anterior reconoce que esta “penetración” del Derecho Constitucional en el proceso ordinario y en el político no solo implica la simple supremacía constitucional, sino que también “se relaciona con el desarrollo de las funciones constitucionales y con la concepción constitucional de los actores participantes”.

Las primeras constituciones que estaban dotadas de estos elementos, son las siguientes:

- 1- La Ley Fundamental de Bonn o Constitución de Alemania de 1946.
- 2- La Constitución de Italia del año 1947.
- 3- La Constitución de Panamá de 1972
- 4- La Constitución española de 1978.
- 5- La Constitución de Brasil del año 1988.
- 6- La de Colombia de 1991
- 7- Perú en 1993
- 8- Argentina en 1994
- 9- Bolivia en 1995, con un resurgimiento en el año 2009
- 10- Ecuador en 1998
- 11- Venezuela en 1999
- 12- República Dominicana en 2010

En República Dominicana se empieza hablar de una Constitución que reúne todos estos elementos (contenido material e indeterminado, fuerza vinculatoria, Supremacía Constitucional y Garantía del Texto Sustantivo), desde la Constitución de 2010.

La Carta Fundamental dominicana en el año 2010, proclamó un Estado Social y Democrático de Derecho con una democracia participativa, consagrando además una extensa gama de mecanismos para hacer efectiva dicha participación, así como un catálogo bastante amplio de los derechos



del ciudadano, entre estos, los derechos fundamentales, los colectivos y del medio ambiente.

Dicha Constitución estableció los mecanismos de protección para la defensa de los derechos, se incluyeron los tratados internacionales como un criterio de interpretación de las diferentes normas legales; lo más importante, DOTÓ al ciudadano común y al operador judicial de los instrumentos necesarios para aplicar y exigir los derechos, que pasaron de ser meros enunciados retóricos a verdaderos derechos exigibles ante las autoridades administrativas y en última instancia ante las judiciales.

“Por eso, a partir del sistema de derechos humanos, el concepto de dignidad de la persona humana, la Constitución de 2010, nos ubica como un Estado Social de Derecho, estableciendo principios y valores que definen, delimitan, dan contenido y estructura a las garantías procesales.

Esa es la razón por la cual el derecho procesal penal no puede verse como una estructura rígida, sino como una en permanente movimiento que cambia y fluye desde el Sistema de Derechos Humanos y la Constitución Política hacia la Dignidad Humana. Tal afirmación coincide con lo que plantea el catedrático alemán Robert Alexy cuando hace referencia al «efecto radiador» que ejerce la Constitución sobre el sistema legal de un país, postura que, a su vez, confirma la propuesta por el penalista alemán Claus Roxin, al indicar que “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”.

Esta constitucionalización del Derecho no ha sido ajena al Derecho Penal, ya que las constituciones de los diversos Estados han concebido principios que sirven de orientación para la regulación de esta rama del Derecho, tal como lo sostiene la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-038 del 9 de febrero de 1995.

De igual forma ha actuado el Tribunal Constitucional dominicano en las sentencias TC/0214/15 y TC/0224/15. Dichas sentencias establecen lo siguiente:

“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance.

Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales,



*ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.*³

Con la adopción de nuevos códigos en América Latina, en las últimas décadas, así como la modificación a los textos sustantivos de los países de la región, se han recogido posiciones garantista y constitucionalistas, sobre la necesidad de tener en cuenta los principios orientadores del derecho penal que se encuentran en los textos sustantivos de cada Estado y en los tratados supranacionales.

En República Dominicana, el Código Procesal Penal tiene 28 principios rectores de los procesos penales, los cuales tienen sustento en el Texto Fundamental.

El derecho penal, apegado a los principios rectores fijados en la Constitución y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos, persigue la realización de los fines primordiales del Estado Social Democrático y de Derecho, entre los cuales se encuentran la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo a través del uso proporcionado del poder punitivo estatal y dentro del marco del respeto a la dignidad humana y a la solidaridad, deduciendo con esto que estamos ante la presencia de la constitucionalización del Derecho Penal y sus procesos.

Claro ejemplo de la constitucionalización del Derecho Penal y sus procesos es cuando los textos constitucionales contemplan el derecho de cada persona un juicio público, ante la autoridad competente, con observancia de que las formas de cada caso sea sometida a juicio, ante un tribunal independiente e imparcial; que se presuma su inocencia hasta una condena irrevocable; que se le informe de la acusación que pesa contra él o ella; al derecho a tener un debido proceso, a la tutela judicial efectiva; a

3 Sentencia C-038-1995 de la Corte Constitucional de Colombia.



una defensa técnica; a la no incriminación, a la no privación ilícita de su libertad y a no ser condenado dos veces por el mismo delito, entre otras garantías constitucionales.

A estos se le suman los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes, a la libertad como regla, a la prohibición de la pena de muerte, el derecho a la intimidad, a la legalidad, favorabilidad, el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un juicio público y justo, el beneficio de la duda probatoria y el derecho a recurrir las decisiones judiciales; estos derechos se han incorporado de manera positiva en los ordenamientos constitucionales.

La Constitución dominicana vigente contiene varias disposiciones penales, tanto en el aspecto procesal como sustantivo. Se otorga categoría constitucional a determinados principios que por su naturaleza es conveniente que tengan un rango superior a las normas adjetivas.

Uno de los elementos más novedosos que introdujo la nueva Constitución es la separación entre «los derechos fundamentales» de «las garantías a los derechos fundamentales». Los mismos están consagrados en el Título II, en los capítulos I y II, respectivamente de la Constitución y abarcan desde el artículo 37 al 73.

En principio, el conjunto de disposiciones contenidas en la Constitución en materia procesal penal es de tipo garantista o del sistema acusatorio, por lo que el Código Procesal Penal está en armonía con la Carta Sustantiva.

Entre las principales disposiciones de carácter penal y procesal penal o relacionadas a estas materias contenidas en la Constitución están:

Artículo 37.- Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte.

Artículo 38.- 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.

Artículo 39.- Derecho a la igualdad. 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. En consecuencia:

La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;

1) *Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;*

El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;

La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;

El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado.

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. *Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:*

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) *Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;*

3) *Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;*

4) *Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;*

5) *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;*
- 6) *Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;*
 - 7) *Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada una orden de libertad por la autoridad competente;*
 - 8) *Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;*
 - 9) *Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;*
 - 10) *No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;*
 - 11) *Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente;*
 - 12) *Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;*
 - 13) *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;*
 - 14) *Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro;*
 - 15) *A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica;*
 - 16) *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados;*
 - 17) *En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad.*

Artículo 41.- Prohibición de la esclavitud. *Se prohíben en todas sus formas, la esclavitud, la servidumbre, la trata y el tráfico de personas.*

Artículo 42.- Derecho a la integridad personal. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas. En consecuencia:*

Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o procedimientos



vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica;

1) *Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantizará mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer;*

2) *Nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas. Tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida.*

Artículo 43.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad. *Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.*

Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal. *Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:*

1) *El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;*

2) *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;*

3) *Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio,*



salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;

4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley.

De igual manera, el texto sustantivo dominicano contempla, lo relativo a la garantía de los derechos fundamentales:

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.

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.*

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.*

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.*

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.*

Párrafo.- *Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.*

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1945 establece que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana. Las constituciones surgidas a partir de 1945, reconocen expresamente el respeto a la dignidad humana por parte del Estado, considerándola como sagrada, innata e inviolable, igual que los derechos fundamentales, los cuales son fines esenciales del Estado.



En nuestro país, la Suprema Corte de Justicia con anterioridad al 2010, había señalado mediante la Resolución No. 1920-2003, que los derechos fundamentales tienen como fundamento los atributos de la persona humana que nacen con su dignidad propia y son reconocidos por el sistema constitucional.

En la Constitución dominicana del 2010, la dignidad humana, junto a la vida, aparece como uno de los valores supremos y principio fundamental, colocándola en la cima del articulado constitucional, como fundamento del Estado y de la estructura normativa de la Constitución; base de los derechos fundamentales y derecho fundamental en sí misma.

Un principio fundamental reconocido por la Constitución es la dignidad humana, la cual se erige en patrón para la interpretación de los derechos fundamentales y en norma fundamental para todo el ordenamiento jurídico.

Esta constitución reconoce que el derecho a la vida y a la dignidad humana, como derechos fundamentales, están por encima del Estado y de cualquier otra cosa⁴.

La dignidad humana en el Derecho Penal se concreta en los principios de la presunción de inocencia, la intangibilidad de la persona y la culpabilidad. El acusado se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad y solo puede ser sancionado penalmente aquella persona encontrada culpable conforme con un proceso regular y apegado al Derecho.

Ciertamente, proteger a la población ante el delito se cuenta entre las obligaciones del Estado. Pero lo que trata el proceso penal es averiguar la verdad. Mientras la misma no se haya constatado, la culpa del sospechoso estará pendiente de prueba.

La investigación de la verdad en el proceso penal tiene, sin embargo, sus límites constitucionales: nadie está obligado a declarar contra sí mismo y a nadie se le puede obligar a declarar contra su voluntad.

Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que este persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y al mismo tiempo, la tutela de los inocentes.

4 JORGE PRATS, Eduardo. "Derecho Constitucional. Volumen I". Santo Domingo, República Dominicana. 2010. Iusnovum. Pág. 498.



Las penas no pueden ser desproporcionadamente altas o crueles: la razonabilidad de la pena es garantía de la dignidad del condenado. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o procedimientos vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica.

Pero las infracciones penales deben ser también razonables: las únicas prohibiciones penales justificadas son las prohibiciones mínimas necesarias instituidas por las leyes para impedir el comportamiento lesivo de la persona.

Respecto al fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Penal, el Tribunal Constitucional dominicano precisó, en la sentencia TC/0365/17, que:

9.1. Mediante la presente acción, el Lic. Juan Carlos Bircann Sánchez pretende la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley núm. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana, del treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por considerar que el establecimiento de una presunción legal que sanciona como traficante a todo aquel que sea procesado por la violación al citado texto legal, sin importar la cantidad de la sustancia ocupada, constituye una violación de los principios de razonabilidad de la ley, la no discriminación e igualdad ante la ley.

9.2. Para análisis del presente caso, es preciso señalar que el artículo 40.13 de la Constitución reconoce el principio de legalidad en materia penal, al disponer lo siguiente: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan una infracción penal o administrativa”. Esta disposición es complementada con el artículo 40.15, que, junto con reafirmar el principio de legalidad en materia punitiva, regula el principio de razonabilidad de la ley, en los siguientes términos:

A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudique.

9.3. Las disposiciones constitucionales anteriormente señaladas implican que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que prefigura la Constitución, el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para determinar las conductas ni la cuantía de la sanción a imponer, ya que debe respetar los derechos constitucionales y el principio



de razonabilidad, que constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de su potestad de configuración normativa en materia penal. De ahí que, con miras al entendimiento constitucional del derecho penal, la aplicación de tales principios es imprescindible, tanto en la fase legislativa como en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal. El legislador no puede excederse en la potestad de configuración punitiva; no se puede castigar más allá de la gravedad del delito, trazándose de esta manera un límite a las finalidades preventivas, respetando los valores de justicia y la dignidad humana.

9.4. La cuestión sometida requiere precisamente determinar la razonabilidad de la distinción establecida cuando se trate de la ocupación de las sustancias señaladas en el artículo 7 de la Ley núm. 50-88. Al respecto, es necesario señalar que no existen criterios objetivos que permitan afirmar que a un delito determinado le corresponde, como sanción proporcionada, determinada clase y cantidad de pena, toda vez que la relación entre dichos aspectos se establece de manera convencional porque es el resultado de una decisión adoptada por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, acorde con los valores, principios, bienes y derechos fundamentales que contiene la Constitución de la República. Así que la proporcionalidad entre pena y delito solo puede afirmarse si previamente el legislador ha fijado una escala de penas que ordena los castigos en función de su gravedad, escala que a su vez servirá de elemento de comparación para analizar la proporcionalidad de una sanción o pena en particular.

9.5. De modo que, la vinculación de proporcionalidad entre pena y delito no se afirma de manera aislada, sino tomando como referencia la sanción prevista por el legislador para otras conductas de gravedad similar. Esto ha motivado a la doctrina a concebir el principio de proporcionalidad como un equivalente del principio de igualdad en materia penal, al incorporar su contenido y valores, es decir, en primer lugar, la exigencia de establecer sanciones similares para aquellos delitos que desde un punto de vista externo a la valoración efectuada por el legislador, sean considerados de igual gravedad; en segundo lugar, la prohibición de establecer la misma pena para conductas que puedan considerarse de distinta gravedad y sancionar una infracción menos grave con una pena mayor a la prevista para una más grave.

9.6. En ese orden de ideas, la configuración de los tipos penales dentro del contexto de una política criminal en sede legislativa requiere un análisis social dirigido a determinar los bienes jurídicos protegidos,



las conductas susceptibles de amenazarlos o lesionarlos y el grado de lesividad que dé lugar a la definición de la cuantía de la pena que deba aplicarse.

Respecto al principio de igualdad en el proceso penal, el tribunal precisó, en la sentencia TC/0337/16, que:

9.9. El principio de igualdad de armas –típico de un sistema penal acusatorio– dentro del marco de un proceso penal, implica que tanto la parte acusadora como la defensa deben tener la posibilidad de acudir ante el juez con los mismos instrumentos, las mismas herramientas, sin que ninguno se encuentre en estado de privilegio, pero tampoco en desventaja.

9.10. No obstante, también es sabido que, partiendo de que el sistema penal responde al ius puniendi estatal, el cual recae especialmente sobre la persona imputada, –poniéndola procesalmente en un estado más vulnerable que a la parte que acusa–, en estos procesos, tanto los derechos como las garantías fundamentales pueden ser objeto de cierta afectación, con el único objetivo de lograr equilibrio y coherencia entre la norma legal y los valores y principios que fundan el orden constitucional.

9.11. Es por ello que, no estando la parte acusadora en una condición idéntica –ni siquiera parecida– a la que se encuentra la persona imputada –quien indiscutiblemente se encuentra en un estado más vulnerable–, no necesariamente el legislador, cuando dispone una extensión de un plazo a favor del segundo, está afectando derechos ni garantías fundamentales del otro, como el principio de igualdad de armas.

9.12. En este sentido, explica la Corte Constitucional de Colombia –Sentencia C536/08– que: El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente

acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.⁵

9.13. Además, explica la misma Corte que: Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.⁶

9.14. Y es precisamente lo que sucede con la norma atacada, la cual, por demás, no puede ser leída de manera aislada, sino sistemáticamente. Cuando el texto dispone que la extensión de plazo procede en caso de sentencia condenatoria para la tramitación de los recursos, es porque el legislador tomó en cuenta, a lo menos, el plazo razonable como una de las garantías de un juicio justo, partiendo de que la duración ilimitada de un proceso y la tardanza de los trámites correspondientes, pueden, a

5 El subrayado es nuestro.

6 Sentencia C-250/12, del veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).



su vez, generar graves abusos y violaciones a los derechos fundamentales del afectado por el peso del ius puniendi del Estado.

Para que un bien jurídico sea penalmente relevante debe ser constitucionalmente razonable, lo que implica una transformación radical de la teoría del bien jurídico. Lo que en principio aparecía como una exigencia ética o superpositiva se ha integrado en el Derecho positivo a través de la Constitución, convirtiendo el juicio externo sobre la justicia o legitimidad de la norma penal en un juicio interno sobre su validez⁷.

Para concluir, es bueno reiterar que:

1. Con la entrada en vigencia de estas nuevas constituciones pasamos de constituciones sin fuerza vinculante a constituciones como normas jurídicas que irradian todo el ordenamiento jurídico.
2. Que las constituciones, hoy en día, son verdaderas fuentes de derecho, de tal manera que el derecho penal, al igual que las demás disciplinas, deben observar los preceptos constitucionales.
3. Los órganos de garantía constitucionales son los encargados de cierre en materia constitucional y son encargados, entre otras funciones, para velar por la guarda y supremacía constitucional. Si la Carta Sustantiva es norma de normas, creemos que todo el derecho, y en especial el derecho penal, debe estar sometido a los preceptos constitucionales.
4. Estas modernas constituciones consagran una serie de principios fundamentales que resguardan aspectos importantes del derecho penal. Todas las normas referenciadas están directamente relacionadas con normas rectoras con el proceso penal y la ley penal, principios y garantías que deben ser observados irrestrictamente en los procesos penales.

7 JORGE PRATS, Eduardo. "Derecho Constitucional. Volumen I." Santo Domingo, República Dominicana. 2010. Iusnovum. Pág. 506.



Finalmente,

“La Constitución es la piedra angular de todas nuestras libertades, guárdala y cuidala; mantén el honor y el orden en tu propia casa, y la República perdurará”.

Gerard Ford



Magistrada Yeni Berenice Reynoso

Licenciada en Derecho. Tiene una maestría en Ciencias Penales en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Es especialista: (i) en Derecho Procesal y Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Costa Rica; (ii) en Femicidio (Centro de Cooperación Española, en Antigua, Guatemala); (iii) en Investigación (International Law Enforcement Academy del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América); y (iv) en Derecho Penal y Procesal Penal (Escuela Nacional del Ministerio Público y la Universidad APEC). También cuenta con un posgrado en Liderazgo en el Miami Dade College y otro en Derechos y Libertades Fundamentales, con doble titulación, del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia y la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), España. Es docente universitaria y en la Escuela Nacional del Ministerio Público. Cuenta con una amplísima experiencia laboral en el Ministerio Público, donde llegó a desempeñar el cargo de procuradora fiscal titular del Distrito Nacional (2011-2018). Actualmente es procuradora general de Corte de Apelación para el Distrito Nacional.

MAGISTRADA YENI BERENICE REYNOSO

El fundamento constitucional para la protección de víctimas y testigos en el sistema penal dominicano

En los antecedentes de la tutela constitucional dominicana de los derechos de las víctimas se encuentra como un acontecimiento de elevada relevancia la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada el 29 de noviembre de noviembre del 1985, que emitió la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, sustentada en la Resolución 40-34, el 29 de noviembre de 1985.

La citada Resolución establece 21 puntos, en los que se refiere a los derechos para acceder a la justicia, los derechos para recibir resarcimiento trato justo, indemnización y asistencia a favor de cualquier persona sin distinción de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, creencias culturales, situación económica, nacimiento, situación familiar o impedimento físico.

A los fines de la Declaración, víctima son “Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. Asimismo dispone que víctimas pueden ser “los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que



hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”¹.

Para la ONU, son víctimas las personas naturales y las jurídicas que sufren daños en los bienes jurídicamente protegidos por las legislaciones internas, especialmente en lo que respecta a la vida, la salud, el honor, la propiedad, el orden social y económico. Por igual es víctima la persona que padece un sufrimiento físico, emocional y social a consecuencia de la violencia, de una conducta violenta a través de acciones u omisiones de ciudadanos que adquieren la condición de delincuentes por transgredir las leyes.

Otro mecanismo de protección de los derechos de la víctima en el ámbito internacional es la Carta Interamericana de Derechos de las Víctimas, la cual indica que las víctimas, sus familias, las personas que figuran como testigos y aquellas en igual situación se encuentran quienes les prestan algún tipo de ayuda. Es indudable que existe un riesgo al exponerse a pérdidas, daños o perjuicio, situación que se agrava cuando se es objeto de un trato inadecuado de parte de los servidores públicos del sector justicia que está llamado a tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales.

La Carta Iberoamericana reconoce que es necesario crear instrumentos efectivos en el sistema de justicia, así como la imperiosa necesidad de definir acciones concretas que visibilicen los derechos de las víctimas y promuevan su abordaje integral, estableciendo como objetivo garantizar y hacer efectivos los derechos de las víctimas de violencia y de delitos, en particular en todo tipo de procesos judiciales de manera integral durante todas las etapas del proceso, así como la reparación del daño causado sin discriminación de ninguna naturaleza.

En las legislaciones que se han elaborado en América Latina, para positivizar los derechos de las víctimas, por lo general se deja fuera el alcance perseguido por la Declaración, en lo que respecta a entender que se puede ser víctima sin tener un vínculo de consanguineidad o una vinculación sentimental con el ofendido directamente, realidad que hace necesario ampliar la visión de quien puede ser víctima, abrirse a posible reglamentación para casuísticas especiales que una “excesiva dogmática

1 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para la víctima de delitos y del abuso del poder, el 29 de noviembre de 1985, Milán, Italia, Resolución No. 40-34.



procesal” podría excluir y dejar de tutelar derecho a personas que tienen la calidad objetiva, pero que procesalmente estarían ante una imposibilidad material de que se le reconozcan sus derechos, porque la norma no les reconoce tal derecho.

Es necesario recordar que en la República Dominicana, es en el año 2001 que la Suprema Corte de Justicia² tuvo que reconocer que la concubina tenía derecho de víctima, respecto a su pareja fallecida, siempre que se pudiera comprobar la razonabilidad del reclamo, que el entonces más alto tribunal de justicia del país consideró que esos requisitos deberían ser varios, pero razonables, como el caso de la convivencia notoria, decisión que demuestra que ha sido necesario que la jurisprudencia avance a un ritmo más ágil que el asambleísta o el legislador. La condición de víctima puede ser definida por circunstancias tan diversas que es difícil de reglamentar de forma absoluta y menos con el tradicional parámetro de grado de consanguinidad o vínculos de unión matrimonial o consensual.

Es imperante amparar a la víctima para evitar la revictimización, tan común como indolente y dolorosa. De hecho, el 33 %³ de las víctimas de violación sexual que ha denunciado casos en el Distrito Nacional han manifestado que sintieron algún tipo de temor para iniciar el proceso penal, porque temen ser señaladas, discriminadas, acusadas de ser las causantes del delito o exponer delante de terceras personas el doloroso relato que implica detallar un delito frente a terceros a quienes quizás nunca se les ha visto la cara, pero que te solicitas dar detalles para fundamentar la imputación precisa de cargos y no siempre se requiere esa información entendiendo la naturaleza y particularidad del tipo penal tan especial que es una violación u otros delitos relacionados con abusos sexuales.

La revictimización suele ser dolorosa y con secuelas severas, por dos razones fundamentales: la sufre una persona que ya es víctima, es decir quien ha pasado una experiencia muy negativa que el legislador ha tipificado esa acción u omisión sufrida como un delito que debe llevar una sanción; por lo general viene de quienes esperamos recibir atención, ayuda o comprensión, como lo es el sistema de justicia, amigos, familiares o

2 República Dominicana. Suprema Corte de Justicia (Cámara Penal). Sentencia, de fecha 17 de octubre del 2001, B.J. 1091.

3 FISCALÍA DEL DISTRITO NACIONAL, 2018, *Informe de Violencia de Género y Delitos Sexuales*. Distrito Nacional: Ariel Liranzo.



relacionados, que no siempre tienen la reacción que se espera o la necesaria para dar respuesta a una víctima de un delito tan especial como suele ser cualquier delito que lesiona los derechos sexuales de una persona.

Al denunciar un delito, la víctima inicia el contacto con el sistema de justicia penal, con el objetivo de buscar respuesta al daño que ha sufrido producto de la acción u omisión de la que ha sido objeto. No obstante, en muchas ocasiones ese encuentro con los servidores del sistema no es tan amigable, ya que se presentan con regularidad reportes y quejas por trato ofensivo, y casos en los que las víctimas llegan a padecer un sufrimiento mayor que aquel que le generó el delito inicial, quedando revictimizada por los profesionales que intervienen en el proceso y que están llamados a protegerla en algunos casos o a tutelar de manera imparcial sus derechos, dependiendo del rol de cada actor del sistema de justicia penal, pero en ningún escenario se espera un daño voluntario o involuntario.

La revictimización, a partir del avance de los derechos de las víctimas y de su constitucionalización, ha ganado espacio, por lo que estudiarla y medirla es cada día más frecuente, y resulta de gran impacto para tutelar de manera efectiva los derechos de las víctimas. Cada día se hace necesario y de vital importancia tener las herramientas necesarias que permitan identificar y disminuir la revictimización en los espacios de atención a víctimas.

En la actualidad, existen varios instrumentos de medición de lo que pasa una víctima en el proceso, entre ellos hay que destacar el método SAMANTO que mide actitudes revictimizantes de los operadores del sistema con el objetivo de cambiar a un sistema que otorgue un trato amigable, cálido y de calidad, que no autocensure a las víctimas, contribuyendo a reducir la cifra negra o evitar el desistimiento, porque estas causales de no procesabilidad de la acción tienen en la actualidad una alta incidencia en el proceso penal, por ejemplo los delitos que el legislador ha establecido que son a instancia privada, como el robo sin arma y lesión, la estafa, abuso de confianza, entre otros.

De cada 10 casos⁴ a instancia privada que entra al sistema penal dominicano, al menos 6 tienen de obstáculo para llegar hasta al juicio de

4 FISCALÍA DEL DISTRITO NACIONAL, 2018, *Informe de Atención a Víctimas*. Distrito Nacional: Ariel Liranzo.



fondo, la mayoría de las excusas que las víctimas dan para no continuar el proceso tienen que ver con razones de revictimización, que pueden ser salvables con un cambio de cultura que tenga como eje principal entender la realidad de cada víctima y lo que implica el proceso penal para una persona que por lo general tiene poco conocimiento de lo que es, pero sobre todo es necesario que los actores del sistema entiendan que la víctima es más que un número de expediente o caso; son seres humanos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y tienen derecho a una respuesta oportuna y de calidad.

En sentido general, el impacto del delito llega a tener consecuencias de tal gravedad, generando modificaciones crueles en la vida de la víctima, la de sus familiares y sus allegados, que en numerosos casos estas alteraciones llegan a ser totalmente irreversibles, en virtud de la secuelas que pueden trascender en el tiempo, llegar hasta el final de la existencia e incluso pasar a los familiares y relacionados, como suele ser en delitos de lesión permanente y otros que lesionan la calidad de vida de la persona.

Un enfoque interesante que da la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder y que por lo general no se encuentra con un trato diferenciado, en las constituciones ni las legislaciones de la región que han regulado la tutela de los derechos de la víctima, es lo relativo a la tutela de las víctimas menores, con un enfoque especializado, de ahí que es importante resaltar el hecho de que la Declaración otorgue una relevancia especial a la definición de niños víctimas y testigos, al considerarlos como: “Aquellos menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes”.

Se dedica un apartado para señalar directrices para que los Estados miembros brinden atención a niños víctimas y testigos de delitos, incluyendo los principios generales de los Derechos del Niño, como son: dignidad, no discriminación, interés superior del niño y derecho a la participación. En la República Dominicana estas recomendaciones fueron incluidas en el Código para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, legislación que ha recibido justo reconocimiento en lo que respeta a su contenido, una realidad distinta a la valoración de la efectividad de su aplicación.

Teniendo como preámbulo un marco internacional dirigido a tutelar de manera más efectiva los derechos de la víctima, en la Constitución



Dominicana del 2010, el asambleísta siguió la corriente de los países que estaban dando pasos de avance en favor de un sistema de protección más justo y razonable para las víctimas como los casos de Costa Rica y Colombia. La constitucionalización de la tutela de los derechos de la víctima fue incorporada de manera expresa cuando el constituyente dispone: “Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: El derecho a una justicia, oportuna y gratuita”. Esta es la tutela implícita al acceso a la justicia”⁵.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, como lo reconoce la Constitución dominicana, los principales tratados internacionales sobre la materia, así como los marcos constitucionales de la región. La efectividad del acceso a la justicia requiere la obligación estatal de garantizar la existencia de un sistema judicial libre, independiente y eficaz, al que toda persona sin ningún tipo de discriminación, pueda acceder para exigir la reparación de sus derechos vulnerados. El acceso efectivo a la justicia básicamente se enfoca en que las personas conozcan de los derechos que son titulares y sobre todo, cuenten con los mecanismos necesarios para exigirlos.

En el panorama internacional, sobre todo europeo, puede observarse que las víctimas de delitos tienen distintos niveles de protección y apoyo, pero la realidad latinoamericana sigue mostrando obstáculos tradicionales que impiden un acceso de calidad y oportuno al sistema judicial. La dilación de la repuesta que le debe dar al que accede a la justicia es hoy una realidad común a la mayoría de los países de la región.

La revictimización que reciben con frecuencia, unida a la mora injustificada en las investigaciones y el procesamiento de los delitos, la no realización de pruebas periciales clave para lograr la identificación de los responsables, la escasa práctica de pruebas científicas, hacen que el testimonio de la víctima sea el centro de muchos procesos, lo que lleva a una carga emocional que puede resultar insalvable y el caso terminar con un retiro o desistimiento de la víctima.

La participación en el proceso judicial no puede traducirse en un factor adicional de vulnerabilidad para la víctima. Es necesario que las

5 Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial No. 10561.1. p. 55.



investigaciones evolucionen y se consoliden con una mayor profundidad de las indagatorias, para evitar que el peso de ser víctima tenga que ser recargado con la responsabilidad que implica ser la prueba única o por excelencia de un proceso penal. La condición de víctima nunca debe ser relegada a un segundo plano, para dar prioridad a la de testigo, de ahí que hoy hay discusiones interesantes en las que se plantea la posibilidad de que una víctima sea un testigo opcional, aunque es evidente que esta teoría choca con la esencia de la prueba testimonial en un sistema acusatorio que considera inapropiado establecer tacha de testigo.

El delito lesiona la sociedad, sin duda genera impacto social, en mayor o menor grado, dependiendo de las características particulares del caso en concreto, pero también tienen un efecto específico en las personas, en su familia y el entorno en el que se desarrolla. No es posible tutelar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia sin reconocer el impacto del delito más allá de las lesiones visibles y el evidente impacto de la acción u omisión.

La dignidad y el respeto en el proceso no solo son tuteladas que le deben al acusado, por igual debe respetarse y hacerse efectiva para la víctima. Es hora de empezar a hablar de equilibrio procesal entre las partes, a pesar de que procesalmente se habla de igualdad, que en la práctica no existe tal igualdad. Es necesario hacer un cambio de enfoque que sustente las diferenciaciones necesarias entre las partes procesales, pero que abogue por la equidad en la tutela de aquellos derechos que tienen que son de naturaleza inalienable al ser humano, sin importar si es víctima, fiscal o imputado.

La vulnerabilidad suele ser una secuela común entre las víctimas, pero no es un aspecto común igualitario, tiene fuertes rasgos diferenciadores, no todas las víctimas sufren la vulnerabilidad en las mismas condiciones o reaccionan de la misma manera. Hay factores diversos que deben ser valorados de manera objetiva, para cada caso en concreto, de ahí que se hace necesario protocolizar lo básico, nunca la esencia de la atención. La tutela a la dignidad es difícil protocolizarla de manera exacta, hay que vivirla y apreciarla en el caso a caso para evitar convertirse en un burócrata que cumple procedimientos, pero que se olvida de alcanzar el objetivo.

Las condiciones de vulnerabilidad particulares que se derivan no solo de la situación de la persona sino también de la naturaleza o tipo del hecho sufrido por lo que se debe otorgar un trato adecuado, en relación a esas



diferencias. Existen víctimas de delitos económicos, crimen organizado, atentado contra la vida, violaciones, violencia de género e intrafamiliar, víctimas de guerra, conflictos, víctimas con capacidades especiales, trata de personas, delitos electrónicos, robo de identidad, entre otras.

Es necesario considerar otros aspectos distintivos entre una víctima y otra como son su edad, sus antecedentes, educación, daño psicológico, etnia, dificultad frente al idioma, preferencia sexual, religión, y en función de sus necesidades específicas debe ser la tutela y las condiciones que debe tener la puerta de entrada que le permita el acceso a la justicia de cada víctima, porque es indispensable entender que ninguna víctima es exactamente igual a otra.

Considerando esa realidad diferenciadora entre las víctimas, la Constitución dispone en el artículo 42.2: “Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantizará mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.⁶ La tutela especializada a víctimas de violencia de género e intrafamiliar era necesaria, ya que la principal causa de muerte violenta de la mujer dominicana es la violencia femenicida, además el delito de violencia de género e intrafamiliar es el tercer delito que más víctimas genera en República Dominicana.

En la Fiscalía del Distrito Nacional, para materializar la aspiración del constituyente se ha tomado una serie de pautas mínimas que se deben observar para dar una atención especializada tendente a dar una protección diferenciada con relación a otras víctimas, lo que ha permitido que sea una de las jurisdicciones con la tasa más baja de feminicidio del país. Entre las medidas tomadas destacan: dar asistencia psicológica y terapéutica a la víctima, gestionarle un crédito que le permita emprender una actividad económica que le garantice la independencia de no tener que volver con el victimario por dependencia económica, nunca confrontar a la víctima con su agresor, crearle una red de apoyo necesaria para evitar presión social, garantizar el desarme y alejamiento del agresor, evitar que la víctima tenga que referir, en repetidas ocasiones, el terrible daño sufrido.

Continuando con la consolidación de la tutela constitucional de los derechos de la víctima, el asambleísta dispuso, en el párrafo del artículo 169,

6 Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial No. 10561.1. p.37.



de la Constitución: “En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público garantizará los derechos fundamentales que asisten a ciudadanos y ciudadanas, promoverá la resolución alternativa de disputas, dispondrá **la protección de víctimas** y testigos y defenderá el interés público tutelado por la ley”⁷.

Al principal órgano persecutor y responsable de aplicar la política criminal del Estado, se le ha dado la importante tarea de tutelar los derechos de la víctima, de protegerla. De hecho, el Ministerio Público tiene dentro de la Dirección Nacional de Persecución, la Unidad de Protección a Víctimas y Testigos, que ha ingresado una cantidad considerable de personas para su protección, pero que en realidad no tiene los recursos necesarios para crear un sistema integrado de protección que implique cubrir cuestiones que van desde cambio de identidad, ciudad, trabajo y otras acciones que llevan un costo de consideración pero que son necesarias e indispensables en casos, sobre todo, de crimen organizado, en el que el testimonio de la víctima puede implicar un alto riesgo de muerte que debe ser evitado utilizando los recursos necesarios para cumplir con el mandato constitucional.

Es necesario que el sistema de protección a víctimas y testigos cuente con una fuente de financiamiento independiente del presupuesto del Ministerio Público, e incluso en algunos países este es un fondo especial, que tiene su propia fuente de sostenibilidad sino del presupuesto nacional con una tasa judicial a acciones que realizan los imputados, como podrían ser las conclusiones de defensa u otras acciones que no sean de naturaleza constitucional, como el derecho de defensa. Particularmente, entendemos que en un país en el que aproximadamente el 82 %⁸ de los imputados terminan en las oficinas de la Defensoría Pública, es inviable crear un impuesto a acciones de los imputados, por lo que es más razonable que se asigne un presupuesto directo en el Presupuesto Nacional.

Otra discusión, que suele ser recurrente, es si debería crearse una representación nacional de las víctimas fuera del Ministerio Público, para que la atención sea más especializada y así evitar que el cumplimiento de las exigencias del Ministerio Público en materia de persecución le quite tiempo y energía para cumplir el rol de tutelar de manera integral los

7 Idem.

8 HILDALGO, Tania, 2015. Defensoría Pública. *Periódico Hoy*. Distrito Nacional



derechos de la víctima. Realmente, ese no es el principal problema. Más que la ubicación de la unidad, lo importante es dotarla de un capital humano eficiente y los recursos económicos indispensables para cubrir las demandas básicas del servicio.

Otra conquista constitucional que se puede exhibir en la República Dominicana es el reconocimiento del constituyente al derecho a la asistencia legal gratuita que tiene la víctima, derecho que se expone de manera clara al establecer en artículo 177 de la Carta Magna: “El Estado será responsable de organizar programas y servicios de asistencia legal gratuita a favor de las personas que carezcan de los recursos económicos para obtener una representación judicial de sus intereses, particularmente para la protección de los derechos de la víctima, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Ministerio Público en el ámbito del proceso penal”⁹.

La asistencia legal gratuita, en la práctica, a pesar de que fue dispuesta constitucionalmente en 2010, todavía no tiene una aplicación total. Las limitaciones económicas que tiene la Oficina Nacional de Atención a Víctimas han impedido que se concrete a los mismos niveles que hoy puede decirse, con sus deficiencias, pero con mayores logros, tiene la Defensoría Pública. También es necesaria una transformación cultural, que entienda y valore como atípico que la víctima no esté representada por representante legal que pueda demandar el reparo del daño sufrido, por vía de la indemnización, cuestión que en la actualidad le está vedado al Ministerio Público. En términos generales, son diversos los derechos que se depreden del derecho a la asistencia legal gratuita.

Las diferencias entre una víctima y un querellante constituido en actor civil en un proceso son fundamentales, si bien es cierto, la condición de víctima es de naturaleza irrenunciable, nadie puede renunciar a ella, mientras que la de querellante no tiene tal característica y de hecho es absolutamente opcional, se tienen derechos y facultades que den o estar asistido por un representante legal no es posible hacer uso racional de ello, como son:

- a. **El derecho a poder presentar una acusación alterna**, distinta a la del Ministerio Público. Es posible que la víctima no esté con-



forme con la investigación hecha por el fiscal, o que no comparta su plano fáctico, la calificación jurídica o el ofrecimiento de las pruebas para sustentarle acto conclusivo. Ahí se le reactiva su derecho a presentar una acusación alterna, posterior a la exigencia procesal de que se le notifique su acusación, para que ella decida si se adhiere o no.

- b. **Derecho a solicitar conclusiones distintas a la del Ministerio Público:** lo ideal en un proceso es que el fiscal y el querellante puedan ir juntos en el proceso, y no tengan diferencias mayores en lo referente a sus conclusiones, pero no siempre se puede alcanzar este nivel de sinergia, que no implica que la postura del acusador público o la de la víctima se debilite, simplemente es una manifestación del derecho a tener enfoques diferentes en el proceso.
- c. **Derecho a solicitar una indemnización:** la indemnización económica le está vedada al fiscal, esa es una solicitud que solo puede hacerla la víctima que tiene representante legal en el proceso. No se debe olvidar que la víctima, además de la secuela física y psicológica que el delito trae consecuencias económicas que suelen impactar las finanzas del ofendido, de la asistencia médica o la imposibilidad de continuar con el trabajo, la obligación de cambiar de residencia. Así como son frecuentes las secuelas, pueden ser de distintos los daños económicos que puede sufrir una víctima, razón más que suficiente para que siempre pueda tener el derecho a demandar una justa indemnización por el daño sufrido.
- d. **Solicitar la conversión:** la víctima no necesita ser querellante para solicitar la conversión de la acción penal a instancia privada, en acción penal privada, pero para poder llevar el proceso por vía de la instancia privada sí lo requiere.
- e. **Solicitar medidas conservatorias:** necesariamente la víctima necesita la asistencia legal que tiene un querellante para pedir medidas conservatorias ante el juez o tribunal competente.



El derecho a la asistencia legal gratuita de la víctima implica la posibilidad objetiva de reparación del daño, de un acceso más efectivo a la justicia. Las víctimas por lo general tienen un interés legítimo en que se haga justicia en su caso, deben ser oídas con estricto apego a la tutela de sus derechos. Tienen derecho a la reparación del daño sufrido y a recuperar su condición anterior al hecho delictivo, a pesar de que esta es una aspiración de imposible concreción, en casos como violación, homicidio, feminicidio, actos de tortura y barbarie, entre otros.

Ser querellante implica para la víctima tener en la mira un aspecto más a la del punitivo, la finalidad trasciende el objetivo de la sanción, para buscar por lo general una reparación que va más allá del aspecto sancionador. La víctima querellante es parte activa de la decisión y suele estar más informada de los riesgos y posible reparación que puede encontrar en el proceso. El sistema acusatorio, aun el moderado, como el dominicano, atribuye al Ministerio Público un cuasi monopolio de la acción penal que limita la participación activa de la víctima, pero es posible desde la modificación de la normativa procesal penal ampliar ese catálogo de derecho del ofendido, sin tener que depender de las acciones que se le activan a partir de que el Ministerio Público acciona, pero qué ocurre cuándo el acusador público no acciona por negligencia o por estar atado a intereses.

La diferencia más relevante que existe entre la víctima constituida en parte y la que no lo está, es en lo que respecta a la representación legal y la consecuencia jurídica de esa representación. El querellante constituido en actor civil tiene derecho y beneficios que la víctima no tiene, como lo es el derecho a presentar un acto conclusivo distinto al del fiscal, pedir sanción penal e indemnización económica.

En algunos momentos de reforma se ha discutido sobre si es posible otorgarle al Ministerio Público la facultad de que pueda pedir indemnización para la víctima no constituida en actor civil, esto para resolver dos cuestiones: por un lado, la falta de recursos necesarios para establecer el sistema nacional de protección a víctimas, y por el otro, garantizar que por falta de abogado nadie que haya sufrido un perjuicio producto de un delito se quede sin recibir una indemnización justa. Esta postura es interesante, pero no deja de ser controversial. Hay quienes entienden que sería desnaturalizar la esencia del Ministerio Público y entrarlo a un terreno que históricamente no ha sido su competencia y que en la práctica podría



lesionar severamente su principio de objetividad, además de que tendría que hacer una investigación paralela sobre aspectos financieros, para justificar las solicitudes de indemnización. Estos no dejan de ser elementos interesantes de la cuestión, pero mientras la discusión se diluye, las víctimas siguen sin tener representación, sintiéndose desprotegidas frente a un acusado al que sí se le brinda el servicio de defensa técnica gratuita, por lo general siendo la asistencia oportuna y de calidad.

La tutela efectiva de los derechos de las víctimas está íntimamente relacionada con la confiabilidad y transparencia del sistema de la administración de justicia. La protección de los derechos de las víctimas, tiene consecuencias directas en las estructuras sociales y económicas de los Estados, porque la tutela de los derechos de las víctimas implica una disminución de la impunidad y un impacto en la tasa de criminalidad, de ahí que es razonable establecer una estrecha vinculación entre violación a los derechos de la víctima, impunidad y criminalidad.

Es necesario que todas las garantías procesales que tienen las víctimas, ya con respaldo constitucional, puedan ser materializadas, porque una legislación inefectiva en su aplicación no puede ser exhibida más que como un logro para la infracción penal, nunca para el sistema de garantía de las partes del proceso. La legislación penal debe ser acompañada de políticas públicas, planes y programas, medibles y reformables. El sistema de justicia debe ofrecer servicios de calidad facilitando el acceso, humanizando la respuesta y viendo los procesos como historia de vida que trastocan la vida de los seres humanos, sobre todo de las partes más activas como la víctima o el imputado.

Desde finales de la década de los 90, en la mayoría de los países iberoamericanos iniciaron reformas de su sistema procesal penal, la mayoría asumieron un sistema acusatorio moderado, con pocas diferencias entre países como Costa Rica, Colombia, El Salvador o Panamá o la República Dominicana. El sistema acusatorio elimina el monopolio de la acción penal y ya el fiscal o el juez instructor no tienen el control del proceso de manera total; existen principios que obligan a poner la víctima en el centro del proceso.

El legislador dispuso como principio en el Código Procesal Penal: “**Solución del conflicto.** Los tribunales procuran resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía social. En todo caso, al proceso penal se le reconoce el carácter de



medida extrema de la política criminal¹⁰. En estas figuras jurídicas que son relevantes en el sistema acusatorio, la víctima tiene un papel de primer orden e indispensable para concretizarla o permitir que otras se alcance sin la objeción litigiosa de la víctima, entre la que se pueden destacar:

El Criterio de Oportunidad; en virtud de las disposiciones del artículo 34 del Código Procesal Penal dominicano, el Ministerio Público tiene la facultad de aplicar un criterio de oportunidad al imputado, siempre que se den una serie de condiciones, entre las que destacan que el delito no se sancione con una pena mayor a 3 años, que se haya reparado el daño causado. En todo caso la víctima que no esté de acuerdo tiene el derecho de objetar ante el juez de instrucción la aplicación del Criterio de Oportunidad.

- **En la conciliación:** la conciliación solo es posible si la víctima da su consentimiento. Siempre es importante evitar la revictimización en ese escenario en el que no se puede olvidar quién es la víctima. De hecho, el legislador, convencido de esa realidad, ha limitado la aplicación de la conciliación en los casos de contravenciones, infracciones de acción privada, infracciones de acción pública a instancia privada, homicidio culposo e infracciones que admiten la suspensión condicional de la pena.
- **En la mediación.** La mediación requiere una aceptación de parte de la víctima. Su voluntad, que debe ser libre, es indispensable para concretizar la solución ordinaria del proceso. A la mediación se le debe reconocer ser una figura jurídica, menos invasiva, pacificadora, económica, que otras soluciones ordinarias que suelen tener mayor popularidad ciudadana, pero no necesariamente esto implique una tutela más eficiente de los derechos de la víctima.
- **La suspensión condicional** del proceso es una salida alterna al proceso ordinario en la que es posible, con el consentimiento de

10 Ley 72-02, de fecha 19 de Julio del 2002, modificada por la Ley 10-15 del 10 de febrero del 2015, G.O. No. 107791



la víctima, llegar a un acuerdo con el imputado, sobre la base de que él acepte los hechos y se someta al pleno cumplimiento de las medidas acordadas. Durante el transcurso del período de prueba, el papel de la víctima es determinante. Con oposición de ella no es posible la suspensión condicional del procedimiento.

- **La conversión de la acción penal a instancia privada**, en acción privada es también una facultad que el legislador le ha conferido de manera exclusiva a la víctima. De hecho, los tribunales del Distrito Nacional han sido reiterativos en decidir que no es posible que el imputado solicite la conversión o que pueda objetar su aplicación, porque razonablemente esta es una facultad conferida de manera exclusiva a la víctima.
- **El juicio penal abreviado**, el juicio penal abreviado, tanto el pleno como el parcial requieren aprobación de la víctima para que el fiscal y el acusado puedan presentar válidamente la solicitud del penal abreviado parcial ante el juez de instrucción, en el que acepta los hechos y la pena, todos los autores que han escrito sobre esta figura jurídica coinciden en aseverar que su aplicación solo es posible con la plena y libre voluntad de la víctima. En la práctica no es común encontrar divergencia sobre esta figura jurídica, no hay indicadores relevantes, que muestren que el fiscal acostumbra a solicitarla sin el consentimiento de la víctima y es lógico y razonable que así sea. El ofendido, directa o indirectamente, debe tener poder de decisión en estos casos.

La víctima tiene una participación activa, en algunas de las salidas atípicas, para ponerle fin al proceso. Cuando la víctima abandona la acusación o retira la instancia privada que le ha otorgado al fiscal, asimismo el fallecimiento de la víctima, en caso que sus herederos no continúen la acción.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de los Derechos Humanos¹¹, en fecha 25 de octubre de 2012, dispuso pautas mínimas

11 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de los Derechos Humanos, de 25 de octubre de 2012, relativas a la pautas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de



sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Sin dudas, aunque considerados tardíos, estos lineamientos mínimos representan una iniciativa importante de la Unión Europea, en tutela de los derechos de la víctima. Es necesario que los países fortalezcan el sistema legal de protección de los derechos de la víctima con énfasis en el derecho a la representación legal, a la igualdad, respeto a su dignidad, dejando establecido su derecho a declarar y a ser informada de todo lo relativo al proceso, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito. Asimismo es necesario dar prioridad a una atención especializada atendiendo las circunstancias especiales del delito y la situación de vulnerabilidad de la víctima.

Para la víctima tener derecho en el proceso e intervenir en el mismo no tiene la obligación de constituirse como querellante y actor civil, calidades de la que es posible renunciar o desistir, o que el fiscal, juez o tribunal entienda que hay vicios procesales para no reconocerle tal calidad a la víctima, pero la condición de víctima es irrenunciable y su reconocimiento no está sujeto a formalidades procesales sino a cumplimiento de calidad de naturaleza clara o no sujeta a interpretación. En ese sentido se le reconoce, en el sistema judicial dominicano, a la víctima no constituida los derechos procesales que le permiten intervenir en su caso, a saber:

- Intervención en el procedimiento.
- Solicitud conversión
- Ser testigo de su propia causa
- Oponerse u objetar archivo
- Objetar la aplicación del Criterio de Oportunidad
- Hacer una manifestación inicial, luego de presentada la acusación del fiscal. En la práctica, la mayoría de los tribunales solo se lo permiten al imputado, pero entendemos que por una aplicación combinada de artículo 39 de la Constitución sobre la tutela judicial efectiva y los principios 11 y 12, que tutelan la igualdad ante la ley y la igualdad entre las partes, la víctima no constituida también debe reconocérsele el derecho de referirse a la acusación,



posterior a la acusación del Ministerio Público y previo a que el acusado lo haga.

- Aunque no es el criterio mayoritariamente aceptado por los tribunales, a nivel nacional, la víctima tiene el derecho a ser asistida de un abogado de su elección, sin estar constituida, para que le asista y le asesore e incluso pueda hacer conclusiones como parte. Ahora bien, los beneficios del querellante y actor civil le están vedados sin el cumplimiento de esta formalidad.
- Hacer una manifestación final en el proceso.

Erróneamente se entiende, en algunas jurisdicciones, que la víctima denunciante no es parte del proceso, porque al denunciante no se le reconoce esta calidad, cuestión que es una verdad no controvertida, pero la víctima no es parte del proceso por ser denunciante, ya que la condición de víctima no está vinculada a la facultad de denunciar sino a la ofensa y el daño que determinada persona física o moral reciban en circunstancia que el legislador tipifica como delito para proteger un bien jurídico y es aquí que se concretiza lo que es el principio de legalidad penal.

En definitiva, es preciso reconocer que la Constitución del 2010, ha sido un impulso valioso para consolidar la protección de los derechos de las víctimas. Es evidente que hay un marco jurídico interesante, pero requiere una legislación especial que permita ampliar la esfera de la tutela. Además, es necesario tener una fuente de ingreso que garantice un presupuesto razonable para evitar falta de capital humano y recursos económicos indispensables para hacer una tutela efectiva de los derechos de las víctimas.

Bibliografía

Artículo de periódico:

HILDALGO, Tania, 2015. Defensoría Pública. *Periódico Hoy*. Distrito Nacional

Convenios:

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, sustentada en la Resolución 40-34, el 29 de noviembre de 1985 {Consulta: 1 de septiembre 2016}. Disponible



en:<http://www.endvawnnow.org/es/articles/565-derechos-de-las-victimas-de-delitos.html>}

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de los Derechos Humanos, de 25 de octubre de 2012, relativas a las pautas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

Constitución dominicana

Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial No. 10561.1, p. 37.

Informe:

FISCALÍA DEL DISTRITO NACIONAL, 2018, *Informe de Atención a Víctimas*. Distrito Nacional: Ariel Liranzo.

FISCALÍA DEL DISTRITO NACIONAL, 2018, *Informe de Violencia de Género y Delitos Sexuales*. Distrito Nacional: Ariel Liranzo

Jurisprudencia:

República Dominicana. Suprema Corte de Justicia (Cámara Penal). Sentencia, de fecha 17 de octubre del 2001, B.J. 1091.

Legislación:

Ley 72-02, de fecha 19 de Julio del 2002, modificada por la Ley 10-15 del 10 de febrero del 2015, G.O. No. 10779

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

**Dra. Patricia Tatiana Ordeñana Sierra,
ex Jueza de la Corte Constitucional del Ecuador**



Dra. Patricia Tatiana Ordeñana Sierra

Licenciada en Ciencias Sociales y Políticas, abogada, doctora en Jurisprudencia y Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Guayaquil, Ecuador. Es magister en Derecho Civil: Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona, España; obtuvo el título de Especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), España; también tiene posgrado en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, Argentina y un máster en Derecho Constitucional por la UCLM. Actualmente es candidata a Doctora (PhD) en Derecho por la UCLM. Dentro de su experiencia profesional ha efectuado numerosas consultorías y asesorías y ha desempeñado funciones como coordinadora del Centro de Atención, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer, entre otras; actualmente es jueza de la Corte Constitucional del Ecuador. Ha impartido cátedra en varias universidades latinoamericanas y es una activa investigadora, autora de múltiples ensayos y artículos publicados en revistas especializadas.

1) Introducción

La doctrina constitucional occidental inició con la promulgación de cartas fundacionales de los Estados, que fueron el producto de una serie de acuerdos políticos, basados en el concepto de democracia imperante en la época (formal). Sin embargo, con el pasar del tiempo se empezó a observar la necesidad de exigibilidad de derechos y de mayor participación ciudadana en la toma de decisiones relativas al gobierno.

La idea del interés general, si bien no dejó de existir, empezó a ser insuficiente para poder coadyuvar al desarrollo del Estado, por las marcadas diferencias que podían existir dentro de cada modelo de gobierno. En este contexto, existía –y existe hasta la actualidad- la necesidad de la firmeza de los acuerdos politicossociales y su exigibilidad.

Esto se comienza a observar en la progresión que existe en el ámbito constitucional con la promulgación de la Constitución de Weimar en Alemania en el año 1919, en la cual se comenzó a discutir de ciertos temas relativos a derechos sociales que iban más allá de la organización del Estado.

De igual forma, luego de la Segunda Guerra Mundial, se comenzaron a realizar acuerdos y cambios dentro de las estructuras de los estados. El denominado Estado constitucional empezó a fundamentarse en dos principios básicos: **a)** la Constitución como la norma que encabeza el ordenamiento jurídico, es decir, como norma jurídica; y, **b)** en la necesidad de un órgano cuya función sea velar por el cumplimiento de los pactos alcanzados dentro de las cartas constitucionales. Esto, sin dudas, nos lleva al debate sostenido entre Carl Schmitt y Hans Kelsen respecto de quién es el encargado de interpretar la Constitución, así como de cuál es el contexto tecnicojurídico o político en el que se realiza.

En suma, la Constitución pasó por un proceso netamente político –marcado por los acuerdos políticos que le dieron origen-, para, posteriormente a ello, ser considerada como una auténtica norma jurídica revestida de validez y eficacia –surgida de la voluntad popular, expresada en el poder constituyente-.



A partir de aquello, los textos constitucionales, no solamente se constituyen en cartas políticas, sino en instrumentos legales, que contemplan la inclusión de una parte dogmática dentro de su contenido; encabezado por el respeto y reconocimiento de los derechos humanos de las personas, así como de las garantías necesarias para propender a su cumplimiento.

Cabe resaltar que ahora, el gobernante está obligado al respeto de los derechos humanos de las personas, sin que ello tenga relación con su voluntad política, sino que se lo hace en base al obligatorio cumplimiento de los acuerdos expresados dentro del texto constitucional; lo contrario sería retornar al modelo político de una carta de buenas intenciones llena de normas programáticas dependientes de fluctuaciones económicas y disposiciones politicogubernamentales transitorias.

Sin embargo, esto no quiere decir que se desconozca la existencia de procesos internos que faciliten o dificulten el desarrollo de los derechos humanos, pues, sin duda existen procesos políticos, culturales, económicos y jurídicos que influirán directamente en la forma en que se comprende la realidad de las personas y la manera en que el Estado actuará para cumplir con las obligaciones que contrajo.

Uno de estos procesos internos a los que se hace referencia es la creación normativa, entendida en un primer momento como la demarcación del contenido esencial de ciertos derechos, entre ellos, los relativos a las relaciones entre trabajadores y empleadores. Este proceso, en primer término, responde al devenir normal de una ley dentro del legislativo, y luego en su aplicación dentro de la realidad nacional. Sin embargo, en casos particulares, puede tomar otros matices delineados por la interdependencia de los derechos, el género, entre otros factores, que requieren de una resolución distinta de los litigios laborales ordinarios.

Asimismo, esta realidad hace imperante la necesidad de la incorporación y desarrollo de estándares, así como de cambios en las normas infraconstitucionales marcadas por un horizonte de respeto a los derechos de las personas, para lo cual, los jueces constitucionales adquieren la facultad de resolver las garantías encaminadas a reparar las vulneraciones a derechos humanos dentro de un sistema constitucional y, para ello, de interpretar y dotar de contenido a los derechos y a las disposiciones constitucionales que los enmarcan.

2) Estado constitucional de derechos y justicia

En el caso ecuatoriano, esta nueva realidad se cristalizó en la Constitución de la República expedida el 20 de octubre de 2008, mediante la cual se transformó sustancialmente el paradigma jurídico-constitucional del país. Uno de los primeros avances hacia el cumplimiento de los derechos humanos fue el establecimiento del “*Estado Constitucional de Derechos y Justicia*.”¹, que reforzó la unión entre la Constitución y los derechos de las personas, así como la necesidad de su cumplimiento, no solo como obligación, sino como objetivo para el desarrollo del Estado. De tal forma, al incorporar este concepto, la Norma Suprema estructuró un modelo constitucional cuyos ejes principales se asientan, por una parte, en el principio de supremacía constitucional y, por otra parte, en la garantía plena de los derechos constitucionales.

Así también, la Constitución del Ecuador desarrolló un amplio catálogo de derechos, entre los que constan el derecho al trabajo, al cual se lo consideró como “*un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía*”².

En igual sentido, el texto constitucional determinó como obligación del Estado la garantía de “*el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado*”³.

En el Ecuador, como forma de garantizar el cumplimiento de este mandato, se crearon varias garantías jurisdiccionales destinadas a reparar vulneraciones, o exigir el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, entre ellas, la acción de protección y la acción extraordinaria de protección. Dentro de este contexto, la Corte Constitucional ecuatoriana, a partir de sus sentencias en casos particulares, desarrolla estándares que paulatinamente transforman el contenido del derecho al trabajo.

1 Constitución de la República del Ecuador, artículo 1.

2 Constitución de la República del Ecuador, artículo 33.

3 *Ibidem*.



3) Doctrina jurisprudencial expedida por la Corte Constitucional del Ecuador

A continuación, se hará referencia a varias de las sentencias emblemáticas que la Corte Constitucional del Ecuador emitió, con el fin de garantizar el goce y ejercicio del derecho al trabajo en dicho país y, a su vez, la forma en que procedió para evitar futuras vulneraciones a derechos como garantía de no repetición dentro de la reparación integral. Cabe resaltar que dentro de las sentencias se toma en consideración la relación del derecho al trabajo con otros derechos en cada caso en particular, pues, sin duda, no se puede dejar de reconocer su interdependencia⁴.

El caso N.º 2649-16-EP, versa sobre una profesora, empleada pública del ministerio de Educación, quien fue diagnosticada con cáncer, y por tal razón, solicitó recibir, por parte de su empleador, un trato diferenciado con relación a la cantidad de horas en las que podía trabajar, a fin de continuar con sus actividades y atender sus necesidades médicas. La accionante afirmó que se estaba vulnerando su derecho al trabajo y a la salud, al negársele el pedido que estaba realizando.

Al respecto, una de las primeras consideraciones que la Corte Constitucional realizó fue relativa al contenido mínimo del derecho al trabajo; en este sentido, se determinó que este derecho constitucional requiere de ciertos mínimos, que en el presente caso, estaban dados por las necesidades de salud de una persona. Se dispusieron como medidas de reparación integral cómo deberían proceder las autoridades. Lo primero, mantener la programación académica que la docente había tenido al iniciar el año lectivo (pues fue durante el transcurso del mismo que se realizaron cambios), segundo, reafirmar las obligaciones mínimas que debía cumplir la accionante, excluyéndola de ser tutora de alguno de los cursos como forma de precautelar su salud.

Cabe resaltar que la sentencia, si bien crea un trato preferente, se lo realiza a partir de una condición médica que requiere de atención especial. De igual forma, que la condición que se otorga a la profesora toma en cuenta el cargo que desempeña, pues, por el trabajo que desempeña, no se

4 La primera vez que fue reconocida internacionalmente la interdependencia de los derechos fue en la Declaración y Programa de Acción de Viena, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

desnaturaliza la labor para la que fue contratada; de hecho, las formas de reparación se encuentran dentro de las posibilidades de los empleadores, sin que ello implique una disminución en la fuerza de trabajo que reciben.

Este caso surtió efectos interpartes; sin embargo, existieron otros casos en los cuales, las características de la persona se pueden observar en varios sujetos y, por ello, la Corte Constitucional adoptó medidas generales, con el fin de evitar futuras vulneraciones a derechos humanos. A continuación, haré referencia a varias sentencias que modificaron el contenido legal de varias normas jurídicas previas, con la finalidad de precautelar los derechos de varios grupos de personas:

La Corte Constitucional, en la sentencia N.º 172-18-SEP-CC determinó mediante sentencia aditiva que no se podía cesar de forma definitiva, por compra de renuncia con indemnización, a los funcionarios públicos que tuvieran una discapacidad o que tuvieran a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente, unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.

Este pronunciamiento se realizó dentro del caso N.º 2149-13-EP, en el que este máximo órgano de justicia constitucional conoció el caso de una funcionaria pública que tenía a su cargo un hijo con discapacidad intelectual del 84 %, pero fue cesada en base a la figura legal de compra de renuncia. Este pronunciamiento fue importante, porque a partir de él, se precautelaron los derechos de las personas a las cuales ampara el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, con relación a la necesidad de su estabilidad laboral o de la estabilidad laboral de quienes tienen a personas con discapacidad a su cargo.

Una precisión que sin duda se debe realizar respecto a este pronunciamiento es que la ley, en un primer momento, sí concedía la estabilidad, es decir, que esto era parte del contenido mínimo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, sin embargo, en el presente caso, estas disposiciones fueron ignoradas por las autoridades, pues la terminación de la relación laboral se realizaba en base a una figura legal que se podría considerar como de excepción dentro del ordenamiento jurídico.

No obstante lo manifestado, la Corte Constitucional consideró que este tipo de acuerdos legales no pueden ser aplicados sin vulnerar el derecho al trabajo de las personas a quienes ampara la Ley Orgánica de Discapacidades.



Otro caso que también se presentó dentro del ámbito público es el relativo a la supresión de partidas dentro de las instituciones del Estado. Dentro de estos casos, los funcionarios públicos son removidos del Estado, en la medida que se reducen los puestos de trabajo disponibles dentro de la estructura organizacional. En este contexto, una mujer embarazada, de 33 años, fue sujeto de supresión de partida. Ante esta situación, la accionante consideró que se estaban vulnerando sus derechos constitucionales.

Para resolver el caso *in examine*, la Corte Constitucional revisó los estándares internacionales, a efectos de determinar que una de las obligaciones del Estado consiste en velar porque *“la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo”*. De igual forma, se estableció que las mujeres embarazadas tienen una especial protección en un tiempo razonable previo y posterior al parto.

Estas consideraciones fueron fundamentales, debido a que, a partir de ellas, se evidenció que no existe una *“norma específica que regule qué debe hacer una institución pública cuando una funcionaria, cuya partida ha sido suprimida, queda embarazada antes de que la supresión de su cargo se haya hecho efectiva”*. Cabe resaltar que esta cuestión es fundamental dentro del derecho público, en tanto que, por mandato del principio de legalidad, solo se puede hacer lo que se encuentra regulado.

En efecto, como forma de tutelar los derechos de todas las mujeres que puedan encontrarse en esta situación, la Corte Constitucional dictó una sentencia mediante la cual se estableció que al momento en que se realicen supresiones a puestos dentro del sector público, no se podrán considerar *“los puestos que ocupen las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentren gozando de su licencia de maternidad o del permiso para cuidados del recién nacido previsto por el artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público”*.

En esta misma línea, otro de los conflictos que las mujeres embarazadas tuvieron que afrontar dentro del servicio público está relacionado con la negativa de la renovación de contratos de servicios ocasionales. Al respecto, la primera consideración que se debe realizar es que los contratos ocasionales en el Ecuador, si bien tienen un tiempo de duración, pueden ser terminados en cualquier momento durante el cual se desarrolle la actividad laboral.

Esta situación se debe a que son cargos dentro del Estado que no son permanentes, sino que responden a las necesidades de la entidad contra-

tante. Es decir, está condicionada a los requerimientos de la autoridad con la cual se suscribe el contrato y *“por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar en el texto de los respectivos contratos”*⁵.

Por ello, *prima facie*, la negativa de una renovación de contrato de servicio ocasional no ocasiona vulneración a los derechos laborales del funcionario público. Sin embargo, en el caso de las mujeres embarazadas, esta situación toma un matiz diferente, conforme lo determinado por la Corte Constitucional, en función de que se determinó que *“la decisión de no renovar el contrato de servicios ocasionales a una mujer embarazada o en período de lactancia efectivamente agrava la vulnerabilidad en la que se encuentra, ya que su sustento depende del trabajo que realice. Por lo tanto, no es dable que se imponga la necesidad administrativa de cumplir con determinada norma de personal, por encima de las necesidades vitales de la trabajadora”*⁶.

En razón de lo expuesto, la Corte Constitucional reconoce la situación de vulnerabilidad de la mujer embarazada, pero no por ello desnaturaliza la figura legal con la cual fue contratada, sino que establece que en caso de embarazo, la vigencia de los contratos ocasionales *“durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley”*⁷. Estas disposiciones fueron incorporadas dentro del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, lo que quiere decir que tendrán efectos generales para todas las mujeres que se encuentren embarazadas y tengan un contrato de servicios ocasionales.

Como conclusión relativa a este apartado sobre las regulaciones de carácter general que dictó en los últimos años la Corte Constitucional para un grupo de personas que requieren de un trato preferente –mujeres embarazadas y personas a cargo de personas con discapacidad– es importante recalcar que son situaciones que suceden a varios grupos poblacionales que no fueron parte del proceso, pero que, a partir de casos particulares,

5 Ley Orgánica de Servicio Público, Art. 58.

6 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 309-16-SEP-CC, caso N.º 1927-11-EP.

7 *Ibidem*.



se pudo reconocer la necesidad del establecimiento de varias prerrogativas que tomen en cuenta la vulnerabilidad a la que estos grupos humanos se encuentran expuestos, y de la mejor forma, para garantizar el goce y ejercicio de sus derechos al trabajo.

En el caso de las personas con enfermedades catastróficas, esta situación no puede ser aplicada de forma general, porque deben ser analizadas las necesidades de cada persona, así como la forma de afectación que tiene la enfermedad y, a su vez, el trabajo que se realiza, entre otras variables que se verán en cada caso. Sin embargo, se comienza a sentar un precedente de protección a estas personas y de la viabilidad de aplicar tratos diferenciados, como forma de garantía de los derechos de las personas.

Otro de los conflictos relativos al ejercicio y goce del derecho al trabajo de las mujeres está relacionado con su sexo, así como con los trabajos que se considera “*son de hombres*”. Este fue el caso N.º 0734-13-EP, en el cual se destituyó a una mujer del cargo de bombera profesional por el hecho de ser mujer. Dicho caso fue resuelto por la Corte Constitucional mediante sentencia N.º 292-16-SEP-CC. Aquí se determinó, como medidas de reparación integral, que la entidad responsable realice cursos de capacitación en género y derechos humanos, que se restituya a su cargo a la bombera, que se realicen disculpas públicas y, como forma de prevenir otros casos a futuro, que se efectúe “*un protocolo de trabajo con visión de género e iniciar una campaña de rechazo social de las agresiones de género, que prevea medidas de protección a las víctimas de la violencia de género*”.

Esta situación responde a los estereotipos socialmente construidos en base al sexo de las personas. Por ello, para realizar el análisis del caso, es necesario identificar con claridad el contenido esencial del derecho a la igualdad y no discriminación y, a su vez, en caso que amerite, realizar un test de proporcionalidad mediante el cual se pueda identificar si la medida cumple con los mínimos requeridos para que pueda seguir conviviendo dentro del ordenamiento jurídico, o si debe ser modificada.

En el caso de la bombera, la Corte Constitucional determinó que esta medida no es proporcional y vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. Pero sin duda, ese es solo uno de los ámbitos en los cuales las Cortes Constitucionales tienen la labor de desarrollar el contenido esencial de un derecho como el de igualdad y no discriminación y su relación con el género.

4) Conclusiones

En resumen de todo lo expuesto, una de las primeras conclusiones que se pueden presentar es que el derecho al trabajo tiene muchas aristas, más allá de los derechos a percibir una remuneración, o a tener un trabajo. De igual forma, se pudo observar que el género, las características de las personas o condiciones especiales deben ser consideradas, en pro de evitar vulneraciones a derechos humanos.

La segunda conclusión que se puede extraer de los casos mencionados es que, como bien se sabe, las relaciones laborales dentro del Estado (como todas las relaciones que se encuentran dentro del ámbito público) no son simétricas entre las partes; aquello implica que, en este punto, la labor de las Cortes Constitucionales debe ser expedita, pero también debe propender a generar efectos generales para las personas que se encuentren dentro de los mismos supuestos fácticos que del caso en concreto que se conocen.

Esto acerca la justicia y la defensa de derechos a todas las personas que escogieron hacer una carrera pública y, sin duda, dentro de su vida personal, estarán más expuestas a los cambios políticos, económicos y sociales a los cuales un trabajo en el sector público está condicionado.

Ello no obsta que existan otras formas de trabajo que otorgan estabilidad laboral, pero a las cuales no todas las personas pueden acceder en igualdad de condiciones; para ellas es quienes la Corte Constitucional del Ecuador debe velar, como máximo guardián de los derechos constitucionales del ordenamiento jurídico. Con su accionar, los cambios realizados pudieron otorgar protección a quienes socialmente tienen mayor vulnerabilidad, como mujeres embarazadas, personas con discapacidad, o quienes tienen a su cargo una persona con discapacidad, tal como pudimos apreciar en el desarrollo de la presente ponencia.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DOMINICANO

**Magistrado Manuel Ramón Herrera Carbuccia,
juez primer sustituto del presidente
Suprema Corte de Justicia República Dominicana**



Magistrado Manuel Ramón Herrera Carbuccia

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM); doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; presidente honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; máster en Derecho Constitucional y Derecho Público y máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, ambos por la Universidad de Castilla-La Mancha; expresidente de la Asociación Centroamericana y del Caribe del Derecho de Trabajo y de la Asociación Dominicana de Derecho de Trabajo; coordinador de la Maestría de Derecho de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM); miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; de la Academia Dominicana de Derecho; miembro correspondiente de la Sociedad Cubana de Derecho de Trabajo; miembro de honor de la Unión de Juristas de Cuba; primer sustituto del presidente de la Suprema Corte de Justicia y presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

Introducción

El trabajo en la Constitución, el derecho en la Constitución, la constitucionalización del derecho del trabajo, son temas con mucho parecido, pero no similares, como veremos en la presente nota.

En la presente nota nos interesa examinar el papel dado por nuestros legisladores al tema del trabajo, la libertad de trabajo, los derechos laborales en la constitución, en especial la constitución de 1942, 1963 y en la actual 2010, la repercusión del diálogo judicial y la implicación de la cultura constitucional en la jurisprudencia.

Pretendemos examinar una serie de notas que nos hagan comprender el momento histórico y situarnos en ese tránsito que ya estamos viviendo en la sociedad con la constitucionalización del derecho del trabajo.

Es menester inspeccionar de forma breve el discutir de nuestras reformas constitucionales para tener una idea clara y definida de nuestro presente y de la repercusión en la aplicación y eficacia de nuestros derechos y garantías.

Antecedentes

El trabajo ha estado presente en el Estado dominicano desde sus inicios. La primera Constitución de 1844 estableció que¹: “los dominicanos nacen y permanecen libres e iguales en derecho y todos son admisibles a los empleos públicos, estando siempre abolida la esclavitud” y remitió² al Congreso lo no establecido en ella, a saber, la fijación de los sueldos, su aumento y disminución.

Casi todos se refieren a situaciones relacionadas con³ hacer responsables a los empleados públicos por el mal desempeño de sus

1 Artículo 30 de la Constitución dominicana de 1844.

2 Artículo 94 de la Constitución dominicana de 1844.

3 Ver detalles Constitución dominicana 1844-2010, auspiciada por el Tribunal Constitucional, 2014.



funciones y pueden ser denunciados por cualquier ciudadano sin previa autorización.

Los empleados y funcionarios públicos⁴ deben prestar un juramento en virtud de “la Constitución o la ley y ningún funcionario ni empleado público podrá entrar en el ejercicio de sus funciones, si no lo hubiere prestado ante la autoridad competente”.

A partir de la reforma del 14 de septiembre de 1872, se establece el principio de igualdad de derechos, estableciendo textualmente: “todos los dominicanos son admisibles a los empleos públicos sin otra distinción que la de los méritos y servicios”⁵.

La reforma⁶ del 24 de marzo de 1874, establece una disposición propia de la democracia, que es el libre tránsito, sin embargo, “los empleados, los militares de línea y los demás individuos de las Fuerzas Armadas, cuando estén en servicio activo, no podrán apartarse del lugar de su destino sin haber obtenido antes la debida autorización de sus jefes respectivos”.

La igualdad de la reforma del 1877 del 7 de mayo⁷, estableció que “no se dará otro tratamiento oficial a los empleados públicos que el de ciudadano y usted, los cuales⁸ no deberán admitir dádivas, cargos, honores o recompensas de naciones extranjeras, sin permiso de la Cámara Legislativa”.

Etapas 1907-1962

Libertad de trabajo

Por primera vez la Constitución del 14 de junio de 1907 en los derechos individuales garantizó a todos los habitantes de la República “la Libertad

4 Artículo 102, numeral 8, Constitución de 1844; artículo 154, Constitución de 1858; artículo 135, Constitución de 1865; artículo 100, Constitución de 1866; artículo 66, Constitución de 1872; artículo 102, Constitución de 1874; artículo 103, Constitución de 1875; artículo 81, Constitución de 1877; artículo 107, Constitución de 1878; artículo 109, Constitución de 1879; artículo 99, Constitución de 1881; artículo 100, Constitución de 1887; artículo 100, Constitución de 1896.

5 Artículo 13 de la Constitución de 1872.

6 Artículo 26 de la Constitución de 1844.

7 Artículo 11 de la Constitución de 1877.

8 Artículo 78, Constitución de 1877, igual posición se mantiene en varias reformas.

de Trabajo”⁹, en ese tenor, la reforma del 22 de febrero de 1908, añadió a la libertad de trabajo¹⁰, la de “Industria y Comercio” y esa reforma se mantuvo en la Constitución¹¹ del 13 de junio de 1924 y en la reforma¹² del 15 de junio de 1927, como un derecho inherente a la personalidad humana, lo cual también fue mantenido en la reforma¹³ del 9 de enero de 1929.

En la segunda reforma del 20 de junio de 1929, el legislador dejó claramente expresado¹⁴ “que consagra como inherente a la personalidad humana la libertad de trabajo, en consecuencia queda prohibido el establecimiento de monopolio”, igual disposición¹⁵ se mantiene en la reforma del 9 de junio de 1934, añadiendo al párrafo anterior, “que la prohibición del monopolio no debe ser en beneficio de particulares”. Una parte de la doctrina autorizada¹⁶, entiende que existe una confusión y en ese sentido, el contenido del término “particulares” no significa trabajo como tal.

En esa confusión el profesor Amiama¹⁷ sostiene: “durante algún tiempo, muchas personas creyeron entre nosotros que la libertad del trabajo lo que significaba era que el Estado no podía reglamentar, ni aun por medio de leyes, las relaciones entre los patronos y los trabajadores. Este criterio completamente erróneo y contrario al sentido histórico de esta libertad, llegó a dar lugar a que en el año 1926, se declarara inconstitucional una Ley sobre la Jornada Comercial que el Congreso había votado. Frente a este error, la Asamblea Revisora de 1934 agregó al texto constitucional algunas frases para indicar que lo que significaba la libertad de trabajo era la prohibición de monopolios en beneficio de particulares”.

Para el mencionado profesor¹⁸ no quedó suficientemente aclarado y fue preciso agregar en 1942 nuevas precisiones y entiende que “consistieron en declarar, explícitamente, que la ley puede, según lo requiera el interés

9 Artículo 9, numeral 6, reforma de 1907.

10 Artículo 6, numeral 1, Constitución de 1908.

11 Artículo 6, numeral 2, Constitución de 1924.

12 Artículo 6, numeral 2, reforma de 1927.

13 Artículo 6, numeral 2, reforma de 1929.

14 Artículo 6, numeral 1, reforma de 1929.

15 Artículo 6, numeral 2, Constitución de 1934.

16 HERNÁNDEZ QUEZADA, Porfirio. “El derecho del trabajo en la Constitución Dominicana”. Libro “El derecho del trabajo en las Constituciones de Iberoamérica. Coordinador por PALOMINO, Teodosio A., ed. Juris Laboral, 1999, Lima, Perú, p. 484.

17 AMIAMA, Manuel A. Notas de Derecho Constitucional, ed. Búho, primera edición, noviembre 2016, pp. 94-95.

18 AMIAMA, Manuel A. ob. cit., p. 95.



general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias en favor de los trabajadores”.

Nosotros entendemos como importante que la reforma de 1942 da un giro a la historia constitucional dominicana, al iniciar la constitucionalización del derecho del trabajo y darle una visión de “interés general” y de que el mismo se desarrolle¹⁹ “con todas las providencias de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias a favor de los trabajadores, ya sea manual e intelectual”.

Qué influyó para que en la reforma de 1942, por primera vez se incluyera como ha sostenido la doctrina²⁰ un “texto sustantivo de índole puramente laboral”. Que se iniciara el constitucionalismo social en nuestro país, para algunos²¹ se trata de un asunto racial, en ocasión de la matanza de los haitianos en el 1937 y la repercusión y consecuencia de la misma y de otro motivo.

En 1942 existe un auge relativo de los gremios obreros y artesanales, en el 1943 se dictó la Ley núm. 311 para las asociaciones de trabajadores, igualmente Trujillo²² nombra a través de una ley al Gobernador Civil, presidente ex – oficio de las federaciones sindicales provinciales. El dictador se beneficia con la política norteamericana llamada en esa época de buena vecindad y con el acuerdo de 1940 que devuelve al Estado dominicano las aduanas, se necesitaba un armazón jurídico que hiciera viable esa incrementación presente y futura de la economía. Así Trujillo en la Constitución de enero de 1942, en el inciso segundo del artículo 6, entre los derechos individuales permite expresamente que se legislara en materia obrera y en lo que respecta a la “jornada máxima de trabajo, los días de descanso, las vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y su forma de pago, los Seguros Sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo

19 Artículo 6, numeral 2, Constitución de 1942.

20 HERNÁNDEZ QUEZADA, Porfirio. Ob. cit., pp. 483-484.

21 HERNÁNDEZ QUEZADA, Porfirio. Ob. cit., p. 484.

22 TRUJILLO MOLINA, Rafael Leónidas. Presidente de la República durante el período de 1930 a 1961, la dictadura más grande que ha tenido nuestro país, citado por HERRERA CARBUCCIA, M. R. Estudios Críticos de Derecho del Trabajo. Ed. Soto Castillo, 2000, p. 2.

y en general, todas medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias al trabajador”²³.

En el año 1941 había terminado con 1,733 establecimientos industriales que empleaban a 36,630 personas a las que se les pagaron en salarios 6,100,000.00 pesos por producir mercancías que se vendieron en 27,440,000.00; en 1942 pasamos a tener 2,011 establecimientos en los que habían unas inversiones de 76,140,000.00 pesos y las mercancías producidas por ellos se vendieron en 43,290,000.00.

Dos años después, en 1944, el número de establecimientos llegó a 2,919, la inversión industrial subió a 79,435,000.00 pesos, el número de empleados y trabajadores alcanzó los 44,528, las ventas llegaron a 84,781,000.00 pesos y los sueldos y salarios pagados sumaron 10,763,000.00 pesos²⁴.

De la misma manera que la guerra había provocado un impulso hacia la industrialización, su final, que en Europa se presentó en abril de 1945 y en Japón en agosto de ese año, provocó una paralización de la actividad industrial que se tradujo en la desaparición de 309 industrias, una baja de 2,525 en el número de empleados y obreros (aunque no en el monto de los salarios, que en comparación con el año 1944 fue 1,062,000.00 pesos más) y un descenso de 22,000,000.00 pesos en las ventas²⁵.

La Ley núm. 637 del 16 de junio de 1944, Gaceta Oficial núm. 6096, sobre Contratos de Trabajo, es trascendental en el estatuto jurídico-político de la época, sobre todo si estaba en la etapa final de la Segunda Guerra Mundial y se respiraba democracia, siendo esta una especie de reglamentación ampliada de derecho individual del trabajo, la más importante hasta ese momento, con un procedimiento para ser utilizado en los litigios laborales. Ese “mini código” es más avanzado que el Código de Trabajo en muchas cosas, pues la marea de los aires democráticos se hacía sentir en nuestro país, incluso, se reorganizó la Confederación Dominicana de Trabajo, donde el auge sindical de principios de 1947, la Secretaría de Estado de Trabajo, en ese entonces, hoy Ministerio de Trabajo, tenía registrado más de centenar y medio de sindicatos.

23 HERRERA CARBUCCIA, M.R. Jornada Iberoamericana y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Política e Historia del movimiento Sindical Dominicano. Puerto Rico.

24 BOSCH, Juan. Clases Sociales en la República Dominicana, Santo Domingo, 1982, p. 226.

25 BOSCH, Juan, ob. cit., p. 226.



De todo lo anterior se concluye que existía una recomposición en la estructura económica de la sociedad dominicana y el país necesitaba un armazón constitucional que se materializó a través de la Constitución de 1942 y una normativa laboral ordinaria, que se expresó a través de la referida Ley núm. 637.

Igualmente el mundo estaba sometido a situaciones difíciles y la dictadura de Trujillo necesitaba mejorar su imagen internacional, la cual estaba muy deteriorada por su forma de actuar y el poco ejercicio de la democracia en el país.

La reforma del 10 de enero de 1947 es similar a la de 1942, sin embargo, la reforma de 1955, además de la libertad de trabajo, se refirió²⁶ a la libertad de empresa, sosteniendo que “solo podrían establecerse monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales”. La creación y organización de esos monopolios se hacían por decreto-ley del Poder Ejecutivo”.

Esta reforma avanzó en el constitucionalismo social, basada en: 1) protección efectiva de los derechos; 2) el carácter progresivo de los mismos; 3) la justicia social; y 4) el bienestar general; así el artículo 8 de la Constitución del 1º de diciembre de 1955, en el título II, De los Derechos Humanos, “se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y la creación y 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”.

Esa concepción ideológica de la reforma va más allá de las relaciones laborales, cuando establece²⁷ que “el Estado continuará el desarrollo progresivo de la Seguridad Social, de manera que toda persona llegue a gozar de la adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez”.

En ese avance de dicha reforma, ya se había materializado el Código de Trabajo de 1951, votado por la Ley núm. 2920, promulgada por el Poder Ejecutivo el 11 de junio de 1951, que ya era un proyecto en el que

26 Artículo 8, numeral 4, constitución de 1955.

27 Artículo 8, numeral 15, constitución de 1955.

participaron los señores J. Humberto Ducoudray, Germán Ornes, Federico Carlos Álvarez, José E. García Aybar, Rafael Bonelly, Rafael Vidal y Manuel Ubaldo Gómez.

El Código de Trabajo se une a la Ley núm. 1896 de la Seguridad Social y la creación de la Secretaría de Previsión Social²⁸ “que viene a controlar las actividades de beneficencia, la caja de seguro, el seguro obligatorio y los accidentes de trabajo”.

Las reformas siguientes del 28 de junio de 1960, del 2 de diciembre de 1960, del 29 de diciembre de 1961 y del 16 de septiembre de 1962, son similares a la reforma de 1955, tanto en su finalidad como en la libertad de trabajo, los derechos laborales, la libertad de empresa y el desarrollo progresivo de la Seguridad Social y de justicia social, que no eran compatibles con una realidad compleja y llena de limitados acontecimientos sociales y políticos y de una eficacia constitucional muy reducida.

1963-2010

La reforma efectuada en 1963 marcó un cambio profundo y radical en la esfera del trabajo²⁹ y dentro del contenido de la misma Constitución, pues por primera vez³⁰ “la existencia de la Nación dominicana se fundamentó principalmente en el trabajo; este se declara como base primordialmente de su organización social, política y económica y se le erige en obligación ineludible para todos los dominicanos aptos...”, es decir, la Constitución reconoce el trabajo como una “**base primordial**” que genera **derechos, deberes y obligaciones**.

- a) Derechos, cuando establece³¹ que “se reconoce el derecho a todas las personas al trabajo y la obligación del Estado de propiciar y garantizar las condiciones indispensables para hacer efectivo el

28 HERRERA CARBUCCIA, M. R. Estudios Críticos de Derecho del Trabajo, ed. Soto Castillo, 2000, p. 4.

29 ALBURQUERQUE, Rafael. El Trabajo en la Constitución Dominicana. Libro El trabajo y la constitución, homenaje al prof. Alonso Olea. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 337.

30 Artículo 2, Constitución de 1963.

31 Artículo 2, literal a), Constitución de 1963.



- ejercicio de este derecho”. Se debe resaltar la eficacia de la ejecución de ese derecho en “dignidad” como uno de sus principios fundamentales.
- b) Deberes, cuando se establece³² que “es deber de todo ciudadano desarrollar, por su propia elección y según sus propias posibilidades, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad”.
 - c) la Constitución crea además obligaciones sociales, al establecer³³ que “se declaran calamidades públicas, la vagancia, la mendicidad y cualquier otro vicio social que atente contra la consagración del trabajo como fundamento principal de la Nación.

También por primera vez una constitución dominicana establece una sección denominada “Del trabajo”, en el título “Relaciones Económicas y Ética Social”, concibiendo el trabajo en una forma **general**, cuando sostiene:³⁴ “el trabajo en todas sus formas y aplicaciones estará bajo la súper vigilancia y protección del Estado. Es deber principalmente de éste ocuparse de la formación y superación profesional de los trabajadores y promover y favorecer los acuerdos de las organizaciones internacionales dirigidas a afirmar y regular los derechos del trabajo”. Lo anterior es la toma de posición de la importancia de la Constitución del Derecho Internacional del Trabajo, de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del Derecho Internacional en el derecho interno y en la aplicación de la sociedad dominicana.

La reforma de 1963 reconoce³⁵ a los trabajadores, el derecho a la huelga y a los patronos, el derecho al paro, excepto en los servicios públicos y establece que:³⁶ “las normas que regulan las huelgas y los paros serán trazadas por la ley de conformidad con los intereses de los trabajadores y patronos, las necesidades sociales y la seguridad nacional”. Lo anterior abre el debate cerrado recientemente sobre los

32 Artículo 2, literal b), Constitución de 1963.

33 Artículo 2, literal c), Constitución de 1963.

34 Artículo 13, Constitución de 1963.

35 Artículo 20, Constitución de 1963.

36 Artículo 20, último párrafo, Constitución de 1963.

servicios esenciales en la realización de una huelga por la jurisprudencia dominicana³⁷.

La Carta Magna reconoce de igual forma, la libertad sindical³⁸, poniendo como condición que “los estatutos de los sindicatos provean una organización interna democrática” y con la obligación además de que estos sean inscritos en los registros de las oficinas locales y centrales del Departamento de Trabajo con arreglos a la ley”. Es conveniente resaltar la exigencia de la norma para asegurar la democracia interna en los estatutos, que en la práctica ha dado tantos dolores de cabeza a los trabajadores y del registro de los sindicatos, que en época de inestabilidad y poco ejercicio de las libertades, ha servido para maniar y limitar la libertad sindical, negando registro sin razón o cancelando administrativamente, tiempos felizmente superados.

Se reconoce los sindicatos de empresa y los sindicatos de oficio, otorgándole importancia a la representatividad³⁹, de ahí “el Estado solo reconocerá aquel al cual esté afiliada la mayoría de los trabajadores”.

El Estado expresa en la Constitución su reconocimiento⁴⁰ a los trabajadores “el derecho y el deber de los trabajadores en colaborar con la empresa”, en una forma de buscar armonía ya consagrada en el Código de Trabajo⁴¹ de 1951, que señala “el principio de la cooperación entre el capital y el trabajo como base de la economía nacional”, presente en la legislación actual.

En ese programa de protección de derechos, el Estado dará asistencia⁴² a las personas mutiladas o inhábiles para el trabajo ellas tienen derecho a la educación, a la formación o rehabilitación profesional y técnica.

La Constitución de 1963, consagra en su artículo 17, la máxima “a igual trabajo le corresponde igual salario, sin discriminación de sexo, edad o estado”. Como veremos más adelante, esto ha variado en el Código de Trabajo vigente.

Con esa visión abierta, pluralista, pero sobre todo democrática, la Constitución reconoce a los trabajadores⁴³ en toda empresa agrícola, in-

37 Ver sentencia dictada el 27 de mayo 2015, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, p. 9-18, Rte. Sindicato Autónomo de Choferes Transportadores de Petróleo y Afines.

38 Artículo 15, Constitución de 1963.

39 Artículo 15, segundo párrafo, Constitución de 1963.

40 Artículo 18, Constitución de 1963.

41 Principio III del Código de Trabajo.

42 Artículo 14, Constitución de 1963.

43 Artículo 18, Constitución de 1963.



dustrial, comercial o minera, el derecho a participar en los beneficios de la misma y el interés legítimo del empresario y de los demás factores de la producción.

Actualmente, la legislación laboral establece la participación de los beneficios de la empresa a partir de las disposiciones de los artículos 223 y siguientes, exceptuando⁴⁴ a:

- 1º. Las empresas agrícolas, agrícola-industriales, industriales, forestales y mineras durante sus primeros tres años de operaciones, salvo convención en contrario.
- 2º. Las empresas agrícolas cuyo capital no exceda de un millón de pesos.
- 3º. Las empresas de zonas francas.

Se puede colegir que la Constitución de 1963 es proteccionista, con énfasis en la libertad sindical, el salario, la colaboración con la empresa, el trabajo como derecho, deber y obligación, entre otras razones para desarrollar la justicia social, sin embargo, por razones históricas que analizamos en esta misma entrega, la referida Constitución y el gobierno del Prof. Bosch, fueron de corta duración, causando agravio a la democracia dominicana.

1966

Esta reforma constituye un retroceso en la persecución de la justicia social. El avance alcanzado en el 1963 fue borrado de plano, aquel que reconoció la libertad de trabajo, libertad de empresa y libertad sindical y derecho de huelga.

En las modificaciones de 1944 y 2002 en la Constitución no hay relevancia laboral que destacar, pues el centro de las mismas gira en torno a situaciones políticas que no tienen nada que ver con los derechos sociales.

44 Artículo 226 del Código de Trabajo.

La reforma a la Constitución del 2010

a) Constitución

Más que una reforma tradicional envuelta casi siempre en los cambios políticos o manifestaciones de un sector o de acontecimientos históricos, al igual que la de 1963, es un proyecto social para transformar la República Dominicana en un “Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁵”, organizado en forma de República Unitaria, fundamentada en el respeto de la dignidad humana⁴⁶, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes políticos.

Establece entre los derechos fundamentales de la persona⁴⁷, dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y de su familia para alcanzar el perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de la sociedad, como una función esencial del Estado.

Promulgada luego de tomar su programa de diferentes fuentes, especialmente la Constitución Española de 1978 y la Ley Federal de Bonn de 1948.

Por primera vez en una constitución se habla de derecho del trabajo, el cual no se termina con el acceso al trabajo, sino con la ejecución de los deberes y obligaciones del contrato de trabajo. El debate sobre el derecho al trabajo está ausente de nuestra doctrina⁴⁸ y es muy escasa en nuestra jurisprudencia⁴⁹ y los tribunales laborales.

El trabajo⁵⁰ es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado, en ese tenor, la finalidad esencial del Estado es fomentar el empleo digno y remunerado.

El trabajo digno implica:

1. Libertad para trabajar. En ese sentido “nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad” (art. 62, numeral 2, Constitución dominicana), es decir, el dere-

45 Artículo 7, Constitución de 2010.

46 Artículo 5, Constitución de 2010.

47 Artículo 75, numeral 7, Constitución de 2010.

48 Estudio detallado en SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo, editorial Trotta, 1996.

49 TC/0096/12, 21 de diciembre 2012; TC/0058/13, 15 de abril 2013.

50 Artículo 62, Constitución de 2010.



- cho a trabajar, pero también a “no ser obligado a trabajar propio de la esclavitud”.
2. La Constitución “garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo”⁵¹, pero esa igualdad de género no solo debe ser mantenida en el acceso al trabajo, sino durante la prestación del servicio, prohibiendo toda clase de discriminación⁵², salvo las excepciones previstas por la ley con fines de proteger el trabajador o trabajadora.
 3. Se define como derechos básicos de los trabajadores y trabajadoras, sin carácter limitativo, sino enunciativo⁵³, entre otros, la libertad sindical, la Seguridad Social, la negociación colectiva, la capacitación, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad. Es claro que reúne en forma general, derechos colectivos e individuales, la educación y la persona misma del trabajador.
 4. El Estado garantiza a través de la normativa⁵⁴ según lo requiera el interés general, las jornadas de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los salarios mínimos y sus formas de pago, la participación de los nacionales en todo trabajo, la participación en los beneficios de la empresa.
 5. La Constitución trata aún sea en forma programática, (lo cual no deja de tener relevancia) de buscar⁵⁵ “medidas necesarias que se consideran necesarias a favor de los trabajadores incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad de trabajo humano”, que se le da apertura a diversidad de trabajos que se generan en la tecnología, en la virtualidad de esa tecnología, en el internet, donde los laboristas no hemos llegado a un consenso, pero que es una realidad palpable y es preciso buscar formas de protección ante el alejamiento cada día más acelerado del trabajo clásico fordista.

51 Artículo 62, numeral 1, Constitución de 2010.

52 Artículo 62, numeral 5, Constitución de 2010.

53 Artículo 62, numeral 3, Constitución de 2010.

54 Artículo 62, numeral 7, Constitución de 2010.

55 Artículo 62, numeral 7, segundo párrafo, Constitución de 2010.

6. El derecho a formar organizaciones sindicales⁵⁶, libres y democráticas acorde con los estatutos, con la condición de que respeten la Constitución y las leyes.
7. A ejercer la huelga tanto de los trabajadores y el paro de los empleadores⁵⁷ de las empresas privadas, siempre que se ejerzan con arreglo a la ley, la cual dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos. La huelga es un derecho de eficacia limitada y de difícil ejecución práctica, de ahí las escasísimas huelgas legales en toda la historia de la normativa codificadora del país.
8. La Constitución establece el deber de seguridad como una obligación del empleador y del Estado⁵⁸, del primero de “garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente adecuado” y del segundo ratificando el carácter protector por “adoptar medidas para promover la creación de instancias integradas por empleadores y trabajadores para la consecución de esos fines”.

Como hemos indicado, la finalidad del Estado es fomentar el empleo digno y al mismo tiempo remunerado.

b) Salario

Esta Constitución es propia de un nuevo constitucionalismo social, donde los derechos sociales no solo son nombrados, sino que luchan por la exigibilidad y eficacia de los mismos. En lo relativo al salario, establece que⁵⁹: “todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia, necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales”, es una finalidad ideal y de búsqueda del Estado en la lucha en contra de la desigualdad y la pobreza.

A diferencia de la legislación laboral dominicana (Código de Trabajo), en su artículo 194, que sostiene: “a trabajo igual, en idénticas condiciones

56 Artículo 62, numeral 4, Constitución de 2010.

57 Artículo 62, numeral 6, Constitución de 2010.

58 Artículo 62, numeral 8, Constitución de 2010.

59 Artículo 62, numeral 9, Constitución de 2010.



de capacidad, eficiencia o antigüedad, corresponde siempre igual salario, cualesquiera que sean las personas que lo realicen”, la Constitución en su artículo 62, numeral 9, parte *in fine* indica⁶⁰: “se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad”.

El Convenio núm. 100 de la OIT sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, sigue el preámbulo de la Constitución de la OIT, tomando como parámetro a seguir “por un trabajo de igual valor” que ha sido objeto de discusión tanto en la doctrina como en la legislación laboral.

La OIT entiende⁶¹ que “la frase igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en los tipos de remuneración se fijarán según la naturaleza del trabajo, sin que se haga discriminación alguna en relación con el sexo del trabajador”.

En base a lo anterior, la OIT solicita al país la modificación de la disposición citada del Código de Trabajo que reconoce que “a igual trabajo, igual salario”, por una expresión más general, justa y apegada, con el convenio de la OIT, de “a trabajo igual, igual salario”.

El Dr. Albuquerque, quien fue miembro de la comisión de expertos nos señala un ejemplo cuando nos dice⁶² “un mismo trabajo puede tener valor diferente, caso en el cual el salario no debe ser el mismo. Dos digitadoras hacen el mismo trabajo ante una computadora pero una puede dominar tan sólo un programa y la otra varios programas, caso en el cual no deben tener el mismo salario”.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, en enero de 1955, B. J. núm. 528, pág. 1468, entendía como discriminatorio realizar acciones en contra de la igualdad, cuando sostiene: “Toda vez que hay que tener presente, además que el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático la coexistencia de obligaciones recíprocas de las partes, de adoptarse este criterio se establecería una discriminación entre los empleados y trabajadores de las empresas y establecimientos que están autorizados a mantener sus actividades los días no laborables, y los empleados de igual categoría de las

60 Artículo 62, numeral 9, Constitución de 2010.

61 OIT. Producción al salario. Conferencia Internacional del Trabajo, 91 Reunión, 2003, pp. 19-35.

62 ALBURQUERQUE, Rafael. El empleo y el trabajo. Derecho del trabajo. Tomo II, Santo Domingo, 1997, p. 461.



otras empresas, en mengua del principio de igualdad.” Más tarde nuestro más alto tribunal determinó que “El Principio de la igualdad de salario tiene aplicación respecto de dos o más trabajadores que, al mismo tiempo, prestan sus servicios en la misma empresa y su finalidad consiste en que no se establezcan diferencias de salarios entre trabajadores de una empresa con idénticas funciones y condiciones de capacidad, pero no se aplica a trabajadores que entran por primera vez a prestar servicios en la misma” (Sentencia 13 marzo de 1964, B. J. núm. 644, pág. 504).

En una sentencia de fecha 12 de agosto del 2004, dictada por la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de La Vega, ratificada por la Suprema Corte de Justicia, (sent. núm. 41, 25 de enero del 2006, págs. 1107-1118), relativa a una señora que trabajaba en una institución bancaria y entendía que el salario a recibir durante el ascenso realizado en su trabajo de ahí que: “la Corte a-qua para llegar a la conclusión anteriormente señalada determinó, como era su deber, la existencia de un cargo de mayor retribución que el anteriormente desempeñado por la recurrida, y que esta sustituyó de forma definitiva en ese cargo de mayor retribución a otro funcionario de la misma categoría; por otro lado la Corte a-qua comprobó que la recurrida fue incumbente de dichas funciones por casi 11 meses, lo que le daba el carácter de permanencia en la referida prestación de servicios”. En consecuencia, dice la Suprema Corte de Justicia: “que al quedar establecido por ante la Corte a-qua, como puede comprobarse en la motivación de la sentencia impugnada, que el salario que debería devengar la recurrida era de Treinta y Siete Mil Pesos Oro Dominicanos (RD\$37,000.00) y no de Dieciocho Mil Pesos Oro Dominicanos (RD\$18,000.00) mensuales, es obvio que las sumas contenidas en la oferta real de pago de las prestaciones laborales y de los derechos adquiridos resultaba insuficiente para cubrir los créditos de que era beneficiaria la recurrida de conformidad con las disposiciones del Código de Trabajo, referentes al desahucio, bonificación, salario de navidad, auxilio de cesantía, preaviso, vacaciones, por lo que la Corte a-qua procedió conforme al derecho a hacer un nuevo cálculo del salario diario que le correspondía a la recurrida”; de lo anterior nuestra Suprema Corte de Justicia determinó: “Que la Corte a-qua hizo una correcta interpretación de la ley cuando determinó que de conformidad con las disposiciones del VII Principio Fundamental y el Convenio No. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, la recurrida al desempeñar, como fue demostrado en la instrucción del



proceso, el cargo de gerente de la sucursal de Bonaó, le correspondía el sueldo que devengaba el anterior incumbente, así como otros funcionarios de igual categoría que ella, es decir, la suma de Treinta y Siete Mil Pesos Oro Dominicanos (RD\$37,000.00) de conformidad con las disposiciones del artículo 206 del Código de Trabajo”.

La Comisión de Expertos de la OIT, en un estudio general con motivo de la Conferencia Internacional de Trabajo, 72ª Reunión, sostiene⁶³: “El Convenio y la Recomendación de 1951 sobre igualdad de remuneración, siguiendo la redacción del Preámbulo de la Constitución de la POIT, determina que ha de establecerse la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina “por un trabajo de igual valor”. De este modo, a diferencia de otros instrumentos sobre igualdad de trato, las normas de la OIT, al elegir el “valor” del trabajo como centro de la comparación tienen un sentido más amplio que las expresiones “el mismo trabajo” o “trabajos similares”.

De lo anterior se colige, que la reforma del 2010 toma de los convenios a trabajo de igual valor, igual salario y la no discriminación y la naturaleza de las ocupaciones, constituyendo un avance en lo relativo a la constitución de 1963 y la misma legislación sustantiva vigente del Código de Trabajo.

c) Diálogo judicial

Entendemos que en la Constitución se observa claramente una recomposición del derecho del trabajo, algo ya iniciado anteriormente por los aprestos de la constitucionalización del derecho con la aceptación del amparo por parte de la Suprema Corte de Justicia y del Bloque de Constitucionalidad.

El derecho al trabajo en la constitución del 2010, toma un giro copernicano⁶⁴, por una expresión de la doctrina española, luego de ella, con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, sobre todo, en relación a los derechos fundamentales de la persona del trabajador y las garantías procesales de los artículos 68 y 69, la aplicación de los principios, en la búsqueda de formas que hagan viva la Carta Magna en la aplicación de la

63 Igualdad de Remuneración. Estudio General de la Comisión de Expertos en la aplicación de los convenios y recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, p. 12.

64 BAYLOS GRAU, Antonio. La constitución del trabajo en el libro “Sombras del Sistema Constitucional”, editorial Trotta, Madrid 2003, p. 321.

norma legal, sin reconocer los límites de la legalidad ordinaria.

Nos encontramos en un tiempo de redefinición de nuestro accionar jurídico, donde la Constitución no es un pasajero lejano de última fila, sino de la primera y que es parte de todas las demandas laborales, no solo como argumentación, sino como objeto de causa de la misma. Ese proceso tiene un diálogo judicial de fuentes, donde la jurisprudencia dominicana se nutre del bloque de constitucionalidad y que⁶⁵ ha sido juzgado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia la aplicación de normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificadas por el país, las opiniones consultativas y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), como también las opiniones del Comité de Expertos y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Esa apertura a tribunales constitucionales y a la doctrina especializada, con la búsqueda de la verdad material, tratando que la Constitución esté viva y se vea la eficacia de la aplicación de los derechos fundamentales y las garantías en el ciudadano de la calle, que sienta con todas las quejas hechas, tiene una respuesta razonable, justa y basada en la Constitución y las leyes. El mejor ejemplo además de las mencionadas y la Ley de Función Pública, algo impensable en nuestra cultura jurídica, son las demandas en reintegro en materia administrativa, donde los tribunales ordinarios, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional, han dado eficacia real al derecho al trabajo⁶⁶, reconociendo derechos y ordenando reposiciones a trabajadores de la administración pública.

Reflexiones finales

1. El trabajo siempre ha estado presente en la Constitución dominicana desde sus inicios, en formulaciones sobre el empleado público, su protección, su juramentación, su derecho a denunciar y sus deberes.

65 Sentencia del 7 de marzo de 2012, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Rte. Pedro Roberto Nina, p. 13.

66 TC/00961, 21 de diciembre 2012.



2. Es en la Constitución de 1907 que por primera vez se ha habla de libertad de trabajo, algo que no era comprendido y dio paso a varias interpretaciones por la doctrina y fue necesario clarificarlo en otras reformas constitucionales.
3. La Constitución de 1942 es la primera que enuncia derechos propiamente laborales en una época de crecimiento, de cambios económicos, de llamadas a democratizar el país y de situaciones internas en la dictadura de la época.
4. El constitucionalismo social toma nombre y cuerpo en la Constitución de 1963, como un proyecto social definido, influida por la Constitución de Cuba de 1940, española de 1937 y la de Querétaro de 1917. Lamentablemente el derrocamiento del gobierno de turno, conllevó un atraso social y político que todavía estamos pagando. Las reformas de 1966, conservadoras y atrasadas en relación a los derechos sociales, las subsiguientes modificaciones y reformas, carecen de relevancia en relación a los derechos laborales.
5. Se puede tener la posición sobre las reformas constitucionales dominicanas, sus números, su fundamento, sus causas, de eso hay un río de tinta, sin embargo, es escasa, diríamos muy escasa, la doctrina sobre el constitucionalismo social, en especial de la Constitución de 1963 y su clímax, la del 2010.
6. La recomposición del derecho del trabajo a partir de la presente Constitución no lo abarca una detallada jurisprudencia sobre los derechos fundamentales de la persona del trabajador, sino de las garantías, del debido proceso, de la tutela judicial efectiva, de una relación y una sinergia que se nutren de un diálogo judicial, del bloque constitucional ampliado y un diálogo de fuentes y de tribunales, lo cual no implica que de vez en cuando o de cuando en vez, existan diferencias entre las Altas Cortes, propias del ejercicio inherente a la democracia y del avance en la eficacia jurídica de los derechos sociales.
7. Quisiéramos concluir con una frase utilizada por el profesor presidente del Tribunal Constitucional, Milton Ray Guevara, “debemos vivir en la Constitución”. Entendemos poco a poco que estamos avanzando en esa dirección, pero eso requiere un esfuerzo de la doctrina, de los ciudadanos, de los usuarios del sistema judicial, de los litigantes y de los jueces para lograr tener una sociedad más apegada y practicante de los derechos sociales y laborales enunciados en la Constitución,

propio de un Estado Social, Democrático y de Derecho, con menos desigualdad y más justicia social.

Bibliografía

- ALBUERQUERQUE, Rafael F. El trabajo en la Constitución Dominicana, publicado en el libro “El trabajo y la Constitución”, homenaje al profesor Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 335-349.
- AMIAMA, Manuel A. Notas de Derecho Constitucional. Colección Clásicos de Derecho Constitucional. Editora Búho, primera edición, noviembre 2016, págs. 91-97.
- BAYLOS GRAU, Antonio. La constitución del trabajo, publicado en el libro “Las sombras del Sistema Constitucional Español. Editorial Trotta, 2003, Madrid, págs. 321-354.
- Constitución Dominicana y sus reformas 1844-2010, Tomo I y II, auspiciada por el Tribunal Constitucional Dominicano, coordinado por el Mag. Pedro Justo Castellano Khoury y Leonor Tejada. Editora Búho, primera edición, noviembre 2014.
- HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos. Derecho en la Constitución de República Dominicana, publicado en el libro “El Derecho del Trabajo en las Constituciones de Iberoamérica”, coordinado por Teodoro Palomino. Editorial Juris Laboral, Lima, Perú, págs. 493-518.
- HERNÁNDEZ QUEZADA, Porfirio. El derecho del trabajo en la constitución de República Dominicana, publicado en el libro “El Derecho del Trabajo en las Constituciones de Iberoamérica”, coordinado por Teodoro Palomino. Editorial Juris Laboral, Lima, Perú, págs. 477-492.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. El derecho del trabajo en la Constitución Dominicana, publicado en el libro “El trabajo y la Constitución”, homenaje al profesor Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 351-359.
- HERRERA CARBUCCIA, M.R. Estudios Críticos de Derecho del Trabajo, vol. I. Impresora Soto Castillo, Santo Domingo, 2000, págs. 1-9.
- HERRERA CARBUCCIA, M.R. Estudios de Igualdad y Diversidad en materia laboral. Impreso Soto Castillo, Santo Domingo, 2011, págs. 163-178.
- Igualdad de Remuneración. Estudio General de la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 1ª edición. Ginebra, 1986, OIT.



JORGE GARCÍA, Juan. *Derecho Constitucional Dominicano*. Tercera edición 2016, auspiciado por el Tribunal Constitucional Dominicano. Editora Corripio, págs. 93-97.

JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Ius Novum, 2012, Santo Domingo, págs. 715-728.

MANILU, Pablo Luis. *Constitucionalismo Social*. Astrea, Buenos Aires, 20016, págs. 22-79.

VALDES DAL-RE, Fernando. *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Editorial Bomarzo, primera edición, 2016.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y CULTURA CONSTITUCIONAL

Dr. Lucio Pegoraro,
Catedrático de la Universidad de Bolonia, Italia



Dr. Lucio Pegoraro

Catedrático de Derecho público comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León, docente en el doctorado de Derecho constitucional de la Universidad Libre (Bogotá) y doctor h.c. por tres universidades. Director del Centro *Studi sull'America Latina* de la Universidad de Bolonia. Ha publicado una quincena de monografías y es autor de alrededor de 150 ensayos y artículos y otros tantos escritos –notas, comentarios, introducciones, prefacios, editoriales, etc.– sobre distintos temas de derecho comparado –método, fuentes del derecho, instituciones, justicia constitucional, reforma constitucional, descentralización, derechos y libertades, etc.–, publicados en italiano, castellano, francés, inglés, portugués y árabe; en revistas y volúmenes editados en Canadá, Portugal, México, Perú, Francia, Venezuela, Brasil, Chile, Argentina, Ecuador, España, Georgia, República Dominicana, Costa Rica, Reino Unido, Colombia.

«¡Escuchadme!
¡A partir de hoy
el idioma oficial de San Marcos será el sueco!»
Woody Allen's *Bananas* (1971)

Abstract

El ensayo analiza las dificultades que se encuentran a la hora de exportar los principios del constitucionalismo donde la cultura “constitucional” es diferente a la occidental. Además de denunciar las contradicciones internas y el abandono de algunos principios clave que lo inspiraron (desde “*no taxation without representation*” a “*fraternité*”), y el ataque a la misma idea de constitución por parte del neoconstitucionalismo, se centra en las características de algunas concepciones del Derecho antitéticas al constitucionalismo, o que proponen diferentes axiologías de valores. En particular, señala que algunas experiencias recientes basadas en la constitucionalización de las tradiciones proponen soluciones compatibles con las occidentales, de las cuales acentúan algunas características latentes.

Palabras-clave: Constitución – constitucionalismo – culturas jurídicas – cultura constitucional – tradición

Abstract

The article analyses the difficulties to export the principles of constitutionalism where “constitutional” culture is different from the Western one. In addition, it aims to underline internal contradictions and the abandonment of some key principles that inspired it (such as “*no taxation without representation*” to “*fraternité*”), as well as the attack on the core values of the constitution by the so called “neoconstitutionalism”. It then focuses on the characteristics of some conceptions of the law that



are deemed to be antithetical to constitutionalism, or that propose different axiologies of values. In particular, the study points out that some recent experiences based on the constitutionalisation of traditions do offer solutions compatible with the Western ones, by emphasising some latent features.

Key-words: Constitution – constitutionalism – legal cultures – constitutional culture – tradition

1. Definiciones

Como a menudo se recuerda en la doctrina, un acercamiento analítico a una investigación jurídica presupone, en primer lugar, el análisis de la pregunta a que se quiere responder: o sea «¿qué significan las palabras “constitucionalización del Derecho y cultura constitucional”?». Hay que analizar, de forma separada y conjunta, los términos “constitucionalización” (y “constitución”/“constitucionalismo”), “Derecho”, (“cultura jurídica”) y “cultura constitucional”.

1.1. “Derecho”

El primer es “Derecho”: los comparatistas occidentales liberal-democráticos y constitucionalistas solo rara vez (o “epidérmicamente”) hacen el esfuerzo de aprovechar y aceptar conceptos que son ajenos a nuestra cultura, como el de “*amae*” (armonía) en el Derecho japonés, “*fa*”, “*li*”, “*hexie*” en el Derecho chino, “*dharma*” en el Derecho hindú, “*ubuntu*” o “*fanaby maba-olona*” (principio de existencia) en el Derecho africano, “*sumak kawsay*” en el idioma kichwa, pero también “deber”, “moral”, “religión”, “naturaleza”, “familia”, “tribu”, “perdón”, “ocio”, “tradición”, “corrección”, “deferencia”, “felicidad”, etc., que no solo condicionan pre-jurídicamente, sino vertebran el modo de entender lo que nosotros llamamos “Derecho”. Es la supremacía del “Occidente jurídico”. El jurista occidental no parece entender, en toda su gravedad, los cambios que cada vez más afectan a los fenómenos jurídicos. Prefiere, de hecho, continuar usando una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente

euroatlántica. En otras palabras, le preocupa delimitar y especificar en qué consiste el “Occidente jurídico” y «los argumentos con los que Occidente, máximo artífice [de] la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas. Son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que solo nosotros tenemos el Derecho, mientras que los demás solo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos»¹.

Metodológicamente, la ampliación del concepto de Derecho debería implicar una renuncia al menos parcial del método utilizado en los estudios del Derecho tal como se concibe en nuestra cultura jurídica, y del uso de ciencias aquí consideradas autónomas y distintas, como la sociología o la antropología²; implica adaptar el léxico occidental a conceptos casi intraducibles en las categorías jurídicas occidentales³; además, eso implica sobre todo resignarnos a aceptar un sentido *comparativo* de “Derecho” muy amplio, es decir como “normas que limitan el comportamiento humano”⁴, desafortunadamente renunciando a la distinción entre normas “legales” y normas “sociales” o “religiosas”. En muchas culturas, la naturaleza cogente de estas últimas prevalece sobre la compulsión de las reglas producidas por el Estado o por otros sistemas de cuya naturaleza “jurídica” nadie se atreve a dudar⁵.

- 1 M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, p. XII.
- 2 Para la doctrina sobre el método y el método comparado véase L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, trad. esp. L. PEGORARO, A. RINELLA *Derecho constitucional comparado*, 1, L. PEGORARO, *La ciencia y el método*, Astrea-Unam, Buenos Aires-México, 2016, *passim*; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. esp. *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*, 2 volúmenes, Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Torino, 2018, cap. I.
- 3 A veces se necesitan páginas completas para traducir palabras como “fa” o “li”: v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Angeli, Milano, 1999, p. 29 ss.
- 4 Cfr. R. GUASTINI, parte I, cap. V, “Ancora su diritto e forza”, § 4, “Il concetto di obbligo giuridico”, en ID., *Discutendo*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, p. 78.
- 5 Véase A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Prefazione a L.-J. CONSTANTINESCO, Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996 (trad. it. del libro de L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1971), p. XXXV: «La noción occidental de Derecho es insuficiente para promover una investigación efectivamente macro-comparada, útil para encontrar los arquetips de las categorías». Puede ser extendida a este tipo de acercamiento al Derecho constitucional/público comparado la crítica que Guastini formula a los críticos del realismo: ellos, «aparentemente, no están interesados en (el mero) conocimiento del Derecho, y por lo tanto de las prácticas interpretativas que, del Derecho, son una parte constituyente. Lo que les interesa es solo participar en la práctica jurídica “desde el punto de vista interno”. Digámoslo así: a la ciencia jurídica definitivamente prefieren la política del Derecho antes que el Derecho. En lugar de describir imparcialmente el Derecho, prefieren (contribuir a) hacerlo» (R. GUASTINI, “Ermeneutici e analitici”, parte II, cap. II, § 4, de ID., *Discutendo*, cit., p. 225). Y además: «Una norma fundamental



1.2. Constitución”

El término “constitucionalización” deriva de “constitución” y “constitucionalismo”, a los que otorga un sentido dinámico.

“Constitución” en su significado común significa “la forma en la cual una cosa es constituida”, pero este sentido amplio corresponde solo a uno de los significados de “constitución” en el lenguaje jurídico⁶. Aparte del significado de “*constitutio*” en el Derecho romano, normalmente se entiende, como significado originario de esta expresión en el lenguaje jurídico moderno, una organización política de tipo liberal y garantista, como la consagrada por el famoso art. 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 («Cada sociedad en la cual no estea establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución»). No solo forma, pues, sino también sustancia: un mero documento, que sin embargo solemniza la garantía de los derechos y la división de poderes⁷.

La forma caracteriza además otro sentido de “constitución”, cuando se hace referencia a un documento solemne, con un *nomen* a veces diferente⁸,

condicionada por una definición de “Derecho” jusnaturalista, claramente no sirve para la descripción de la ley positiva vigente. Solo puede cumplir tareas de política del Derecho: acreditar las normas que se ajustan a la ley natural como vinculantes, desacreditar las normas que no se ajustan a ellas como no vinculantes. El discurso jurisprudencial de los jusnaturalistas no tiene nada genuinamente descriptivo» (ID., “Problemi concettuali del normativismo”, parte I, cap. X, § 1, de ID., *Discussendo*, cit., p. 126).

6 Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.

7 Varias definiciones de constitución en R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2002, trad. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008 (y varias voces de L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, trad. esp. *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012,); G.G. FLORIDA, “Qu’est ce-que ... la constitution?”, en ID., *Scritti minori*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3 ss. Para un marco general (historia del concepto, doctrinas subyacentes, teorías generales, clasificaciones, etc.) v. C. MORTATI, voz “Costituzione (Dottrine generali)”, en *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132 ss.; F. MODUGNO, “Il concetto di costituzione”, en AA.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 volúmenes, Giuffrè, Milano, 1977, I, p. 197 ss.; P. BARILE, M. FIORAVANTI, voz “Costituzioni”, en *Enc. sc. soc.*, II, Ist. enc. it., Roma, 1992, p. 548 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, trad. esp. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001; J. GIL, voz “Costituzione”, en *Enc. Einaudi*, IV, Einaudi, Torino, 1978, p. 3 ss. En clave politológica G. SARTORI, “Costituzione”, en ID., *Elementi di teoria politica*, 3ª ed., il Mulino, Bologna, 1995, p. 13 ss.

8 “Estatuto”, “Carta”, “*Grundgesetz*” o “Ley Fundamental” o, en otras formas de Estado, “Principios Fundamentales” o “Programa común”, como en China.

a menudo pero no siempre aprobado con procedimientos especiales, muchas veces con contenidos amplios y genéricos, que siempre conciernen a los poderes, a las relaciones entre órganos del Estado y casi siempre (hoy) también a las relaciones entre autoridad y libertad (es decir, los derechos), con indicación de las finalidades del Estado, exposición de axiologías y decisiones de valores⁹.

Existe además un sentido “sustancial” (y no ideológico) de “constitución”, que equivale al conjunto de normas consideradas fundamentales en cada ordenamiento¹⁰. Cualesquiera que sean las doctrinas inspiradoras y los fines perseguidos, cada sistema tiene su propia constitución. Se entiende entonces por “constitución en sentido sustancial” el conjunto de los actos y hechos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional incluyendo, además de la constitución formal también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal.

El concepto debe mantenerse separado tanto del de “constitución viviente”, que es la constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos, como del de “constitución material”¹¹: se habla de “constitución material”, tanto en el sentido de conjunto de valores fundamentales y no modificables de un sistema, como en el sentido más reducido de núcleo originario derivado de la voluntad política, que no está sometido al Derecho, sino lo crea¹².

-
- 9 R. BLANCO VALDÉS, voz “Constitución”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 37 s.
- 10 V. por ej. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Utet, Torino, 1985, p. 169 ss. (y también C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Cedam, Padova, 2 volúmenes, I, 1975, p. 31). En este sentido, por ejemplo, W. Bagheot escribe *The English Constitution*, Sir W.I. Jennings *The British Constitution*, y otros autores, varios manuales de *Constitutional Law* británico (es decir, de un sistema sin constitución escrita): v. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Chapman & Hall, London, 1867, trad. it. *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995; y W.I. JENNINGS, *The British Constitution*, Cambridge U.P., London, 1941, 5ª ed., reimpr. Un. Printing House, Cambridge, 1971.
- 11 C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. En sus *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, p. 34, C. MORTATI explica que «no es correcto suponer que una constitución formal, una vez que haya entrado en vigor, resume totalmente ese conjunto de elementos y factores que se incluyen en el concepto de constitución material, de modo que se les pueda considerar irrelevantes para el estudio del Derecho, y ponerlos en el espacio de lo pre-jurídico», haciendo referencia al concepto de “Derecho viviente” que en sí (es decir, en la eficacia) encuentra legitimación.
- 12 La formulación más extrema (y conocida) de la constitución como producto de la fuerza y de los cánones, y en consecuencia “trozo de papel”, es de F. LASSALLE, “Über Verfassungswesen” (1862),



1.3. “Constitucionalismo”

«El “constitucionalismo” –escribe R. Blanco Valdés– que toma su nombre del principal documento jurídico a través del cual se expresan aspiraciones sociales y políticas del pensamiento liberal (la Constitución), se generalizó, a partir del precedente inglés, como movimiento político e ideológico en la segunda mitad del siglo XVIII con el objetivo histórico de superar los elementos constitutivos del absolutismo y con el desafío de construir no solo unos nuevos regímenes políticos sino también una nueva sociedad. Así, frente a la concentración del poder en manos del Rey que caracterizó a las Monarquías absolutas, el movimiento constitucional constituyó los tres Poderes del nuevo Estado liberal (legislativo, ejecutivo y judicial) y proclamó la necesidad de separarlos, equilibrando y coordinando sus funciones respectivas. Además, frente a los privilegios estamentales que definieron durante decenios a la sociedad del *Ancien Régime*, el constitucionalismo proclamó los derechos del hombre y del ciudadano, comenzando por el derecho que todas las personas tenían a la igualdad ante la ley»¹³.

Una de las claves de esta doctrina está representada por el principio de

en ID., *Gesammelte Reden und Schriften* (al cuidado de E. BERNSTEIN), 2 volúmenes, Cassirer, Berlin, 1919, p. 38. En este último significado, los comparatistas pueden usar la expresión para estudiar ordenamientos que someten el Derecho a la fuerza, y no la fuerza al Derecho. También H. KELSEN habla de constitución material (en *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, cap. V, § 35, let. a, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 252), pero en el sentido de “regla sobre la producción de reglas”.

- 13 R.L. BLANCO VALDÉS, voz “Constitucionalismo”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 40. La literatura es copiosa. Entre otros, v. C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1940), Cornell U.P., Ithaca, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Neri Pozza, Vicenza-Venezia, 1956, e il Mulino, Bologna, 1990; F.D. WORMUTH, *The Origin of Modern Constitutionalism*, Harper & Row, New York, 1949; J.M. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon, Oxford, 1955; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, 3ª ed., Utet, Torino, 1976; ID., voz “Costituzionalismo”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (eds), *Il dizionario di politica*, 3ª ed., Utet, Torino, 2004, p. 226 ss., y en N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno: lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 127 ss.; D.S. LUTZ, *The Origin of American Constitutionalism*, Louisiana State U.P., Baton Rouge, 1988; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo*, Ivap, Oñati, 2001; S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Princeton U.P., Princeton, 1996, trad. it. *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, il Mulino, Bologna, 2003, y G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, e II, *La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 1998 e 2000. Reflexiones útiles en H. GLASER (ed.), *Norms, Interests, and Values: Conflict and Consent in the Constitutional Basic Order*, Nomos, Baden-Baden, 2015, centrado sobre «the foundational consensus manifested in the constitutional basic order» (p. 9).

separación de poderes: este se inspira en gran medida por la exigencia de limitar el poder político concentrado en las manos del Monarca y para proteger la libertad de los individuos¹⁴. Un segundo factor caracterizador tiene que ver con la garantía de los derechos. Los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII marcaron el fin del Estado absoluto y la afirmación del Estado constitucional de tipo liberal. Estos acontecimientos señalaron, además, la afirmación del constitucionalismo, es decir, aquel conjunto de conceptos y principios que encontraron su expresión más relevante en las cartas constitucionales. El Estado constitucional, pues, funda su legitimación en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales e inalienables de la persona, así como sobre la codificación de instituciones e instrumentos idóneos para poner límites al poder político.

Sin embargo, el programa del constitucionalismo sufrió reacciones, frenes, bloqueos, correcciones y negaciones. Como recuerda Blanco Valdés, «No es casual, a la vista de ese contraste entre los principios proclamados y la realidad efectiva del constitucionalismo y a la vista, igualmente, del hecho de que el Estado constitucional será originariamente una realidad histórica restringida a un reducido grupo de países, que la evolución del constitucionalismo fuera a producirse durante los siglos XIX y XX en una doble dirección: por un lado, en el de la extensión geográfica del fenómeno constitucional; por el otro, en el del progresivo perfeccionamiento de los mecanismos jurídicos y políticos destinados a garantizar la eficacia de los dos principios basilares del constitucionalismo: la libertad y la igualdad»¹⁵.

1.4. “Cultura jurídica” y “cultura constitucional”

Para definir el sentido de “cultura constitucional”, es necesario definir previamente el significado de “cultura jurídica”. El comparatista debe

14 Véase G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1994.

15 R.L. BLANCO VALDÉS, voz “Constitucionalismo”, cit., p. 42. La búsqueda de un punto de equilibrio entre la libertad de los individuos y la autoridad del poder público ha evolucionado en la historia, a través de la evolución de las cartas constitucionales y de los principios que forman su columna vertebral: la afirmación de los derechos y libertades fundamentales, la autonomía del individuo y de la sociedad civil hacia el Estado, la separación de poderes y las instituciones democráticas, el principio de legalidad, la afirmación del valor primario de la ley como expresión de la voluntad general, la reserva de ley, etc.



ponerse el interrogante de *si y cuándo* el formante cultural pertenece a la esfera de lo jurídico, al menos en aquellos ordenamientos que no aceptan el Derecho occidental¹⁶. En la composición de los elementos de evaluación entran también factores apreciables no sólo desde una perspectiva jurídica (occidental), sino también histórica, económica, sociológica¹⁷.

La cultura jurídica representa el resultado de los que Rodolfo Sacco llama “formantes” del ordenamiento: expresión, utilizada para indicar a los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un lugar determinado y en un momento determinado¹⁸.

En los ordenamientos contemporáneos, los formantes principales son: la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir, el conjunto de disposiciones

16 Sobre la existencia de una tradición jurídica occidental H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard U.P., Cambridge, 1983, trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 1998; J.M. KELLY, *A Short History of the Western Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1992. P.G. MONATERI, *Geopolitica del Diritto*, crítica a Berman, quien habría reducido todo Occidente (europeo) al estadounidense.

17 Sobre el debate relativo al uso de la cultura jurídica y de la cultura en general como paradigma de comparación, véase R. COTTERELL, “Comparative Law and Legal Culture”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 709 ss. *Ivi*, p. 717 ss., 725 ss., algunas consideraciones sobre la dificultad (pero no imposibilidad) de definir qué es “cultura” (jurídica o no). Véase también A. RILES, “Comparative Law and Socio-Legal Studies”, *ivi*, p. 796 ss., que menciona (y critica) la concepción de Weber (de cultura en términos «general and quite totalizing» – p. 802) y la observación de P. Glenn que «antropologists since the 1960s universally reject a concept of culture as an integrated, totalizing whole» (p. 798). Sobre los formantes metajurídicos (“Metalegal Formants”), en el marco de un “common core approach”, véase M. BUSSANI, U. MATTEI, “The Common Core Approach to European Private Law”, en *Columbia law journ. eur. law*, n. 3, 1997, p. 339 ss. y Appendix 1. De M. BUSSANI, U. MATTEI (eds) véase también *The Common Core of European Private Law – Essays on the Project*, Kluwer Law International, The Hague-London-NewYork, 2002. En particular, sobre constitución y cultura, J.A. DA SILVA, “Constituição e cultura”, en AA.VV., *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, Inst. Iberoam. de Der. Const. et al., Lima, 2009, I, p. 555 ss.; M. CARBONELL, “Constitucionalismo y multiculturalismo”, en J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, 2 volúmenes, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, II, p. 4757 ss.

18 R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *Am. journ. comp. law*, n. 2, 1991, p. 343 ss; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, p. 43 ss. Como lo recuerdan M. BUSSANI, U. MATTEI, “The Common Core Approach to European Private Law”, *cit.*, p. 339, «a list, even an exhaustive one, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. Neither are the statutes the entire law, nor are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, Sacco’s reasoning continues, it is necessary to analyze the entire complex relationship among what he calls the ‘legal formants’ of a system. (...) All these formative elements are not necessarily coherent with each other within each system».

adoptadas por el legislativo; el conjunto de opiniones expresadas por los expertos; y el conjunto de decisiones de los jueces¹⁹. Sin embargo, existen también formantes que, a diferencia de los mencionados, no resultan de fórmulas enunciadas de modo expreso. Sacco define como “criptotipos” a aquellos modelos implícitos que están presentes en los diversos sistemas jurídicos y que actúan de forma penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas. Aun cuando no están enunciados expresamente se perciben y transmiten entre generaciones de juristas y «asumen, para quien los usa, el carácter de cosa ‘obvia’». Normalmente, un jurista que pertenece a un sistema determinado tiene mayor dificultad en librarse del conjunto de “criptotipos” presentes en su sistema, que en abandonar la regla de la que está plenamente consciente. Tal «sujeción a los “criptotipos” constituye la “mentalidad” del jurista de un determinado país. Y la diferencia de mentalidad representa el principal obstáculo a la comprensión entre juristas de procedencia territorial diferente, algo que solamente se puede obviar con el ejercicio de la comparación a nivel sistemático e institucional»²⁰.

Para definir “cultura jurídica”, pues, es fundamental centrarse en el papel de la doctrina (y su sensibilidad frente a los criptotipos) aunque hoy, en el mundo occidental, no produce directamente Derecho autoritativo²¹. Es necesario entonces alejarse de la visión del positivismo legis-

19 Análogamente en este sentido, ya E. ZITELMAN, “Aufgaben und Bedeutung der Rechtsverleichung”, en *Deutsche Jur.-Zeit.*, V, 1900, p. 329, para el cual los tres campos de actividad jurídica son la praxis, la investigación y la creación (o normación).

20 R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 128.

21 Pero no ha sido siempre así en el pasado, ni así es hoy en cualquier sitio: en el Derecho romano, y hasta la revolución francesa (e incluso más tarde, en Alemania, gracias a la Pandectística y en Andorra hasta 1993), la doctrina también creaba Derecho: la manifestación más clara de ello fue la “Ley de las citas”, con la cual en 426 d.C. Teodosio II creó una suerte de *Stufenbau* de las opiniones de los juristas, con en el vértice de la jerarquía a Pablo, Ulpiano, Gaio, Modestino y otros, y criterios para resolver las antinomias. El Derecho hindú se basa todavía ampliamente (aunque de forma recesiva) en las interpretaciones de los doctos recopiladas entre los siglos XII y XVII en los *nibandhas*, comentarios del *Manusmrti*, o “Código de Manu”. [Véase al menos W.F. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U.P., New Delhi, 2003; R. LINGAT, *The Classical Law of India*, Un. of California Press, Berkeley, 1973; ID., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton & Co., La Haya, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003; P. DIWAN, *Modern Hindu Law*, 9ª ed., Allahabad Law Agency, Allahabad, 1993. Una síntesis eficaz de las fuentes de ese Derecho se encuentra ahora en D. AMIRANTE, voz “Derecho hindú y Derecho indio”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 116 ss.; ID., *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2013, p. 1 ss., y en *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2013, p. 239 ss.; ID., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bup, Bologna, 2014]. El Derecho musulmán, que vincula a 1.300



lativo –defendedor de la “univocidad de la regla”– a favor de una visión (también positivista) del Derecho que dé a cada formante su papel, según los tiempos y lugares.

Este nos permite introducir la cuestión de la fractura entre “cultura jurídica” y “cultura constitucional”. Esta expresión adquiere hoy valores y caracteres “favorables”, igual que la palabra “constitución” en el artículo 16 de la Declaración. No es científicamente neutral. “Cultura constitucional” es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder –el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores–, para imponer un “núcleo ético esencial” que dirige esos valores, los limita y a veces incluso los anula.

Entonces, la cultura jurídica constitucional de hoy pasa a través de la constitucionalización del Derecho, en la medida en que hace de la constitución (y su “doctrina”) un elemento esencial del Estado de Derecho.

2. Constitucionalización del Derecho

Desde una perspectiva interna, la expresión “constitucionalización del Derecho” tiene un sentido estricto: la interpretación tradicional es que la constitución permea cualquier rama del Derecho de cada ordenamiento: civil, penal, laboral, mercantil, financiero, etc., interpretados

millones de personas, tiene entre sus fuentes la *ijma*, es decir, la opinión acorde de la comunidad (sunnita, no chiita) de los juristas-teólogos, o al menos de los más destacados, a condición de que esté muy difusa y formulada claramente. Véase M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 387 ss. Como nos recuerda M. OLIVIERO, voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 120 ss., «La ciencia del Derecho islámico (*ilm’al-fiqh*) se divide en dos grandes partes. Por un lado, se compone por las ‘raíces’ (*usūl al-fiqh*) que explican por medio de qué procedimientos y qué fuentes ha sido hallado el conjunto de disposiciones que constituyen la *Shari’a*. Son consideradas ‘raíces’: el Corán (*Qur’ān*), la sunna (*sunnat al-nābī*), el consenso (*iǧmā*) y la analogía (*qiyās*). Por otro lado, se encuentra constituida por las ‘ramas’ (*furū al-fiqh*) de la jurisprudencia. Los *furū*, considerados por los doctos de las leyes (*‘ulamā*) como derivados de la primera división, comprenden algunas materias que, utilizando las modernas categorías jurídicas occidentales, constituyen el Derecho privado, el Derecho penal, el Derecho procesal y parte del Derecho público».



conformemente al léxico y los “valores” de la propia constitución. A su vez, la “cultura constitucional” sería la cultura que acepta y defiende la superioridad de la constitución: por supuesto, si tiene los contenidos que hemos mencionado con anterioridad.

Además de la lectura interna existe una comparada. “Derecho” no es el Derecho de cada ordenamiento estatal (occidental), y cultura no es (solo) la cultura de la Ilustración. La palabra “constitucionalización” entonces tiene que ver con la exportación de esas teorías, a las cuales otorga un sentido universal. Sin embargo las constituciones no son ajenas al sistema jurídico en el cual están engarzadas: las cartas constitucionales —ya sea en el caso en que supongan una ruptura con el ordenamiento precedente, ya sea en el caso en que sean una evolución— reflejan (en todo o en parte) los rasgos característicos del sistema jurídico en el contexto del cual se erigen como parámetro supremo de referencia. Las ideas y valores que inspiran el nacimiento de una constitución cambian respecto del viejo régimen; sin embargo, la nueva constitución debe ajustarse necesariamente en un marco jurídico de relaciones, restricciones, facultades, libertad, obligaciones etc., que en general sobrevive al nacimiento de la nueva constitución. La constitución diseña las relaciones entre autoridad y libertad; establece los aspectos organizativos fundamentales del ordenamiento de las autoridades públicas y formula los principios y criterios para salvaguardar las libertades de los individuos. Por lo demás, se integra en un contexto jurídico que dista mucho de ser una *tabula rasa*. En otras palabras, cada constitución debe hacer las cuentas con el sistema jurídico preexistente: esto en parte resistirá a la llegada del nuevo orden constitucional, en la medida en que resultará compatible con él; en parte se enfrentará a derogaciones por incompatibilidad o al menos reinterpretaciones.

Los sistemas de fuentes están hoy prevalentemente condicionados y gobernados por la constitución, que afecta su estructura no solo si la comparamos con el Estado decimonónico, sino también en las familias y formas de Estado no occidentales y/o no liberal-democráticas (con fuertes bases consuetudinarias, jurisdiccionales/doctrinales, teocráticas). A pesar del ataque que incluso la constitución sufre hoy, por parte de fuentes supranacionales o transnacionales (y las corrientes neoconstitucionalistas), cualquier discurso sobre las fuentes (y sobre el Derecho) no puede entonces prescindir de un discurso sobre la constitución. Esta representa, por un lado, el elemento de cambio más visible respecto a la sistematización de



las fuentes del siglo XIX; por otro lado, incluso y sobre todo, la defensa más fuerte (aunque a veces no efectiva) hacia las “otras” formas de pensar el Derecho: tanto el el Derecho producido por entidades supra o trans-estatales, como el Derecho con base tradicional, “exportado” a veces hasta fuera de las regiones donde se encuentra normalmente; como el Derecho occidental en áreas donde las constituciones mantienen un espacio para las concepciones tradicionales²².

En este sentido se puede entonces hablar de una “constitucionalización del Derecho” que se da entre la época de las codificaciones y la actual, de la internacionalización del Derecho, donde la idea de “constitución” permanece, sin embargo privada de muchos contenidos, a favor del concepto de hiper-constitución y del Derecho convencional.

Todas estas fases están marcadas por un ineluctable carácter eurocéntrico, expansionista y doctrinariamente “imperialista”, que da por hecha la alineación entre formante jurídico-constitucional y formante cultural (en el constitucionalismo clásico), o al revés, lo sacrifica a favor del formante jurisprudencial/internacional (hoy).

2.1. Los códigos, “constituciones” de la burguesía

La “constitucionalización del Derecho” no se daba todavía en la época de los códigos elaborados tras la Revolución Francesa²³: las “verdaderas”

22 Sobre los graves problemas epistemológicos que conlleva el estudio del Derecho constitucional comparado cuando se refiere a “otros” Derechos véase ahora, con un enfoque basado en el respeto a los demás y ya no en la tolerancia, C. SBAILÒ, “Per un approccio concreto ed ermeneuticamente orientato al costituzionalismo islamico contemporaneo”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 673 ss.; N. GARAY MONTAÑEZ, “Lo decolonial y su influencia en el derecho constitucional”, *ivi*, I, p. 991 ss.; M. CARDUCCI, “‘Ragione politica’ della comparazione e ‘costituzionalizzazione’ delle tassonomie”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2017, p. 1097 ss.

23 Lo que distingue las consolidaciones y las codificaciones antiguas (el Código de Hammurabi, el Decálogo de la Biblia, las Doce Tablas, el Código de Justiniano, etc.) y las posteriores, hasta el siglo XVIII, de los códigos elaborados después de la Revolución francesa, es que estos últimos, rechazando la supervivencia del *jus commune* y de los Derechos particulares, con base en de las ideas del iusnaturalismo racionalista, del iluminismo o del iuspositivismo, pretenden modificar *funditus* el sistema de fuentes, y no solo racionalizar las fuentes existentes en una compilación dirigida a hacerlas más conocibles.

constituciones de aquella época, en efecto, eran no tanto (o no solo) los documentos por lo general breves, flexibles y “concedidos” por los Monarcas a la burguesía reunida en los nuevos Parlamentos, sino –como se ha dicho– justamente el *corpus* de los códigos²⁴.

Al principio el producto creado es unívoco y compacto. Las fuentes son aquellas nuevas, los códigos; el Parlamento es el sujeto que genera las fuentes; la nueva clase social representada en el Parlamento toma, en aquella sede, los propios derechos de autonomía (de darse reglas), de libertad (de ser protegida de los abusos de los soberanos), de dominio (de disfrutar la propiedad). Hay conexiones recíprocas, no solo entre estas categorías de derechos, sino también entre derechos, lugar de producción (el Parlamento), forma de producir (la ley, el código), ideología (liberalismo). Los distintos fragmentos (componentes) del Derecho constitucional son por tanto coherentes, solo hasta cuando –en cada Estado– hay equilibrio entre economía, cultura y Derecho, y solo hasta donde el Derecho es expresión de las mismas exigencias económicas y culturales (el mundo occidental de la revolución burguesa)²⁵.

Las codificaciones francesas, alemanas y suiza representaron los modelos de una recepción de alcance ecuménico²⁶. Sin dejar de influir en los

24 L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 29; v. también L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*, tomo A, cit., p. 316 ss.

25 Como destacan F. PALERMO, M. NICOLINI, “La semantica delle differenze e le regole diseguali: dall’egualitarismo nel diritto all’eccezione culturale”, en AA.Vv., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 2 vols, Esi, Napoli, 2014, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, p. 523, «Nello Stato censitario e monoclasse, la borghesia, per un verso, si avvantaggia dell’affrancamento del capitale e del patrimonio dagli ormai aboliti vincoli feudali e corporativi; per altro verso, percorre, senza soluzione di continuità, il circuito della rappresentanza politica, dove i rappresentanti, espressione della medesima classe dei rappresentati, decidono a maggioranza, elevando, sotto il velo dell’eguaglianza, un interesse ‘proprio’ a volontà di tutti i consociati». Cfr. además M. PEDRAZZA GORLERO, *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione ed obbedienza*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2012, p. 163: «l’autore della costituzione ... è ... la borghesia, cioè la medesima classe politica che, attraverso i suoi rappresentanti eletti nel Parlamento, delibera le leggi». Lo que explica por qué las “normas sobre las fuentes”, en época liberal, se encuentran en las “Disposiciones sobre la ley en general” preliminares al código civil: es el «rilevato costituzionale allora spettante al Codice stesso», «Carta fondamentale della borghesia»: véase L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 29. Sobre el Estado monoclase cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 35 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*. Un’introduzione, Giappichelli, Torino, 2006, p. 72.

26 Los territorios restaurados después de la caída de Napoleón asistieron casi todos a repentinas abrogaciones de los códigos franceses allí introducidos y al momentáneo resurgimiento del *jus commune*; pero su evidente inadecuación, la difusión de la cultura iluminista, las exigencias de unificación del Derecho, las presiones de los movimientos liberales, indujeron a los distintos príncipes a proceder a nuevas codificaciones (cuando no se conservó simplemente el *Code civil*).



países objeto de la la conquista napoleónica, como Suiza, Italia, los Países Bajos y Bélgica, los códigos franceses fueron exportados a otras regiones de Europa y del mundo²⁷.

Inmunes a los influjos del *common law*, en el curso del siglo XIX todos los Estados latinoamericanos, que apenas acababan de alcanzar la independencia, consideraron indispensable dotarse de códigos y superar el Derecho basado en las Leyes de Indias, las llamadas Siete Partidas (América española) o las *Ordenações Filipinas* (Brasil). Allí, la codificación habló francés por la imposibilidad de utilizar otros modelos, en particular los de los países de lengua materna –España y Portugal– los cuales no solo representaban la antigua potencia colonial, sino que carecían de códigos civiles respectivamente hasta 1889 y 1867, cuando se proveyeron de los mismos imitando el prototipo napoleónico. En el mismo tiempo, otras experiencias dan testimonio del exitoso intento de implantar en el *corpus* del “ultraocéano” institutos propios del Derecho indígena²⁸. Después de mediados del siglo, los códigos franceses fueron contemplados también, en el Norte del continente, por Luisiana, Quebec y hasta por California y Dakota; así como, después de la descolonización, por las ex-colonias francesas y por Somalia y Etiopía. En los territorios musulmanes, sin embargo, la implantación de los códigos franceses ocasionó problemas por la enorme distancia que separaba, y continúa separando, las concepciones filosóficas, culturales, religiosas y las condiciones políticas, económicas y sociales de Occidente respecto a las del mundo islámico y del Derecho por él expresado: era fatal que un Derecho rígido manifestase oposición hacia las instancias de renovación²⁹.

Los códigos alemanes y, en particular, el *BGB*, no fueron nunca objeto de pasivas recepciones pero su influencia fue notable en Japón y en China (código de 1929); en Brasil y en Perú; en Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia y en Grecia. A su vez, el código civil suizo no solo representó una piedra miliar de la modernización turca emprendida por Mustafa

27 V. en general P.G. MONATERI, A., SOMMA, *Il modello di civil law*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2009.

28 Véase ahora S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017, p. 55 ss.

29 Que sin embargo fueron perseguidas en otras ocasiones: en el Imperio otomano, donde la Ley de las Capitulaciones, que aseguraba la aplicación del Derecho occidental a los europeos, había favorecido una parcial familiarización de varios sistemas jurídicos, la influencia francesa se traduce en un código comercial en 1850 y en un código penal en 1858. Así también, en el curso del siglo XIX se proveyeron de códigos Túnez, Argelia y Egipto.

Kemal (1927)³⁰, sino que también llegó a influenciar a numerosos países de Europa Oriental³¹, de Sudamérica³² y de Asia³³.

No obstante las numerosas crisis de rechazo que la codificación sufrió, bien en Europa (especialmente en los países germánicos), bien más tarde en países declarados independientes³⁴, el modelo codificado hunde por todas partes firmes raíces.

El acuerdo perfecto entre código y sociedad de su tiempo empezó a romperse incluso en Occidente apenas el programa liberal expresado por él se demostró insuficiente para afrontar la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social³⁵. La crítica a los códigos proviene, bien de los componentes políticos que reputaban inadecuadas las “gotas de aceite social” a veces incluidas en el texto, bien de la Iglesia, de la doctrina o de la jurisprudencia, llamada a interpretar los códigos y que alcanza a reivindicar con la *Freirechtsschule* –Escuela del Derecho libre– un papel creativo. Fue, sin embargo, el mismo legislador el que propinó el decisivo golpe al modelo codificador, en el que el Estado liberal se reconocía³⁶. Al final del siglo XIX y, sobre todo, después de la I Guerra Mundial, la legislación laboral, aseguradora, previsora sobre los alojamientos, etc., viene a afincarse y a sobreponerse a los códigos, formando un cuerpo de leyes especiales, con las que los Parlamentos querían satisfacer las necesidades de nuevas clases y de particulares grupos³⁷. Clases y grupos que buscaban amparo en un documento –la constitución– llamado a fijar las reglas del juego, y por tanto más “rígido” de la ley aprobada por las mayorías simples.

30 M.G. LOSANO, *L'ammmodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2ª ed., Unicopli, Milano, 1985.

31 URSS –código civil de 1923–, Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

32 en especial el código civil de Perú.

33 Siam y China.

34 En particular donde la raíz del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y religioso obstaculizó su aplicación.

35 F. KLEIN, “Die Lebenskraft des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches”, en AA.VV., *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Manz, Wien, 1911, p. 3 ss. Sobre la crisis de la ley, v. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), reimpr. Giuffrè, Milano, 1968; F. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973; A.J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado post-social*, Ppu, Barcelona, 1988. Desde la perspectiva de ciencia de la administración, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

36 F. WIEAKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Athenäum Fischer, Frankfurt a.M., trad. it. *Diritto privato e società industriale*, Esi, Napoli, 1983.

37 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999.



2.2. Las constituciones del constitucionalismo y su circulación

La colonización ha implantado sobre cuerpos normativos autóctonos, con legitimación tradicional o divina, *formas* de producción del Derecho derivadas de los arquetipos occidentales, los códigos (o, en el *common law*, un Derecho con base jurisprudencial). A ello se ha acompañado o le ha seguido la fase de la exportación de las constituciones.

Ya en el período revolucionario el reconocimiento mismo de la existencia de derechos naturales no podía más que producirse en su afirmación positiva y en la enunciación de reglas que garantizaran su ejercicio: la fuente por excelencia, la ley, venía llamada a rediseñar el Derecho civil y, a la vez, aunque con un nombre diferente –el de Constitución– venía a delimitar el poder del Monarca, a reestructurar el Estado y a establecer los límites de la administración pública. El Derecho constitucional, en suma, nace como Derecho formalmente legislativo.

Posteriormente, la Constitución presenta forma y contenidos distintos. Forma, porque se vuelve rígida; contenido, porque incorpora los derechos y libertades, es decir la forma de Estado.

La rigidez del texto a través de cláusulas especiales representó la necesidad de recomponer los intereses en conflicto, no sujetos a la regla habitual de la mayoría simple del Parlamento. La flexibilidad, por el contrario, manifestaba la indiferencia de un poder, monóticamente representado en el Parlamento, en utilizar procedimientos diferentes a los de la ley ordinaria para deliberar en las instancias políticas. Esto explica cuáles son las razones por las que las constituciones rígidas se imponen: para tutelar, en los ordenamientos federales, a los Estados miembros contra las posibles interferencias del centro, como ocurrió ya en 1787 con la Constitución de los Estados Unidos³⁸; y debido a la llegada al poder de nuevas clases sociales, que con la eliminación del monopolio de la representación a la burguesía pretenden ponerse a salvo contra cualquier golpe de mayorías simples en un Parlamento que ya no es formado solo por una clase social³⁹. La constitución pactada tiene

38 Es por este motivo, pues, que el proceso implica la participación de los Estados.

39 L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, tomo A, cit., cap. II, pp. 100 ss., 107 ss.

que ser rígida, porque establece las reglas del juego, y estas no pueden ser cambiadas por mayorías electorales⁴⁰.

Casi todos los Estados se han dotado de una Constitución en sentido formal. Así bien, casi todos los Estados tienen constituciones rígidas. Sin embargo, la idea de constitución en sentido francés o norteamericano puede funcionar solo donde la base cultural que produjo las declaraciones de derechos es la misma. De no ser así, se crea una fractura. La gran división está encetrada entre la aceptación o el rechazo de las doctrinas del constitucionalismo, que desmiente la ecuación hecha por el art. 16 de la Declaración de 1789⁴¹: la mayoría de los Estados del mundo se rigen por constituciones sin constitucionalismo⁴². En el mundo occidental se acepta

40 Es cierto, sin embargo, que, incluso en ausencia de las condiciones mencionadas antes (necesidad de un pacto entre el centro y la periferia, o entre las clases sociales), en algunos casos, el deseo de consagrar la inmutabilidad de los principios ha llevado a los constituyentes a endurecer textos que se asumía fuesen dictados por la razón y por lo tanto lejos de cualquier posibilidad de cambio extemporáneo (constituciones revolucionarias francesas de 1791, 1793, 1795). Del mismo modo, hay que recordar que incluso una constitución reputada por muchos como flexible, es decir el Estatuto Albertino, se definía como irrevocable, así como se desprende de la fórmula de promulgación: «Por lo tanto, por Nuestra ciencia cierta, autoridad Regia, contando con el asesoramiento de Nuestro Consejo, hemos ordenado y ordenamos con fuerza de Estatuto y de Ley Fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía, lo siguiente (...)».

41 Sobre las razones que empujan también los regímenes autocráticos a dotarse de una constitución v. A. RINELLA, “Le costituzioni dei regimi autoritari”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 1265 ss., y L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, tomo A, cit., cap. II, p. 167 ss.

42 También hay casos de ordenamientos que hacen referencia al constitucionalismo, sin una constitución en sentido formal (la Unión Europea, el ordenamiento internacional). El Tratado de la Unión Europea, en su art. 6, se refiere a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» que «forman parte de la legislación de la Unión como principios generales»: cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002. En relación con Europa, cfr. por ej. S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Giuffrè, Milano, 2002; L. PATRUNO, *Il modello istituzionale europeo e l’idea di costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006; Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2006; algunos libros colectivos: R. TONIATTI, F. PALERMO (eds), *Il processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell’integrazione costituzionale sovranazionale*, Un. degli studi di Trento, Trento, 2004; G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2004; G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Intersentia, Cambridge-Antwer-Portland, 2013; en la búsqueda de analogías y diferencias, orígenes, modelos, influencias mutuas y peculiaridades de las soluciones adoptadas, v. E. PALICI DI SUNI (ed.), *Diritto costituzionale dei paesi dell’Unione europea*, 3ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015. Del mismo modo, a los valores del constitucionalismo clásico (como los derechos humanos) hace referencia el Estatuto de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948. Las referencias en el preámbulo a los “derechos humanos fundamentales” (en cuyo álveo se incluyen, no solo los derechos consagrados en la Declaración de 1789, sino también los derechos



la forma y el contenido; en otras regiones culturales a veces se acepta, debido a imposición, también el contenido, sin embargo no se implementa; muchas veces se acepta la forma pero se rechaza el contenido. Sin olvidar el efecto de retorno que, por lo menos, la aceptación formal de la idea de constitución determina en el ordenamiento, no solo en cuanto a los derechos y la forma de gobierno, sino también respeto a la misma cultura jurídica, cabe destacar, por lo tanto, la brecha entre el formante normativo (forma constitucional) y el marco jurídico-cultural que lo soporta⁴³.

En su expansión, el constitucionalismo consigue adaptar su índole monoclasa y “monoterritorial” a la llegada de nuevas clases sociales a la arena política, fundando la liberal-democracia, sin embargo no consigue aceptar el pluralismo cultural y proporcionar soluciones distintas a las que se basan en la división de poderes y el respeto a los derechos humanos. No sabe cómo conciliar respeto del hombre y respeto de las culturas, e impone la prevalencia del primero.

El constitucionalismo ha sido *formalmente* adoptado en todas partes o casi, pero limitadamente a la idea de que en la cúspide de la jerarquía de las fuentes se sitúa un texto llamado “constitución”, casi siempre rígida.

2.3. El ataque al constitucionalismo: el neoconstitucionalismo

Del constitucionalismo, las nuevas corrientes neoconstitucionalistas retoman la idea básica de la superioridad de los derechos humanos, sin embargo rechazando de hecho la superioridad de la Constitución como ley fundamental decidida soberanamente por cada sociedad y el propio concepto de soberanía, además de la división de poderes, a favor de los

sociales y de participación), sin embargo, no encuentran sitio en la cultura jurídica de muchos Estados signatarios, lo que explica la falta de aplicación y las violaciones generalizadas y frecuentes de la Declaración en muchas partes del mundo.

43 A nivel doctrinario, los criterios comúnmente aceptados para clasificar las constituciones se basan sobre modelos hegemónicos, y sobre estos los profesores construyen tanto las clasificaciones históricas, como las sincrónicas, basadas en distintos elementos: legitimidad, flexibilidad o rigidez, incorporación o no de los derechos, etc. En particular, las clasificaciones tradicionales de las constituciones tienden a dar por sentada la fuerza expansiva del constitucionalismo (R.L. BLANCO VALDÉS, voz “Costituzionalismo”, cit., p. 40), tienden a resumir en una clase principal las constituciones que lo aceptan, poniendo al margen cuántas lo rechazan, tienden también a matizar las diferencias dentro de la primera clase, así como basarse sobre una concepción estatal del Derecho.

Tribunales constitucionales, de los Tribunales internacionales, de la *soft law* producida fuera o al margen del circuito de legitimidad democrática.

Explica R. Viciano Pastor que «Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico»⁴⁴.

Con la expresión “neoconstitucionalismo” se pretende, en síntesis, indicar la evolución del pensamiento filosófico del constitucionalismo clásico, entendido como la orientación de la doctrina y las instituciones relativas a los límites jurídicos del poder, básicamente desde el periodo de la segunda postguerra mundial, hacia nuevos contenidos, identificados por algunos en: a) una constitucionalización de los derechos, entendidos como normas jurídicas, y por lo tanto directamente vinculantes tanto para los poderes públicos como, cuando es posible, en las relaciones entre particulares (y no como meros valores o normas programáticas); b) una judicialización de los derechos, como consecuencia de su alcance normativo; y c) una supranacionalidad de los derechos, como consecuencia de su “constitucionalización” en tratados internacionales regionales y universales⁴⁵. M.

44 R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 7. Ver R. GUASTINI, “A proposito di neo-costituzionalismo”, en *Teoria pol.*, nueva serie, n. 1, 2011, p. 147 ss., con réplica de M. BARBERIS, “Esiste il neocostituzionalismo?”, en *Analisi e dir.*, 2011, p. 3 ss.; S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

45 Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, p. 18 ss., y P. COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Unam-Trotta, Madrid, 2009, p. 83. L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *ivi*, p. 131, señala cinco aspectos esenciales del neoconstitucionalismo: «más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de



Barberis, por su parte, indica también otra característica importante de esta nueva visión: «una “conexión entre reglas jurídicas y valores morales a través de los principios constitucionales”⁴⁶, que incide sobre el debate doctrinal y sobre las disputas jurisprudenciales, incluso “entre Tribunales”, en torno a los criterios de interpretación constitucional»⁴⁷.

Los efectos más vistosos de esta teoría son, sin embargo, de un lado, la no valoración de las teorías normativas de la constitución⁴⁸ (mejor, la calificación como “normativa” de la constitución entendida como “conjunto de valores”); y por otro, una invasiva judicialización de la política y la concesión a los jueces de incontables funciones de decisión política. Esta corriente, alimentada por estudiosos de diferentes países⁴⁹, puede ser utilizada para legitimar el “no Derecho” de la globalización, proporcionando el fundamento teórico para justificar el vacío de poderes de los Parlamentos, de la democracia directa y del propio poder de reforma constitucional; en definitiva, del mismo principio de soberanía popular⁵⁰.

Por ej., P. Häberle, en la investigación sobre la “ciencia de la cultura”, que es la base de su idea de constitución abierta, opta abiertamente por el modelo constitucional del “mundo libre”, al que los estudiosos deberán dirigirse para mantener cualquier discurso «en la profundidad y en el discurrir de la historia»⁵¹. Su modelo interpretativo se basa en los derechos fundamentales, deduciendo a partir de ellos la superioridad de la constitución sobre el Estado, y del “Estado constitucional”, incluso sobre

valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas».

46 M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, cit., p. 52.

47 S. BAGNI, “Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina: uno sguardo da fuori”, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2014, p. 1387 ss., trad. esp. “Hitos de democratización de la justicia constitucional en América latina: una mirada desde afuera”, en R. TUR AUSINA (ed.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015.

48 Así como configuradas, entre los contemporáneos, por ej. por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, reimpr. 1988.

49 ... y muy evocada en América Latina, para contrarrestar el modelo de *political law* que caracteriza todavía el continente. Cfr. R. SIEDER, L. SCHJOLDEN, A. ANGELL (eds), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

50 V. al respecto M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford U.P., Oxford, 2002; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard U.P., Cambridge-London, 2004.

51 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1998; ID., “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Rev. eur. dr. publ.*, n. 12 (3), 2000.

el Estado de Derecho. Böckenförde acusa a esta teoría de llegar hasta una disolución completa de la constitución como norma, ya que con ella «la apertura se transforma incluso en “estructura” de la constitución», a la cual le sería propia «una permanente indeterminación y mutabilidad»⁵².

Las consecuencias se perciben de manera nítida en la destrucción de la jerarquía de fuentes, a favor de los “núcleos duros” de las constituciones –hiper-constituciones metafísicas–individualizados con técnicas casuísticas por profesores y Tribunales constitucionales con total arbitrariedad, aprovechando el léxico a menudo vago o ambigüo de los textos: tanto en su actividad de delimitación de competencias de poderes y entidades, como en la reconstrucción de las ponderaciones de principios, valores, derechos hechas por el poder constituyente y el legislativo.

Se percibe también en la individualización de límites al propio poder de reforma constitucional: con escasas excepciones, los Tribunales constitucionales, apoyados por parte de la doctrina académica, prohíben, a pesar de las supermayorías previstas en cada constitución para aprobar la reforma (e incluso al pueblo “soberano”), reformar lo que no les gusta a ellos⁵³.

52 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, trad. it. (con otros estudios) en ID., *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006, espec. pp. 79 y 82. Adde los ensayos críticos de A. MARTÍN DE LA VEGA, “El concepto racional-normativo de Constitución”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 1099 ss.; M. NAVAS ALVEAR, “El valor de una constitución en el marco del proceso político”, *ivi*, I, p. 1131 ss. Sobre la interpretación en las diferentes teorías neoconstitucionalistas: M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit.; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge, 1977, cap. V, trad. esp. *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, sobre el que M. BELTRAN, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Fac. de Derecho Un. Complutense, Madrid, 1988; en clave crítica, R. GUASTINI, “A proposito di neo-costituzionalismo”, cit.; también S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, cit. Continúa siendo de actualidad la famosa *footnote four* del caso *United States vs Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938), por su carácter innovador del *due process*, de los derechos de las minorías y en general del rol de la Corte en la interpretación. Sobre este asunto entre otros muchos véase B. ACKERMAN, “Beyond Carolene Products”, en *Harvard L.R.*, n. 98 (4), 1985, p. 713 ss.

53 Sobre este aspecto S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012; ID, “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y real. const.*, n. 31, 2013, p. 391 ss.; sobre la importancia del control (cada vez más frecuente) sobre la reforma constitucional cfr. K. GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin, Bursa (Turquía), 2008; D. GÓNGORA PIMENTEL, “El control de la reforma constitucional”, en J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (eds), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Unam, México, 2002, p. 239 ss. (con particular referencia al contexto iberoamericano); AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Fac. Ciencias Jur. de la Pontificia Un. Javeriana, Bogotá, 2005; G.A. RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto*



Se percibe además en el otorgamiento a los tratados internacionales (aprobados casi siempre por los Gobiernos o con la mayoría simple del Parlamento) de un rango superior a las propias constituciones o reformas constitucionales aprobadas por el poder constituyente o por amplias mayorías y/o el pueblo. La “higher law” por lo tanto no es la ley aprobada por “we the people”, sino la ley decidida por Gobiernos y Parlamentos, pese a lo que decía Hamilton en el ensayo número 78 del *Federalist*⁵⁴. Dicho de otra manera, incluso donde la superioridad de los tratados está establecida en la Constitución, ésta se convierte en flexible, confiando en las mayorías simples (o en los Gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas⁵⁵.

de Constitución como fundamento de la restricción, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2005; F. ZÚÑIGA URBINA, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en *Est. const.*, n. 2, 2006, p. 429 ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, “Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)”, en *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006, p. 477 ss.; I.B. FLORES, “Sobre la (in)constitucionalidad de ‘reformas constitucionales’: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, en *Cuest. const.*, n. 17, 2007, p. 259 ss.; H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Poder constituyente y reforma constitucional: enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en P. HÄBERLE, D. GARCÍA BELAUNDE (eds), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 vols, Unam, México, 2011, II, p. 459 ss., e Iidc-Un. Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012, p. 1262 ss.. Finalmente, muchos escritos recogidos en el capítulo VII (“Temas de reforma constitucional”) del vol. II de P. HÄBERLE, D. GARCÍA BELAUNDE (eds), *El control del poder*, cit. (con contribuciones de F. Zúñiga Urbina, R.G. Ferreyra, H. Nogueira Alcalá, P. Salazar Ugarte, R. Hernández Valle, J.V. Haro García, R. Haro), y en el libro de P.R. TORRES ESTRADA, M.G. NUÑEZ TORRES (eds), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Porrúa, México, 2010, y V.A. WONG MERAZ, C. LEÓN BASTOS, J.L. SOSA CARRERO (EDS), *La Reforma Constitucional y su Problemática en el Derecho Comparado*, vLex, México, 2017.

54 «Si hubiera una antinomia irremediable entre la ley constitucional y la ley ordinaria, se deberá, naturalmente, dar preferencia a aquella que estamos ligados por obligaciones mayores o, en otros términos, se deberá preferir la constitución, a la voluntad de los representantes del pueblo la voluntad del pueblo mismo». Si los jueces de las leyes están habilitados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en todas sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa y luego por Schmitt y por Kelsen: la pregunta hoy no es (solo) «¿quién controla la ley?» o «¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decididos por la mayoría de sus representantes?», sino más bien «¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo?» y, en consecuencia, «¿quién es el custodio (no de la constitución sino) del núcleo de tal pacto?».

55 Aún más: se inaplica cuando el nivel de protección no es coherente con lo que establecieron los tribunales internacionales/supranacionales confiando en las mayorías simples (o en los Gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas. No casualmente, la Constitución de

Se percibe finalmente en la atribución de sentidos universales (y de manera que se pretende vinculante) a palabras vagas como “dignidad”, “democracia”, “debido proceso”, “derechos humanos”, etc., interpretando “universalísticamente” los conceptos de libertad individual y colectiva, respeto de las tradiciones, rol de la minoría, pluralismo y decisionismo, relaciones entre Derecho y ética, concentración y reparto del poder, control, descentralización, percepciones del ambiente y de la naturaleza, funcionalización del beneficio, dependencia de decisiones externas, posesión, etc.⁵⁶

Cabe subrayar que estas teorías se pretende aplicarlas (y de hecho se aplican) no solo donde hay coherencia entre textos constitucionales y cultura jurídica liberal-democrática (que pone por encima de la jeraquía al ser humano, a la persona), sino también donde otros elementos históricamente estratificados condicionan pre-jurídicamente y vertebran el modo de concebir lo que en la cultura occidental se define “Derecho”, como lo hemos dicho en el § 1.

3. La integración de culturas autóctonas en el constitucionalismo “formal” y el rechazo del constitucionalismo

A la “colonización” por parte, con anterioridad, del constitucionalismo, y ahora del neoconstitucionalismo, se oponen “culturas” con base en la tradición, la religión, y, de manera recesiva, en una visión de la sociedad distinta de la burguesa (el socialismo).

EE.UU. prevé en su artículo II, sección II, § 2, que los tratados necesitan la aprobación de los 2/3 de los senadores.

56 R. DWORKIN, “Taking Rights Seriously in Beijing”, en *The N.Y. rev. of books*, New York, 26th september 2002, p. 64 ss.; como testimonio acerca de que la fractura entre visiones distintas no es reconocida, Dworkin afirma, enfatizando las coordenadas del individualismo protestante/anglosajón (de posesión y de éxito), que, aunque existen diferencias entre los valores asiáticos y los valores occidentales, «a pesar de las grandes diferencias históricas y culturales, todos nosotros compartimos la misma situación humana fundamental. Nosotros tenemos una vida que llevar y una muerte que afrontar. Compartimos el mismo deseo de tener una justa parte de los recursos disponibles y una justa ocasión de realizar nuestra vida, antes que la de los otros».



3.1. La resistencia de la tradición

El Derecho tradicional todavía impregna gran parte de la producción del mundo jurídico, aunque normalmente es devaluado por los constitucionalistas⁵⁷. La sensibilidad del Derecho privado comparado fue mayor respecto a los Derechos consuetudinarios, tribales, religiosos, y ciencias como la antropología permiten percibir lo que está detrás de las estructuras jurídicas “legales”⁵⁸. No falta, sin embargo, también en el Derecho público, quien trata de conciliar el Derecho consuetudinario (tradicional) y el Derecho constitucional. Parece posible –para usar las categorías de M. Carducci– un “Derecho constitucional altruista”, anclado en las tradiciones y en las costumbres (aunque no solo)⁵⁹.

«La tradición es una obra de la representación de la realidad basada en un conjunto de datos previamente aprendido»⁶⁰ y el Derecho tradicional/consuetudinario es la base de un «esquema teórico [que] permite evaluar las reformas partiendo de los conceptos de tradición y pluralismo jurídico. El Derecho cosmopolita subalterno u de los oprimidos es un proyecto cultural, político y social que incluye un elemento jurídico». Por lo tanto, se basa en la categoría de «tradiciones jurídicas no hegemónicas para evaluar si es posible su uso en las luchas contra el neoliberalismo»⁶¹.

57 Sobre las tradiciones P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford U.P., Oxford, 2014, trad. it. de la 2ª ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011; T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 641 ss.

58 T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, cit., p. 641 ss., y espec. p. 671 s.; A. SOMMA, “Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine”, en *Research paper series*, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte – Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt a.M., n. 5, 2012, p. 1 ss.; ID., “Tradizione giuridica occidentale e modernizzazione latinoamericana. Petrolio, democrazia e capitalismo nell’esperienza venezolana”, en AA.VV., *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n. 20, 2012, p. 190 ss. V. también en M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 257 ss., el cap. sobre “La consuetudine e il diritto”.

59 M. CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruista*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2003. Sobre todo v. hoy del mismo A., “Ragione politica” della comparazione e ‘costituzionalizzazione’ delle tassonomie”, cit.

60 H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, cit., p. 5 ss.

61 B. DE SOUSA SANTOS, *Una epistemología del Sur. La reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, México, 2009; además M. CARDUCCI, “Coinvolgimento e distacco nella comparazione mon-

Las experiencias de constitucionalización de las tradiciones que se toman como referencia son «las constituciones del buen vivir, en especial la ecuatoriana; la Constitución de Sudáfrica, integrada por el Tribunal Constitucional que ha reconocido, entre los valores y principios del nuevo ordenamiento democrático, el tradicional de *ubuntu*; y, finalmente, la nueva Constitución de Bután que introdujo en la Carta fundamental el concepto de *Gross National Happiness*». Estos valores se han introducido «a través de las cláusulas constitucionales (Ecuador y Bután) o criterios de interpretación de la Constitución (Sudáfrica) que reenvían a visiones del mundo de la tradición cultural indígena, con el fin de facilitar, por todos los sectores de la sociedad, la identificación personal en el contexto constitucional. De esta manera, la propia Constitución se propone como una ruptura con el pasado y la piedra angular para la construcción de un futuro realmente compartido»⁶². Incluso la reciente Constitución de Madagascar de 2010, aprobada tras una compleja transición democrática, constitucionaliza las tradiciones de ese pueblo. El preámbulo hace referencia, por ejemplo, a la creencia en Dios, Supremo Creador (*Andriamanitra Andriananahary*), la protección de la biodiversidad, las estructuras de gobierno tradicionales locales, la promoción de una sociedad que pueda

do”, en *Bol. mex. der. comp.*, n. 128, 2010, p. 595 ss.; ID., “Epistemología del Sud e costituzionalismo dell’alterità”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss.; S. BALDIN, “The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and its Interpretations”, en ID. (ed.), “Narraciones contrahegemónicas y derecho”, secc. monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 17, 2015, p. 1 ss.; R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America Latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss.; ID., “La razionalizzazione del ‘pluralismo giuridico debole’: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell’esperienza africana”, en AA.VV., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Maggioli, Rimini, 2016, p. 449 ss.; A. COLOMER VIADEL, “Una teoría constitucional de la supervivencia para América Latina”, en *Rev. per. der. públ.*, n. 31, 2015, p. 175 ss.

62 S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, en ID. (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir? Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, y en *Ann. italo-iberoam. dir. cost.*, Esi, Napoli, 2014.; ID., “Il *sumak kawsay*”: da cosmovisión indígena a principio costituzionale in Ecuador”, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, p. 62 ss. Sobre los procesos de constitucionalización v. también D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver, 2012. Para algunas aplicaciones particulares de la filosofía del buen vivir véase D. BONILLA MALDONADO (ed.), *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*, Un. de los Andes, Bogotá, 2010; sobre presupuestos y la finalidad, vid. V.M. ÁVILA PACHECO, W.L. PEÑA MELÉNDEZ (eds), *Descolonización del Estado en América Latina*, Un. Libre, Bogotá, 2011.



vivir en armonía y en el respeto del otro, y sepa revalorizar «la richesse et (...) dynamisme de ses valeurs culturelles et spirituelles à travers le “*fanahy maha-olona*” (principio de existencia)», encontrando «son originalité, son authenticité et sa malgachéité (...) en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le *fanahy malagasy* qui comprend “ny fitiavana, ny fihavanana, ny fifanajàna, ny fitandroana, ny aina”, et privilégiant un cadre de vie permettant un “vivre ensemble” sans distinction de région, d’origine, d’ethnie, de religion, d’opinion politique, ni de sexe». Finalmente, las estructuras comunitarias básicas –las sedes decisorias (*Fokonolona*) organizadas en aldeas (*Fokontany*)– constituyen «un marco de vida, de emancipación, de intercambio y de concertación de los ciudadanos».

Dentro de las tradiciones, el Derecho consuetudinario es una base importante cuando no exclusiva. (También concurren, de hecho, el Derecho religioso, el animismo, así como otros tipos de reglas.) La noción de costumbre viene frecuentemente referida a los ordenamientos jurídicos de la sociedad “primitiva” (mejor, **ctónica**), bien se remonten los mismos a la antigüedad, bien estén todavía vivos y sean jurídicamente no evolucionados. En tales situaciones la costumbre asume un significado extenso, dirigido a comprender fenómenos jurídicos que mejor serían encuadrados en el Derecho de derivación divina, por las motivaciones conexas a la influencia de entidades sobrenaturales⁶³. En general, sin embargo, prevalece en aquella sociedad la idea de que los comportamientos establecidos por los antepasados, o por los ancianos, son obligatorios y no susceptibles de modificación. Por otro lado, diversos textos que han constituido las bases de referencia del Derecho moderno han sido el resultado de un proceso de codificación o compilación de costumbres preexistentes⁶⁴ (desde el Corán a la Biblia y a los Veda –libros sagrados primitivos de la India–); codificaciones y compilaciones que también en épocas recientes han marcado la evolución de determinados ordenamientos⁶⁵.

63 T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, cit., p. 641 ss.

64 Sobre las costumbres N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, reimpr. Giappichelli, Torino, 2010; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1970.

65 La doctrina comparadística [11ª ed., Dalloz, Paris, 2002, trad. it. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5ª ed. coord. por R. SACCO, Cedam, Padova, 2004, trad. esp. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Unam, México, 2010 (ed. actualizada, R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ,

A través del reconocimiento de la tradición toman releve jurídico formas de producción vinculadas no solo a las costumbres, sino también a las creencias ultraterrenales, o paradójicamente a lo que más se considera terrenal: la Madre Tierra. Cabe señalar, en este sentido, la incorporación en algunos textos constitucionales andinos de referencias a la *Pachama-ma*, que, en la Constitución de Ecuador, se configura como un sujeto de Derecho⁶⁶. Mientras que el art. 4 de la Constitución boliviana establece el respeto y la garantía de la libertad de religión y de las creencias espirituales, de acuerdo con sus visiones del mundo. Del mismo modo, hay que recordar otra vez la incorporación del *ubuntu* –el conjunto de las tradiciones espirituales africanas– en el Derecho constitucional de Sudáfrica (por parte de la Corte Constitucional) y otros países de África del Sur⁶⁷, además del reconocimiento –también a nivel constitucional– del Derecho tradicional en otros ordenamientos, como por ej. India.

«Desde los albores de la humanidad – afirma A. Acosta – el miedo a los impredecibles elementos de la Naturaleza estuvo presente en la vida de los seres humanos. Poco a poco la ancestral y difícil lucha por sobrevivir

Les grands systèmes de droit contemporains, 12^a ed., Dalloz, Paris, 2016)] pone de relieve por ej. que Madagascar y toda el África subsahariana han vivido durante siglos, y aún lo siguen haciendo, de acuerdo con usos (patriarcales y matriarcales) a los que se ha superpuesto el Derecho colonial. El propio *common law* inglés se ha formado sobre la base de un Derecho consuetudinario preexistente (U. MATTEI, *Il modello di common law*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2014; G. CRISCUOLI, M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2016); así como a partir de 1453 asumió en Francia una particular relevancia la recopilación y la progresiva consolidación de las *coutumes*. A pesar de que no pueden ser consideradas como una verdadera fuente del Derecho, las costumbres «han sido empleadas en varias ocasiones para adaptar el derecho islámico a las tradiciones y a las exigencias de comunidades muy diferentes entre sí. En muchos casos, pues, ha permitido la progresiva introducción en algunos países islámicos de elementos típicos del derecho de países extranjeros. Tampoco han faltado casos en los que la costumbre ha prevalecido sustancialmente sobre la *shari'a*, aun cuando desde una perspectiva puramente teórica no son admitidas costumbres *praeter* o *contra legem*»: M. OLIVIERO, voz “Derecho Islámico”, cit., p. 123 s.

66 Art. 71 ss. Para la relación entre Derecho y tierra en Brasil v. S.R. MARTINI VIAL, *Propriedade da Terra*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, trad. it. *La “costituzione della terra” in Brasile*, Pensa, Cavallino, 2006.

67 Ver *supra*, § 2. Se añade que las visiones integradoras de las personas y de los grupos con la naturaleza son lejanas a las occidentales, aunque éstas en las últimas décadas han manifestado, en el debate científico, en la legislación, y en la jurisprudencia, una marcada intención de conciliar derechos de los particulares y de los grupos, de una parte, y ambiente, por el otro. De la vasta producción v. por ej. F.S. YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2012; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Torino, 2008; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, 2^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2008.



se fue transformando en un desesperado esfuerzo por dominar la Naturaleza. Paulatinamente el ser humano, con sus formas de organización social antropocéntricas, se puso figurativamente hablando por fuera de la Naturaleza. Se llegó a definir la Naturaleza sin considerar a la humanidad como parte integral de la misma. Y con esto quedó expedita la vía para dominarla y manipularla»⁶⁸.

«En los orígenes, –explica Silvia Bagni⁶⁹– la Naturaleza era el único término de comparación para el hombre, que inspiraba miedo y al mismo tiempo era adorada como divina». Las constituciones andinas –continúa– «positivizan algunos principios clave de una tradición típicamente oral insertándolos en un documento escrito. “El carácter más evidente de la tradición jurídica ctonia está representado por su naturaleza oral”⁷⁰. Podría ser una forma para incluir esta tradición en la de de *civil law*, apagándola, pero a la vez es una forma de renovarlas e integrar a ambas, pues estos principios se vuelven parámetros en el control de constitucionalidad, no meras normas programáticas, de principio o aparentemente proclamatorias como los preámbulos, y entonces incluso las instituciones típicas de nuestra tradición tendrán que hacer las cuentas con ellos.

Siendo tradiciones interdependientes⁷¹ (ninguna vive separada de las demás), incluso las jurídicas indígenas coexisten desde hace ya mucho tiempo con las demás, las cuales, religiosas y no religiosas, han adoptado las estructuras y las instituciones propias del Estado nacional y el Derecho positivo. El resultado hasta ahora ha sido que el Derecho autóctono ha sido aniquilado por el de origen occidental, o como mucho considerado como una reserva. Aunque Glenn afirme que ha habido una implícita y explícita oposición a escribir el Derecho ctonio, sobre todo por razones sustanciales conectadas a la voluntad de que quedase un Derecho sin casta de intérpretes⁷², la mezcla que se ha producido en algunos ordenamientos estatales como el de Ecuador o Bolivia abre un flujo de ellos hacia nosotros, y no solo lo contrario ya. La constitucionalización del principio no

68 A. ACOSTA, “La Naturaleza con Derechos. Una propuesta de cambio civilizatorio”, www.lai.at, p. 2.

69 S. BAGNI, “L’armonia tra il sé, l’altro e il cosmo come norma: la costituzionalizzazione della cultura tradizionale nei Paesi andini e in prospettiva comparata”, en *Governare la paura*, Special Issue, 2013, p. 220 ss.

70 *Legal Traditions of the World*, cit., p. 120 de la ed. italiana, cit.

71 *Ibidem*, p. 579.

72 *Ibidem*, p. 121 s.

afecta a la oralidad de la tradición indígena, sino impone a los jueces y a los operadores jurídicos de civil law actualizarse respecto a la tradición local, entendiendo los cambios cada vez que la cláusula constitucional debe de ser interpretada y aplicada. Ello los obliga a entrar en contacto con una lógica diversa de aquella a la que están acostumbrados, ya no binaria, aristotélica, sistemática, sino múltiple, inclusiva y comunitaria, abriendo paso a la “diversidad sostenible”».

Acerca del *ubuntu*, –recuerda M. Nicolini⁷³– «la Corte constitucional sudafricana enfatiza el elemento solidario y *communitarian* intrínscico en el concepto de *ubuntu*⁷⁴, que suaviza los institutos del Derecho romano-holandés, rígidamente basados en conceptos como “freedom and sanctity of contract ... rooted in the political and economic philosophies of laissez-faire liberalism and individualism”⁷⁵, poniendo de un lado “the typical Western conception of society as a collection of atomistic individuals”⁷⁶. El *ubuntu* define un concepto africano de fraternidad que convierte al tríptico liberal de instrumento a finalidad de la *postcolonial public policy* en las áreas geo-jurídicas africanas. Permite, además, elaborar una nueva tradición jurídica donde el *postcolonial discourse* incorpora principios, valores, conceptos del Derecho tradicional según narraciones que seguramente tienen un estilo à l’européene, pero promueven el desarrollo de la experiencia jurídica comunitaria africana según directrices autónomas de las eurocéntricas y coloniales». Por otra parte, el Derecho tradicional ha sido objeto de codificación (*restatement*)⁷⁷. Ello – subraya este autor⁷⁸ – «contrasta con el pluralismo africano y la realidad social y jurídica porque origina un nuevo Derecho tradicional homogéneo y “racionalizado”⁷⁹, en el cual dejan de ser

73 M. NICOLINI, “Disengaging Africa from the colonial syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2018, § 7.

74 Ad es. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

75 D. HUTCHINSON, CH.-J. PRETORIUS (eds), *The Law of Contract in South Africa*, Oxford U.P., Cape Town, 2012, p. 23; D. BHANA, M. PIETERSE, “Towards a Reconciliation of Contract Law and Constitutional Values”, en *The South African L.J.*, 2005, p. 866 ss.

76 Corte costituzionale sudafricana, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*: (CCT 53/03) [2004] ZACC 7; 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (1 October 2004), § 37.

77 M.W. PRINSLOO, “Restatement of Indigenous Law”, en *Comp. int. L. Journ. Southern Africa*, 1987, p. 411. Para las colonias francesas v. M. BERINZON, R.C. BRIGGS, “Legal Families Without the Law: The Fading of Colonial Law in French West Africa”, en *Am. journ. comp. law*, n. 64, 2016, p. 341.

78 M NICOLINI, “Disengaging Africa from the colonial syndrome”, cit., § 3.

79 G.R. WOODMAN, “A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future”, en



aplicados institutos que, conforme a sus *repugnancy clauses*, son “contrary to justice and humanity” – es decir, al espíritu del Derecho occidental, europeo y colonial⁸⁰».

Los sistemas africanos, debido a su cercanía con el Derecho tradicional, sufren así la supremacía – jurídica, histórica y social – de los sistemas occidentales europeos. «Esta es la razón de la inclusión irregular del *African law* entre las familias jurídicas: el derecho africano impone adoptar una concepción no juspositivista; y los problemas crecen porque este derecho encuentra, en los distintos ordenamientos constitucionales, sistemas de distinto origen: el derecho-romano holandés, el *common law*, el derecho religioso». Si además – concluye Nicolini⁸¹ – «se lee la retórica de la misión civilizadora europea por los pueblos de África⁸² a la luz del “tríptico colonial” (política de potencia, hegemonía comercial, control geopolítico), en consecuencia la extensión a África de los principios del constitucionalismo liberal no es finalidad de la política colonial, sino instrumento para su cumplimiento. No es ajena ni la “política religiosa” de los Estados europeos, dado que el cristianismo “encarna la religión que corresponde a aquesta civilización superior”⁸³; ni la “transformation of racial difference into moral and even metaphysical difference”: ambas “aimed at the justification of European colonization”⁸⁴».

Como lo subraya R. Sacco acerca del Derecho africano –pero ello es cierto incluso para el oriental o indígena– «La regla tradicional africana no es escrita. Muchos autores han enfatizado este carácter, la oralidad. (...) El proceso y la sentencia no se basan en escritos. La doctrina –si la

J. FENRICH, P. GALIZZI, T.E. HIGGINS (eds), *The Future of African Customary Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2011, p. 12.

80 M. CHANOCK, *The Making of a Legal Culture, 1902-1936: Fear, Favour and Prejudice*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001, p. 282. En los territorios franceses, un decreto del 10 de noviembre de 1903 impidió la aplicación del Derecho tradicional si iba en contra de los “principes de la civilisation française”: M. BERINZON, R. C. BRIGGS, “Legal Families Without the Law”, cit., p. 342.

81 M. NICOLINI, “*Disengaging Africa from the colonial syndrome*”, cit., § 5.

82 J. CREUS, “Guinea Equatorial, 1883-1911: la invención d’una identitat”, en *Recerques: història, economia, cultura*, n. 30, 1994, p. 104.

83 I. DIALA, “Biblical Mythology in André Brink’s Anti-Apartheid Crusade”, en *Research in African Literatures*, n. 31, 2000, p. 80.

84 K. MANN, R. ROBERTS, *Law in Colonial Africa*, Heinemann Educational Books, Portsmouth-London, 1991, n. 20, p. 3.

hay— es un saber jurídico transmitido oralmente»⁸⁵. Precisa que «Las reglas tradicionales en cuestión pertenecen por definición a comunidades sin un lenguaje jurídico sofisticado», y que, mientras que en los sistemas jurídicos occidentales «el criterio de decisión se manifiesta con la fórmula que un hecho genera a otro», en los sistemas tradicionales «el efecto se conecta a eventos que el espíritu europeo puede considerar como elementos del “tipo”, pero también a otros que un europeo, cuanto más sea “jurista”, menos consideraría jurídicamente relevantes». «La razón que fundamenta una decisión jurídica (judicial o individual incluso) se expresa como mucho con un proverbio alusivo»⁸⁶.

3.2. El Derecho de derivación divina y divino

También el Derecho de derivación divina concurre a enfatizar la escisión entre constitucionalismo y distintas culturas jurídicas. Es suficiente considerar los casos del Derecho hindú, chino, japonés y sobre todo islámico.

3.2.1 Derecho hindú

Sobre las características básicas del Derecho hindú, hay que subrayar que no se trata de un Derecho divino (es decir, puramente religioso), sino de un Derecho de “inspiración” religiosa. «De hecho, las normas jurídicas aun siendo reconducibles a concepciones filosófico-religiosas típicas del pensamiento hinduista (en particular a la ley de base del deber ser, el *dharma*) no constituyen una aplicación directa de preceptos religiosos y

85 R. SACCO, *Il diritto africano*, con la colaboración de M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ E L. CASTELLANI, en R. SACCO (ed.), *Trattato di diritto comparato*, Utet, Torino, 2006, p. 71. Véase también ID., “Lingua e diritto”, en *Ars interpretandi*, n. 5, 2000, p. 117 ss.

86 R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., p. 72. Para un análisis de un caso famoso —el proceso al *leader* keniota Y. Keniatta, donde se cruzan tradiciones, oralidad, lenguaje, igualdad, valores occidentales— v. L. LANZONI, “The Trial of Yomo Keniatta, by Montagu Slater: Oral Tradition and Fundamental Rights in the Trial”, en I. WARD (ed.), *Literature and Human Rights. The Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse*, de Gruyter, Berlin, 2015, y en general T.W. BENNETT, “Comparative Law and African Customary Law”, cit.



no encuentran su origen en un conjunto de fuentes escritas destinadas a tal efecto. Los primeros textos de referencia, los Veda, son un conjunto de himnos y cantos religiosos en versos, carentes de fines preceptivos, salvo lo que concierne a indicaciones sobre rituales y ceremonias sagradas. Por otra parte, el verdadero derecho hindú se elabora a través de comentarios o interpretaciones de los Veda (...)»⁸⁷.

Como bien destaca D. Amirante⁸⁸, «La del “Derecho hindú” es una de las “tradiciones jurídicas” (...) más antiguas del mundo. Algunas reconstrucciones históricas señalan como origen de los primeros textos de referencia (las escrituras sagradas de los *Veda*) hasta 1500 a.C. Se trata sin embargo de una experiencia jurídica que nunca se ha cristalizado plenamente como “sistema” de reglas uniformemente aplicables, sea por sus características intrínsecas, o bien por la extremada amplitud de los territorios en los cuales ha sido aplicada, sea por la notable complejidad de la estructura social de los pueblos que la han utilizado».

Como señala Lingat, por tanto «existen dos características fundamentales que permiten diferenciar notablemente el Derecho hindú de aquel de matriz occidental o del mismo Derecho islámico». Por un lado, debe subrayarse «la falta de verdaderas fuentes escritas (...) en cuanto ni la ley, en el sentido de acto legislativo, ni las decisiones jurisdiccionales contribuyen a su formación». Por el otro, cabe destacar que «los hindúes no han elaborado el Derecho a partir del elemento que en occidente ha bastado para hacerlo el objeto de una disciplina específica, a saber, el elemento coercitivo (...) Ellos se han acogido a un concepto más general que supera con mucho el ámbito del Derecho sin siquiera abarcarlo enteramente, el deber (o *dharma*)»⁸⁹. Concluye Amirante que «Al principio del segundo milenio, tras más de cincuenta años de vigencia de la constitución india (...), la relación entre la tradición jurídica hindú y el Derecho positivo de la República independiente todavía se puede describir como una relación entre “un Derecho suprimido, pero que el pueblo sigue todavía, y un nuevo Derecho que intenta arraigar el primero con la fuerza del mandato popular: (...) una situación de grande dina-

87 Véase la bibliografía citada en la nota 22.

88 D. AMIRANTE, voz “Derecho hindú y derecho indio”, cit., p. 116 ss.

89 De R. LINGAT véase véase la bibliografía citada en la nota 22.

mismo en la que la tendencia a largo plazo es favorable a la afirmación del Derecho nuevo (Anoussamy)”».

3.2.2. Derecho chino

En China, nos recuerda M. Timoteo⁹⁰, «las instancias primarias para la gestión de las relaciones jurídicas se afirman dentro de los núcleos sociales de base en los cuales se localizan los individuos. Estos núcleos (familia, clan, corporaciones, aldeas) son importantes sobre una escala de valores, de origen confuciana, que exalta la dimensión comunitaria y solidaria. Emblemática, para este propósito, resulta la posición respecto de las controversias: en caso de una ruptura del orden social, éstas, si son funestamente insurrectas, en primer lugar se enfrentan dentro de los circuitos sociales a través de procedimientos extrajudiciales, de amigable composición, siendo tales procedimientos más adecuados para el restablecimiento de la armonía social»⁹¹.

De tales premisas, los confucianos distinguen netamente dos dimensiones fundamentales del Derecho: el *fa*, es decir, el Derecho escrito, expresión autoritaria del poder centralizado; y el *li*, es decir, la regla ritual, convencional, arraigada a nivel social, que manifiesta un espíritu de adhesión a un modelo de orden social y universal.

Aún en un marco de notables transformaciones a lo largo de los siglos, con las últimas reformas constitucionales y del Derecho privado y mercantil –concluye Timoteo– «los observadores lamentan un bajo nivel de operatividad de las nuevas normas, y una patológica calidad refractaria del sistema jurídico chino para ajustarse a los estándares occidentales. Por otro lado, parece poco verosímil una praxis de sumisa imitación de los modelos externos por parte de China, ya que este país se encuentra

90 M. TIMOTEO, voz “Derecho chino”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 92 ss.; ver también R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, cit.

91 Todavía, particularmente en las zonas rurales «persiste un sistema de gestión de las controversias basado en las instancias de los poderes periféricos que, no muy distante de lo que sucedía en el *legal process* a finales del imperio, se colocan dentro de un diseño tácito de distribución de las competencias con el poder central». Sobre formas alternativas de resolución judicial cfr., también para la bibliografía, G. PAVANI, “El poder judicial”, cap. IX, secc. V, de L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*, cit., tomo B, espec. § 6.2 ss.



dotado también en el ámbito jurídico de una memoria histórica propia de prolongado tiempo, la cual inevitablemente introduce en el proceso de modernización, reacciones de sustrato manifiesto o latente».

3.2.3. Derecho japonés

«El sistema jurídico japonés a veces es presentado como el ejemplo de una importación exitosa de modelos europeos en el contexto de Asia Oriental; a veces como el baluarte de la tradición jurídica confuciana y en consecuencia como país donde el impacto del modelo cultural confuciano es todavía dominante. En la mayoría de los casos, sin embargo, prevalece una original combinación de las dos ideas anteriores, y del sistema jurídico japonés se da una representación –tan sagazmente definida por Andrea Ortolani⁹²– “esquizofrénica”»⁹³.

Durante mucho tiempo aislado del mundo occidental, también Japón inserta un constitucionalismo moderno en un complejo sistema de Derecho tradicional, de alguna manera cercano al Derecho chino, pues desde el siglo V, junto con la escritura china, se importaron también la filosofía confuciana y la religión budista, y con ellas los principios jurídicos brevemente analizados en el apartado anterior (en particular la estructura jerárquica de la sociedad, y la preferencia por las fuentes tradicionales y los procedimientos de conciliación)⁹⁴. El proceso de centralización, focalizado en la figura del Emperador, al que se atribuye origen y naturaleza divina, se realiza en el siglo VII, también por un proceso de consolidación de las reglas penales y administrativas, aplicadas por los funcionarios del

92 A. ORTOLANI, “Il giri e la questione della mentalità giuridica giapponese”, en *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2009, p. 371 ss.

93 Así G.F. COLOMBO, “Japan as a Victim of Comparative Law”, en *Mich. st. int. law rev.*, n. 22, 2013, p. 731 ss., con síntesis en *Riv. diritti comp.*, n. 2, 2017, p. 1.

94 G.F. COLOMBO, “Giappone”, en R. CAVALIERI (ed.), *Diritto dell’Asia Orientale*, Cafoscarina, Venezia, 2008, p. 73 ss.; F. SASSO, D. LO COCO, *Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, Un. di Palermo, 2016, p. 19; G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, Utet, Torino, 2007, p. 477 ss. En la literatura italiana, algunos ensayos sobre Japón se encuentran en T. GROPPI, V. PIERGIGLI, A. RINELLA (eds), *Asian Constitutionalism in Transition*, Giuffrè, Milano, 2008; v. también, en M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 405 ss., el cap. sobre “I diritti dell’Asia orientale”, p. 411 ss. Esencial es J.O. HALEY, *The Spirit of Japanese Law*, Un. of Georgia, Athens, 1998, y útil C.J. MILHAUPT, J.M. RAMSEYER, M. WEST (eds), *Japanese Legal System*, Foundation, Stanford, 2006.

Tennō, pero con dificultades por la resistencia de las costumbres locales y otras reglas⁹⁵.

El proceso de occidentalización se hizo más evidente con la adopción de la constitución impuesta por los Estados Unidos y las reformas en campo económico⁹⁶, del derecho mercantil, de sociedades y quiebras (con influjos estadounidenses). Permanece sin embargo la aversión hacia el litigio y la tendencia a usar métodos alternativos de resolución informal de los conflictos, como conciliación y arbitraje. «La natural consecuencia de ello ha sido, incluso en época contemporánea, el escaso recurso a los tribunales y al sistema judicial tradicional, menos los casos en los que los demás mecanismos sean ineficaces»⁹⁷. Otra consecuencia es la distinta percepción de los derechos, siendo los conceptos occidentales como “derecho subjetivo”, “fundamental”, “humano”, etc., ajenos a la cultura japonesa⁹⁸.

3.2.4. Derecho islámico

Mientras que en los casos ahora mencionados ha habido compenetración al menos parcial entre constitucionalismo y Derechos diversos, una resistencia más clara se ha dado en el mundo islámico, o en parte del mismo, aunque, como siempre, también en estas regiones todos los Estados se han dado una Constitución. En el Derecho islámico –explica M. Oliviero– la identificación entre religión y Derecho es teóricamente absoluta, y ello explica por qué todavía muchos Estados islámicos se definen como Estados teocráticos o confesionales, en contratendencia respecto a lo que prevalece en las democracias contemporáneas⁹⁹. El islamismo –continúa

95 Cfr. G.F. COLOMBO, “Giappone”, cit., p. 77.

96 V., aunque antiguo, M. LOSANO, *Il diritto economico giapponese*, 2ª ed. ampliada con una apéndice sobre Derecho coreano, Unicopli, Milano, 1984.

97 F. SASSO, D. LO COCO, *Giappone*, cit., p. 43, y sobre todo J.O. HALEY, “The Myth of the Reluctant Litigant”, en Y. YANAGIDA ET AL. (eds), *Law and Investments in Japan*, Harvard U.P., Cambridge-London, 1995, p. 475 ss., y en *Journ. of jap. stud.*, n. 4, 1978, p. 359 ss. Cfr. también K.L. PORT (ed.), *Comparative Law and the Legal Process in Japan*, Carolina Acad. Press, Durham, 1996.

98 Véase E. BERTOLINI, *La tutela dei diritti fondamentali in Giappone*, Jovene, Napoli, 2011.

99 Sobre el Derecho musulmán F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., voz “Diritto musulmano e dei Paesi musulmani”, en *Enc. giur.*, XI, Ist. enc. it, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., voz “Diritto musulmano”, en *Dig. priv.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 284 ss. Bibliografía actualizada sobre el Islam en M. IQBAL, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, 2ª ed., Oxford U.P., London, 1989; H. DE WAEL, *Le droit musulman. Nature et evolution*, Cheam, Paris, 1989; A.A. NA’IM



M. Oliviero— ha producido un Derecho (la *Shari'a*) que se compone de cuatro elementos: la revelación divina que, a través del profeta Mahoma, se encuentra recogida en el Corán; la *sunna*, es decir, el conjunto de reglas (*hadit*) extraídas, a través de la labor de los intérpretes, de las palabras y de las acciones del profeta, y también de la aprobación que el mismo había dado a propósito de hechos directa o indirectamente conocidos; la *idjma*, esto es, las reglas en torno a las cuales se ha formado el consenso de la doctrina jurídica y que por tanto se consideran conformes a la voluntad divina; el *qiyas*, o conjunto de reglas extraídas por analogía de las normas derivadas de otras fuentes. Por lo tanto, sobre la revelación divina ha venido a estratificarse un Derecho jurisprudencial elaborado fundamentalmente entre el siglo VII y el siglo X y que todavía hoy constituye el núcleo inmodificable del Derecho musulmán vigente.

Resultará más fácil comprender cómo puede encontrar aplicación en aquellos ordenamientos un Derecho cristalizado hace casi diez siglos si se tiene en cuenta que el Derecho musulmán tiene como contenido principalmente la materia privada y la penal; queda pues un cierto margen de acción para el Derecho público¹⁰⁰. Sin embargo, el parcial o total fracaso de las llamadas primaveras árabes demuestra la dificultad de insertar los caracteres del constitucionalismo en estructuras sociales marcadas por el islamismo y la escasa identificación con el propio concepto de “Estado”, cuyas fronteras fueran delimitadas por la colonización muchas veces sin ninguna conexión con otros criterios identificativos, como tribus, pueblos, etnias, tradiciones, estructuras de poder preexistentes, etc.¹⁰¹.

(ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Zed Books, London, 2002; M.H. KAMALI, *Shari'a Law: An Introduction*, Oneworld, Oxford, 2008; C. MALLAT, “Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 610 ss.; ID. (ed.), *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies*, Graham & Trotman, London-Dordrecht-Boston, 1993.

100 La necesidad de modernizar el Derecho musulmán ha sido perseguida a veces a través de procesos de laicización (Turquía y Estados musulmanes de la ex Unión Soviética); las más de las veces a través de sistemas normativos basados en la coexistencia del Derecho divino y del Derecho político: cfr. O. AZZIMAN, *La traditionalisation du droit: tradition juridique islamique et droit privé marocain*, CNR-Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, quad. n. 11, Roma, 1993.

101 Sobre las transiciones y la denominada “primavera árabe” véase el número monográfico 11/2012 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, titulado “El mundo árabe”; T. ABBIATE, *La partecipazione popolare ai processi costituenti. L'esperienza tunisina*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016.

3.3. Derecho socialista

En el Estado socialista, las formas de producción normativa, coherentemente con el planteamiento teórico del marxismo-leninismo, derivan de la organización estatal y, por lo tanto, del Partido Comunista. Negada cualquier división de poderes, la suma de los mismos se concentra en manos de los órganos dirigentes del partido al cual pertenece, entonces, el primado sobre las fuentes. Desde esta perspectiva, la misma Constitución no representa otra cosa que un mero balance descriptivo de las relaciones económicas y sociales instauradas y/o programadas¹⁰².

«La “Constitución socialista” es la ley fundamental que contiene los principios propios de la forma de Estado socialista, y que surge en oposición al moderno Estado de Derecho. Podrá ser una Constitución-resultado, tal y como fue enunciado por Stalin para la Constitución soviética de 1936, o una Constitución-programa (igualmente vinculante) como aquella leninista de 1918 de Rusia y, al menos en parte, también la brezneviana de la URSS de 1977, en donde, sin embargo, no se disponen limitaciones al poder. La Constitución socialista no es neutra, aún cuando sí coloca en sus cimientos la conquista del poder por parte de los trabajadores, la propiedad “socialista” y la garantía “material” de los derechos fundamentales, más estos últimos debían ser considerados en función del socialismo y de los derechos económicos dispuestos antes de los derechos de libertad. Como contraposición a la división de los poderes establece el principio de la “unidad del poder estatal” con la subordinación de todos los órganos estatales a la asamblea representativa (los *Soviet* en Rusia-URSS) gracias también al corolario de la “doble dependencia”, vertical y horizontal. La dirección del partido marxista-leninista, conforme a su orientación política, garantiza simultáneamente la coordinación de todos los órganos estatales y el principio de preferencia de los hechos sobre la teoría. Permanecen supeditados a la dirección del partido otros principios como la participación de los ciudadanos a las actividades estatales y la colegialidad de la dirección del Estado, que excluía en la URSS un Jefe de Estado monocrático»¹⁰³.

102 Véase M. AJANI, *Il modello post-socialista*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2008.

103 M. GANINO, voz “Constitución socialista”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 51 s.



Todos los Estados que han hecho o hacen referencia a las teorías socialistas se dotaron de una Constitución. La matriz de las doctrinas subyacentes es, no obstante, unitaria y diversa de la de las constituciones que se han alimentado antes de las doctrinas constitucionalistas. De nuevo, encontramos la aceptación del principio de constitución como documento básico del Estado, pero el rechazo de los contenidos típicos del liberalismo, y sobre todo una distinta axiología de las relaciones entre individuo y sociedad y una distinta percepción del papel del Estado.

4. Contradicciones en el constitucionalismo y fracturas entre constitucionalismo y culturas

Los ejemplos arriba mencionados demuestran las resistencias y dificultades de integración entre Derechos tan distintos, y al mismo tiempo la anti-historicidad de las pretensiones hegemónicas del constitucionalismo, sea clásico o “neo”. El hecho de que todos nosotros compartamos sus valores no implica que todos los otros los comparten, o cuanto menos que coloquen los distintos valores al mismo nivel axiológico que en Occidente. Al rechazo (no tanto de sus valores, sino de sus axiologías) concurren también las contradicciones en su interpretación en lo largo del desarrollo histórico.

La doctrina constitucionalista occidental ha formulado y sigue formulando conceptos y palabras a los que atribuye carácter de eternidad y de absolutismo espacial/temporal. Además de *liberté, égalité, fraternité*¹⁰⁴, se puede pensar en “democracia”, con un sentido tan polisémico¹⁰⁵, en “participación”¹⁰⁶, “federalismo”¹⁰⁷, “soberanía”, etc. Como ya se ha dicho, no es capaz de estu-

104 Título del monográfico de la *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 20/2017.

105 Reenvío a mi artículo “Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss., y en *Rev. latino-am. est. const.*, n. 16, 2014.

106 L. PEGORARO, S. BAGNI, “‘Diritto’ a una buona amministrazione e principio di partecipazione”, en *Confluenze*, n. 6 (2), 2014, p. 1 ss.

107 L. PEGORARO, “Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación”, en *Federalismi.it*, n. 19, 2016, p. 1 ss., en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago-Chile, 2016, p. 325 ss., y en L. ESTUPIÑÁN ÁCHURY, G. PAVANI (eds), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Un. Libre, Bogotá, 2017, p. 31 ss.

diar e intentar comprender otros conceptos y palabras, que fundamentan otras culturas: no sorprende que haya tantas incomprensiones en el mundo, dado que más de 4.000 millones de personas viven su dimensión jurídica, además de social y cultural, justo en base a expresiones diversas.

Hasta el centro del significado moderno del constitucionalismo –“derechos”– tiene lagunas y contradicciones: al hablar de “derechos fundamentales”, y aunque los modelos circulen intensamente, solo o sobre todo el constitucionalista europeo continental tenderá a aferrarse a las teorías de la Ilustración, como también a la división de los poderes y a cuanto le sigue, diversamente de aquel británico, por no hablar de ordenamientos más lejanos. Ineludiblemente, el objeto de su estudio estará condicionado según el desarrollo en su ordenamiento de aquella “cosa” que está convencido de llamar “derechos”, y que se bautiza con este apelativo. Sin embargo, dos tercios de la humanidad se basan en concepciones sociales que no derivan de los derechos individuales, sino – como dicho varias veces– de la comunidad, o de la obligación interior, o por lo menos de visiones trascendentes de los individuos¹⁰⁸.

El análisis de las constituciones pertenecientes a varios ciclos del constitucionalismo –desde aquellas más antiguas a las más recientes– y a las varias regiones del mundo, demuestra la historicidad y la relatividad de la etiqueta (o sea: aquello que es fundamental para un ciudadano de Los Angeles o de París no lo es para un indio de los Andes, y viceversa). Véase por ej. la Constitución de Bolivia (2008), que en su primera parte (“Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías”), título II (“Derechos fundamentales y garantías”), en el primer capítulo, no añade más, sino *solo* enumera los siguientes: a la «vida y a la integridad física, psicológica y sexual»; en particular para las mujeres, «a no sufrir violencia física, sexual o psicológica»; reiteradamente, en varios artículos, el «derecho al agua y a la

108 Vid. L. PEGORARO, “Direito constitucional comparado y uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)”, en *Rev. bras. est. const. – RBEC*, n. 12, 2009, p. 93 ss., trad. esp. “Derecho Constitucional Comparado y uso conotativo de la palabra ‘derechos’ (y de los adjetivos que la acompañan)”, en *An. iberoamer. der. const.*, n. 14, 2010, p. 347 ss., y en L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, 2 vols, Fontamara, México, 2012, I, p. 39 ss., trad. it. “Diritto costituzionale comparato e uso conotativo di ‘diritti’ (e degli aggettivi che li accompagnano)”, en *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, I, p. 421 ss.



alimentación»; el derecho a la «seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población» en conexión con los derechos a la salud, al *hábitat*, a una vivienda adecuada; el «derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación». Incluso, los derechos a «servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones»¹⁰⁹. Si se considera también que, en el Este de Europa, con decisiones axiológicas muy distintas, algunas constituciones consideran fundamental el derecho a la herencia, la impresión es por tanto aquella de encontrarnos en presencia de una categoría evanescente.

Incluso el “derecho” considerado “absoluto” por excelencia –la vida– tampoco en los esquemas teóricos occidentales resiste a la supremacía de la sociedad (“nación”, “patria”) cuando se decide una guerra¹¹⁰. Y con ello todos los otros derechos. En particular, la limitación de los derechos es muy utilizada contra los ciudadanos extranjeros: la legislación de Estados Unidos ha logrado “administrativizar” los procedimientos contra los extranjeros considerados sospechosos, a través de la suspensión (no judicial) de los derechos y garantías procesales hasta casi dos años; el ordenamiento británico permite en todo caso la detención (sin *habeas corpus*) hasta 28 días¹¹¹. La *privacy –the right to be let alone–* desapareció en todo el Occidente a favor del control cotidiano del Estado, de entidades públicas y privadas, realizando, no ya en el mundo del socialismo real, como imaginaba Orwell, sino en las liberal-democracias, la pesadilla del Gran Hermano. La opinión pública, por su parte, asustada por la escasa definición del “enemigo”, en su mayoría apoya las políticas de limitación, y la idea de que la seguridad es un valor absoluto¹¹².

109 Además, configurados al contrario a través de prohibiciones: «Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte»; «Ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada», y «Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre o esclavitud». En fin, como obligación para el Estado, «prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor o sufrimiento físico».

110 Véase D. FONSECA, D., “Parler du terrorisme. Une approche philosophique”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 21, 2017, p. 1 ss.

111 Ley de Terrorismo de 2006 y varias otras leyes y órdenes precedentes. Véase N.J. SCIULLO, “On the Language of (Counter)Terrorism and the Legal Geography of Terror”, en *Willamette L.R.*, n. 48, 2012, p. 317 ss.

112 Sobre la seguridad como bien social y la jurisprudencia ponderativa adoptada por las Cortes Constitucionales v. M. ROSENFELD, “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror”, en *Cardozo L.R.*, n. 27, 2006, p. 2079 ss.

Finalmente, cuando un concepto forjado (también) por las doctrinas políticas occidentales se vuelve incómodo –como “fraternidad”– simplemente se ignora, se pretende que no existe. Lo mismo pasa para “*no taxation without representation*”, verdadero pilar de nuestro constitucionalismo, sacrificado en el altar de la ciudadanía, de la soberanía, de la seguridad¹¹³. Con evidencia, los migrantes extranjeros no son seres “humanos”, y no se contesta la clara contradicción entre “derechos humanos” y “ciudadanía”.

A nivel doctrinal, el *a priori* iusnaturalista, la elección del campo ideológico, la opción investigativa no favorecida por categorías científicamente elaboradas conduce al “choque de civilizaciones”, del cual razona Huntington¹¹⁴, no a través del análisis científico, pero sí a través de la renuncia consciente o inconsciente de realizar estudios con un método. Con el resultado, no solo de producir investigaciones construidas con arena, sino también de avalar a quien con las investigaciones apoya operaciones de exportación de valores, así como supraestructuras culturales para imponer nuevos órdenes globales insensibles a cualquier historia, a cualquier cultura, a cualquier sociedad, y a cualquier civilización¹¹⁵.

La doctrina intenta dar nuevas lecturas globales de los fenómenos, buscando los elementos unificadores. «Comparison becomes the law» – diría P. Goodrich¹¹⁶. Las nuevas teorías parten empero desde arriba, como el neoconstitucionalismo, y no del análisis empírico¹¹⁷. En suma, viene *antes*

113 M.G. NÚÑEZ TORRES, A. CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS, “El principio de *no taxation without representation*, la migración y su impacto en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 20, 2017. Sobre este asunto, el 7 de noviembre 2016 se celebró un Congreso organizado por la Universidad de Milán, Departamento de Derecho público italiano y sovrannacional, con la colaboración del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia, “No hay tributación sin representación – No taxation without representation – Ser migrante en el contexto italiano, europeo, latinoamericano”.

114 HUNTINGTON, S.P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996, trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000.

115 La expansión geopolítica del constitucionalismo –a menudo a nivel meramente epidérmico– conlleva un crecimiento paralelo de las investigaciones al respecto. Pero a la grosería de la conquista a menudo se une una igual superficialidad en el análisis doctrinal de los fenómenos: el “imperialismo cultural”, que reconduce a las categorías occidentales los elementos de culturas distintas, tiene efectos también en las traducciones (y clasificaciones), como consecuencia de la poca atención hacia las otras culturas. Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*, tomo A, cit., p. 38 ss.

116 P. GOODRICH, “*Interstitium* and non-law”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: An Intellectual Overview*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 229.

117 Para un ejemplo de investigación “comparada” desde arriba, v. S. CASSESE, “Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica”, en S. BAGNI,



la individualización de los elementos irrenunciables (dignidad, persona, procesalismo, derechos humanos, etc.), propuestos en clave occidental, y *luego* su aplicación en los casos. La “irresistible expansión del constitucionalismo”, subrayada por casi todos los estudiosos, existe también porque la doctrina apoya la idea de su superioridad respecto a otras formas de organización constitucional (en sentido sustancial). Hay quien dice que el Derecho constitucional es solo el occidental. El resultado a veces es el uso de parámetros no reales (*recte*, extraídos de la realidad) sino ideales. La comparación tiene así una función extrínsecamente ética en lugar de científica, ética intrínsecamente.

La muerte del Derecho comparado en el mundo globalizado, que se encuentra en las visiones de Fukuyama¹¹⁸, es un refrán común¹¹⁹: el riesgo es que la globalización anule las diferencias, y por ello la ciencia comparada esté destinada a morir, como varios imaginan en virtud de su irrelevancia de cara a fenómenos como la convergencia transnacional y la llamada armonización y progresivo alcance de un Derecho común¹²⁰.

M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 84 ss. Sobre el neoconstitucionalismo *vid. supra*, § 2.3. Un análisis crítico en D. VALADÉS, “Los constitucionalistas y el cambio constitucional”, en V. BAZÁN, E. CASTRO RIVERA, S.J. CUAREZMA TERÁN (eds), *Estado constitucional y convencional*, Inej, Managua, 2017.

118 Parece utópica la visión de F. FUKUYAMA, “The End of History?”, en *The National Interest*, n. 16, 1989, p. 3, que «What we may be witnessing is not just the end of the Cold War, or the passing of a particular period of post-war history, but the end of history as such: that is, the end point of mankind's ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government».

119 Véase M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2(2), 2007, p. 133 ss. Y (recordado por el mismo Siems) M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 49 ss.; Además P. GOODRICH, “*Interstitium* and Non-Law”, *cit.*, p. 227: «If there is a modus, a method and melody to the angst of comparative law, a theme that conjoins the grand and merry men of situated difference, it is that of the singular universal, the unhappy consciousness of the particular instance. As thus staged, the problem with comparison is not the *comparata* but rather, and this will be my thesis here, my emblem and end, it is the collapse of law. The agony of indistinction, the erasure of boundaries, the becoming virtual of borders and identities spells the universalization of comparison and the advent of non-law».

120 Sobre el debate, H. MUIR WATT, “Globalization and Comparative Law”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *cit.*, p. 579 ss., subraya el nexo entre papel de la comparación en el mundo globalizado y los esfuerzos para uniformizar empezados en el siglo XX, desde el Congreso de París (p. 581), preguntándose si la comparación será todavía posible en el mundo globalizado (p. 583 ss.). Véase también O. PFERSMANN, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2001, p. 277: «S'il n'existe qu'un seul, le problème ne se pose pas, s'il en existe plusieurs, la solution proposée (un système

En particular, la globalización era de la idea misma de Derecho: caen las barreras entre público y privado, y este se sustrae a los imperativos de Westfalia y a las reglas de un Derecho internacional que vale, allí donde vale, solo para lo público; el *soft-law* deja márgenes abiertos; ni las fuentes privadas ni las públicas consiguen regular la actividad de actores privados en la economía global¹²¹. Pero el miedo es probablemente infundado si solo se considera la refractariedad al cambio generada por las resistencias de las culturas jurídicas (y de las culturas en general), y –con consecuencias importantes en ámbito constitucional– la reivindicación de modelos de organización constitucional alternativos al occidental¹²².

transnational et par conséquent unique) est par hypothèse exclue», y M.M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2, 2007, p. 133 ss., donde anticipa el fin del Derecho comparado como materia académica. (Contra, C. COSTANTINI, “The Iconicity of Space: Comparative Law and the Geopolitics of Jurisdictions”, *Comparative Law and the Geopolitics of Jurisdictions*”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 230: «Comparative law is not at its intellectual end».) Criticando las supuestas leyes universales (teológicas como jurídicas), y en diálogo con G. AGAMBEN –citado en la ed. francesa *Le Règne et la gloire*, Seuil, Paris, 2008, p. 56 ss.– v. P. GOODRICH, “*Interstitium* and Non-Law”, cit., p. 225 s.: «There is a system of legality, a purportedly universal law, a mythology associated with modernity and the West that believes that God and law are unitary, One, and should logically therefore proceed *ad similia*, towards the same, as a brotherhood, identified and identifying only with and in respect of similarity and the singularity of the Cross. That is a somewhat reductive reading, and as Agamben nicely shows, the doctrine of the Trinity, of a triune deity, in fact absorbs an element of polytheism into the grand schema and penetrative mode of Christian law». Véase también el análisis de S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Por último, P. LEGRAND, “How to Compare Now”, en *Legal st.*, n. 2, 2006, p. 232 ss.

121 H. MUIR WATT, “Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 270 s. y espec. p. 274: «Thus, neo-liberalism requires and induces ‘désordre public’ or private-interest-driven public policy – in fact a scheme of governance that is a far cry from its liberal predecessor; but its basic tenets are made to appear to fit into a spontaneous continuum, leading as if quite naturally to the neutralization of those checks, balances and other mechanisms of self-restraint, which, in the liberal model, subordinate private interests to those of the polity». En la doctrina italiana, más recientemente, B. ANDÒ, F. VECCHIO (eds), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Cedam, Padova, 2012; en la española v. R. BUSTOS GIBBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Ivap, Bilbao, 2005.

122 Para G. SAMUEL, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences”, en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, Portland, 2004, p. 35 ss., el *common law* está más preparado para afrontar los retos de la complejidad respecto al civil, pues es el producto de una cultura a-científica. Un análisis profundo se encuentra en A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, cap. 2, § 3.



5. La enseñanza de algunas experiencias sincretistas

¿Cómo puede la cultura disociarse del brutal positivismo de la fuerza y del objetivo que, paradójicamente en nombre de visiones iusnaturalistas, pretende imponer como absolutos valores que por el contrario se han generado gracias a costosas conquistas históricas? ¿Cómo puede *la* cultura favorecer el respeto por *las* culturas (a saber: por la autodeterminación para que cada pueblo se dé y guarde su cultura), y el respeto de cada comunidad cultural, incluso dentro de los límites de los ordenamientos liberales-democráticos?

La respuesta no llega del modelo islámico, ni tampoco del socialista, casi eliminado por la historia. China, Japón e India sugieren soluciones sincretistas, aunque en parte bipolares (o esquizofrénicas), marcadas por fracturas profundas entre Derecho público y privado, Derecho formal y Derecho viviente, justicia estatal y justicia tradicional, forma y sustancia, doctrina, jurisprudencia y legislación, y sobre todo cultura y formante legal.

La respuesta quizás llegue de países que la doctrina occidental mira a menudo con desprecio, por no decir la política¹²³. Son los que antes hemos recordado porque en el marco de un constitucionalismo de origen occidental han incorporado, posivizándolos y parametrizándolos, principios pertenecientes a la tradición, la filosofía, las creencias y tradiciones.

No son incompatibles con la tradición occidental. Nos recuerda Silvia Bagni: «la tesis que apoyo es que la renovación de la ciencia jurídica comparada debe pasar por la inclusión del Amor en la aplicación del método. Para evitar una fácil hilaridad o juicios *a priori* despreciativos, es oportuno recordar cómo el léxico sentimental ha sido básico en la elaboración del constitucionalismo: sería posible incluso empezar citando a la *eudaimonia* aristotélica como finalidad de la actividad política, y luego, centrándose en los orígenes históricos del constitucionalismo, recordar la búsqueda de la felicidad como *unalienable right* en la Declaración de Independencia estadounidense y la fraternidad en la revolución francesa, hasta llegar al nuevo constitucionalismo latinoamericano, que incluye el *sumak kawsay*, cosmovisión kichwa traducida en castellano por “buen

123 La referencia es a la famosa frase de Donald Trump que define “letrina” algunos países del Sur del mundo.

vivir”, como valor, principio y estatuto de derechos en las Constituciones ecuatoriana y, en versiones similares, en otros ordenamientos del constitucionalismo contra-hegemónico, como por ej. el *ubuntu* en la jurisprudencia constitucional del Sudáfrica o el *Gross National Happiness* de la Constitución de Bhután¹²⁴. Norberto Bobbio en *Il futuro della democrazia*, individuaba la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como los valores básicos de la democracia, afirmando que la democracia podía devenir un “hábito mental” solo si se iluminaba por el espíritu de fraternidad que une a los hombres¹²⁵. El distinguido filósofo y jurista Gustav Radbruch –sigue recordando Bagni– escribía sobre la ciencia del Derecho: «Pero el derecho, mientras toca superficialmente, por así decirlo, el alma del hombre, como fuente de importancia secundaria de sus acciones relevantes solo jurídicamente, se aleja de la única cosa necesaria. Es la esencia y el pecado mortal del derecho y de sus representantes, “creer que haya relaciones en las que se pueda interactuar con un hombre sin amor, pero estas relaciones no existen”»¹²⁶.

«Los países latinoamericanos, junto con otros que igualmente podrían ser incluidos en la familia del constitucionalismo contra-hegemónico, como Buthán, India¹²⁷ o Sudáfrica, incluyendo quizás las transiciones realizadas en el Magreb y algunos casos asiáticos, están laboriosamente construyendo una nueva forma de Estado, democrático, social e intercultural. No creo que sea un caso en el que sus instituciones utilicen frecuentemente referencias extranjeras comparadas en la construcción de sus propios ordenamientos jurídicos. Igualmente, no creo que sea por casualidad que sus tradiciones culturales autóctonas estén impregnadas de valores comunitarios y solidarios. La constitucionalización de la fraternidad deriva en muchos casos de la recepción del criptotipo cultural indígena que, en sus varias formas (*sumak kawsay*, *ubuntu*, budismo, solo para hacer algunos

124 S. BAGNI, “Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 20, 2017, y bibliografía *sub* notas 62 y 63. Para un análisis del impacto de las investigaciones sobre la felicidad en las elecciones de política del Derecho cfr. P.H. HUANG, “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual Rev. of Law and Soc. Sc.*, n. 6, 2010, p. 405 ss.

125 N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Milano, RCS, 2010, p. 38: «¿puede volverse costumbre sin el reconocimiento de la fraternidad que une a todos los hombres en un destino común?».

126 G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Koehler, Stuttgart, 1958, trad. it. *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Turín, Giappichelli, 1961, p. 81 s.

127 D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale*, cit.



ejemplos) incluye el deber de tratar a los otros como hermanos, a los avis y a las futuras generaciones como si fuesen presentes».

Pasan, estos países, del multiculturalismo al interculturalismo¹²⁸, enseñando a Europa y al mundo anglosajón algunas nuevas coordenadas para encontrar denominadores comunes entre distintas culturas.

Berndt Marquardt¹²⁹ contrasta a la idea que América Latina represente algo “menos” de Europa, un mero (y malo) receptor de instituciones forjadas en el Continente viejo, debido al influjo de algunas preconcepciones por parte de la doctrina europea y norteamericana¹³⁰. Sin embargo, en el análisis de las causas de tal enfoque, individualiza algunas características de Latinoamérica que podríamos utilizar para subrayar ulteriores elementos “criptotípicos” comunes del área. En particular, en el formante doctrinal, aunque no solo, «En términos de psicología social, se debe advertir una autoestima relativamente baja que puede denominarse *el victimismo ...*»¹³¹.

128 Véase S. BAGNI, “Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del estado intercultural”, en Id.(ed.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? – The Intercultural State: a New Eutopia? – El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, en Bologna: Dipartimento di Scienze giuridiche, 2017, <https://amsacta.unibo.it>. DOI: <http://doi.org/10.6092/unibo/amsacta/5488>, e Id., “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 111 ss. Véase también L. PEGORARO, “América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2018, p. 81 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 22, 2017, p. 175 ss.

129 B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016, p. 56 ss.; V. también J.H. ELLIOTT, *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge U.P., 1970, trad. esp. *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Alianza, Madrid, 1972.

130 B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 50, deteniéndose sobre la influencia del primer-tercer-mundismo hegemónico, habla de «la mirada desdeñosa de las ciencias europeas y norteamericanas hacia América Latina». Véase también J.H. ELLIOTT, *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge U.P., 1970, trad. esp. *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Alianza, Madrid, 1972, y

131 B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 54, citando a G. LOMNÉ, “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, Bogotá, Unal, 2009, p. 9. Un síntoma de este fenómeno denunciado por Marquardt lo he destacado en un escrito reciente, debatiendo y criticando la “adoración” de la academia latinoamericana a la academia europea y norteamericana, acogida *sin una actitud crítica* como “*argumentum quoad auctoritatem*”. Piénsese sólo en las innumerables citas –por parte de la doctrina y la jurisprudencia– de autores como Häberle, Ferrajoli, Dworkin, Zagrebelsky, y otros que proponen teorías neo-constitucionalistas, de un lado, o de otro lado a las de Kelsen, Bobbio, Guastini, Böckenförde, etc., por parte de quienes adhieren a las escuelas positivistas y realistas. Reenvío a mi artículo “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, Julio-Diciembre de 2015, pp. 219 ss. y en AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di A. Gambaro*, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss. El releve es común: véase por ej. B. ANDRÉS BOTERO, “La interpretación constitucional en América

Destaca en estas frases la gran responsabilidad de la doctrina académica constitucionalista, y el enlace entre economía, política y academia, la cual última ofrece soporte, en nombre de los derechos humanos y la democracia, a operaciones económicas y políticas que tienen objetivos bien distintos.

Las culturas orientales «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida»¹³². América Latina, distintamente de Asia y África, no rechaza todos los valores (o si quieren disvalores) de la cultura occidental; mejor, solo la percepción indígena puede ser parangonada a las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el “sistema” se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces eso también como un mestizaje cultural, que traduce a nivel jurídico el mestizaje “físico” que caracteriza buena parte del continente.

Todo eso, sin embargo, como bien destaca Marquard, aparece desconocido no solo a la ciencia constitucionalista clásica de Estados Unidos (donde los profesores de Derecho constitucional ni siquiera conocen en su mayoría el Derecho constitucional europeo, y piensan que el mundo se acaba en Nueva York y Los Angeles); no solo a la academia de Europa, sino también a un sector consistente del constitucionalismo latinoamericano, absorto acriticamente en la contemplación de los modelos estadounidenses o europeos y su universalismo antihistórico, totalizante y uniformizador.

Se trata de una doctrina que desde 1530 no ha avanzado un paso, parándose en la “cédula” de Carlo V evocada por S. Lanni¹³³, con la cual se establecía que «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en

Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. BARBOSA DELGADO (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado, Bogotá, 2012, p. 319 ss., y además la crítica del propio B. MARQUARD, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 47, notas 144 ss., a Häberle pero también a los autores latinoamericanos.

132 B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 39.

133 S. LANNI, voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016, p. 720.



los mantenimientos, y avisen a los Virreyes o Audiencias, y guarden a sus buenos usos y costumbres *en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión*».

La doctrina de los “cultos permitidos” en las constituciones del siglo XIX¹³⁴, que ha atravesado los siglos hasta ahora, se ha convertido en una doctrina acrítica de los derechos humanos propuesta por casi todos los “*legal tourists*” que pretenden universalizar sus conocimientos del pueblo donde viven¹³⁵, y también por los receptores pasivos que la aceptan sin plantear el dilema de la diversidad¹³⁶.

En particular, quiero recordar la enseñanza del Continente acerca de la exportación a otros sistemas de las soluciones escogidas acerca de las relaciones entre culturas distintas. América Latina, junto a África Austral y algunos países de Asia, parece haber emprendido un camino opuesto y de parcial resistencia a los fenómenos de la globalización. Considerada por siglos como un emblema de homogeneización económica y cultural por parte de Europa y los Estados Unidos, experimenta desde hace tiempo soluciones originales, por un lado, redescubriendo y tutelando las antiguas raíces, y por otro, proponiendo estructuras jurídicas no siempre coherentes con los patrones liberal-democráticos, alimentados por doctrinas conformistas y poco atentas a la diversidad.

¿Pueden las soluciones acerca del balanceamiento del Derecho tradicional y el de derivación estatal, cultura occidental y cultura indígena, armonía e individualismo, individuo, comunidad y naturaleza, elaboradas en América Latina, África y Asia, ser exportadas en lugares y regiones donde se plantean, aunque de forma distinta, problemas análogos de compatibilización?

134 V. por ej. Const. Grecia del 1864: «1. La religión dominante en Grecia es aquella de la Iglesia oriental ortodoxa de Cristo. 2. Las otras religiones son reconocidas y toleradas y la libertad de culto de su ejercicio protegida por la ley, pero el proselitismo está prohibido, como cualquier otro acto contrario a la religión»; Const. Portugal del 1826, art. 6: «La religión católica, apostólica y romana continuará siendo la religión del Reino. Todas las demás religiones serán permitidas a los extranjeros, con su culto doméstico y particular, sin ninguna forma exterior de templo»; Estatuto Albertino, art. 1: «La Religión Católica, Apostólica y Romana es la única religión del Estado. Los otros cultos que ahora existen son tolerados de conformidad con las leyes».

135 La alusión es al *Frankenstein* de Mary Shelley (1818): «How dangerous is the acquirement of knowledge and how much happier that man is who believes his native town to be the world, than he who aspires to be greater than his nature will allow».

136 Por supuesto, uso aquí el término “legal tourism” en sentido distinto de CHEN LEI, “Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong”, en P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 192, donde es sinónimo de “transposition”, “borrowing”, “migration”, “cross fertilization”.

En Latinoamérica se trató, en años recientes, de reconocer —a nivel jurisprudencial, luego legislativo y constitucional— no solo los derechos individuales y comunitarios de los pueblos indígenas, sino de incorporar sus valores (su *Grundnorm*, podríamos decir) en el parámetro constitucional. Dejando de lado a Estados Unidos, donde el problema se solucionó con el genocidio y la marginalización de los nativos sobrevivientes¹³⁷, en Europa el choque es debido no a las reivindicaciones de comunidades pre-existentes, sino a la llegada de nuevas comunidades culturales, anómalas respecto a la cultura europea. Pese de la diversidad de presupuestos, a mi parecer, eso no impide aprender de América Latina, África y Asia las soluciones propuestas en busca de un distinto equilibrio entre valores desequilibrados en Occidente, privilegiando el individualismo, en detrimento del comunitarismo y ecologismo; y privilegiando la libertad de los particulares, en detrimento de la igualdad y la fraternidad, aunque los tres sean considerados paritariamente en el tríptico revolucionario¹³⁸.

En los juristas que estudian estos temas sin presunción y arrogancia se puede confiar porque, amándolo¹³⁹, soportan culturalmente la exportación de un modelo de constitucionalismo “altruista”¹⁴⁰ y respetuoso que pueda circular y afirmarse en otros lugares del mundo. Junto a Sudáfrica, Madagascar, Namibia, Botswana, Buthan, América Latina puede fertilizar

137 Como es sabido, en Canada la *First Nation* (los indios nativos e inuit) tuvo un tratamiento jurídico distinto al que se practicaba en Estados Unidos. Cfr. R. TODD, *Aboriginal People and Other Canadians*, Un. of Ottawa Press, Ottawa, 2001; J.R. MILLER, *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making Power in Canada*, Toronto U.P., Toronto, 2009; en la doctrina italiana N. OLIVETTI RASON, “Il patrimonio multiculturale dei canadesi”; ID., “Remarks on the Idea of ‘Aboriginal Peoples of Canada’”, ambos en ID., *Scritti 2005-2012*, Cleup, Padova, 2014, p. 151 ss. y p. 247 ss.

138 Véase el número especial de la *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017, dedicado a “Liberté, égalité, fraternité”, cit., y, acerca de la comparabilidad de Latinoamérica con Europa a este respecto, R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss. y espec. p. 1477.

139 Véase S. BAGNI, “All you need [to compare] is love”, en ID. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.; ID., “Esayo introductorio metodológico: La fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017; ID., “Comparative Law and ... Love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *An. dir. comp. st. leg.* 2017, p. 47 ss.

140 M. CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruista*, cit.



el constitucionalismo mundial, retomando valores perdidos de equilibrio entre factores distintos –el individuo, la comunidad, la naturaleza; los derechos y los deberes; y la libertad, la igualdad, la fraternidad– propios de muchas culturas autóctonas, pero también del cristianismo, del liberalismo revolucionario, del socialismo¹⁴¹.

141 Una síntesis de tales valores, aunque con composiciones y colocaciones distintas, es la base incluso de la Resistencia europea al nazi-fascismo, como resulta claramente en las *Lettere dei condannati a morte della Resistenza europea*, editadas por P. MALVEZZI E G. PIRELLI, Einaudi, Torino, 1963: cfr. L. PEGORARO, “Diritto costituzionale e resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, p. 521 ss.

EXPECTATIVAS Y RETOS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Dra. Ana Virginia Calzada,
Expresidenta de la Sala Constitucional de la
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica



Dra. Ana Virginia Calzada

Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Doctoranda en Derecho Ambiental en la Universidad de Alicante, España. Es abogada, notaria y consultora internacional para la Agencia Internacional para el Desarrollo. Ha ejercido funciones importantes dentro de la judicatura costarricense y fue presidenta de la Sala Constitucional de Costa Rica (2008-2013). Ha sido profesora del curso de maestría en Administración de Justicia de la UNA y profesora de la Escuela Libre de Derecho. Miembro de la Comisión de Reforma del Estado, del consejo administrador del Colegio de Abogados y de la junta directiva de Acorde (Asociación Costarricense de Desarrollo); asimismo, ha escrito sobre temas trascendentales en Derecho Ambiental, Derecho de Familia y Derecho Constitucional. Ha participado como expositora en numerosos foros y cónclaves nacionales e internacionales.

Previo a iniciar cualquier discusión sobre este tema, que resulta no solo de trascendencia para el constitucionalismo moderno sino para el nuevo desarrollo de las estructuras de todo Estado democrático, debemos elaborar, dentro de este nuevo marco normativo en el que está inmersa la sociedad actual, una nueva perspectiva de lo que significan las regulaciones constitucionales y los límites que estas puedan tener en su aplicación.

Veamos entonces una primera premisa: qué es lo que entendemos por constitucionalización del derecho. Riccardo Guastini dice que por “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, podemos entender un proceso de transformación de este, totalmente impregnado por las normas constitucionales, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal de los actores políticos, e incluso señala Guastini, hasta de las redes sociales.

Partiendo entonces de esta concepción, es entendible la diferencia entre ordenamientos en los cuales la Constitución se convierte en un verdadero orden fundamental, ya no solo desde el punto de vista de la supremacía de la Constitución, sino desde otros factores y aquellos ordenamientos en que la Constitución es apenas el catálogo de derechos.

Antes de analizar algunos de esos factores adicionales que Guastini menciona como parte de esa constitucionalización del ordenamiento jurídico, creo importante realizar, aunque sea en un ejercicio muy rápido, un análisis sobre cuál ha sido la génesis de este nuevo acercamiento por parte de las sociedades, para que estas respondan más a valores que a normas legales.

La constitucionalización del Derecho aludida por Guastini está ineludiblemente relacionada con la aparición de Cartas Magnas con características propias y distintas a aquellas iniciales, que se limitaban a regular lo concerniente a la organización del Estado.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se produjo en el mundo un cambio en la mentalidad de las personas, motivado evidentemente por la necesidad humana de replantearse la forma de aproximarse al mundo. Este



cambio, aludido en clave jurídica, conllevó a la aparición de este “nuevo tipo de constituciones” que les menciono. Constituciones de las denominadas “largas”, ya que incorporan derechos sociales juntamente con derechos políticos y derechos de libertad.

Autores como Luigi Ferrajoli afirman que estas constituciones son reflejo de una revolución constitucionalista y democrática, cuyo objeto es el restablecimiento de condiciones en la relación entre los ciudadanos y el poder político al interior de los Estados; en donde los derechos fundamentales serían el pilar y la finalidad de la organización social.

Esta revolución constitucional y democrática se extrapola también al ámbito internacional. Se aprecia cómo el mismo espíritu reconfigurador de las relaciones entre ciudadanos y el poder inspiró múltiples instrumentos internacionales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ambas de 1948).

Desde el inicio de la revolución constitucional y democrática, y desde la aparición de estas nuevas constituciones que paulatinamente impregnarán todo el ordenamiento jurídico de los estados en el fenómeno conocido como “constitucionalización del derecho”, se produjo una tensión que hoy en día sigue tan vigente y palpable como en el inicio. Me refiero a la tensión entre “democracia” y “constitución”: los dos pilares de la revolución jurídica del siglo XX y XXI.

Previo a tocar el tema de la tensión entre estos dos conceptos, resulta vital, dado que son términos tan complejos, delimitar a qué me refiero cuando aludo a “Democracia” y a “Constitución”.

Históricamente, por “Constitución” se entiende aquel documento normativo que estructura la colectividad política de un Estado, el cual necesariamente debe incluir una declaración de derechos humanos y la organización de los órganos de dicho Estado bajo el principio de separación de poderes. Si se conciben los derechos fundamentales como los límites al poder público, es decir, aquello sobre lo cual el poder no puede disponer, necesariamente se comprende cómo la Constitución se concibe como aquel instrumento donde se conjugan sus elementos integradores: la declaración de derechos y la separación de poderes.

Por su parte, democracia, para efectos de la presente exposición, debe ser entendida en el sentido que está siendo utilizada no para definir un modelo completo de ordenamiento jurídico y político, sino más bien a

una forma de gobierno cuya naturaleza es identificable desde su significado literal (“poder del pueblo”) y cuyo fundamento es la libertad de los individuos en materia política para adoptar decisiones colectivas, con el máximo de consenso y el mínimo de imposición.

Vale destacar que es la libertad de individuos, pero cuando estos cuenten con un mínimo de condiciones que garanticen que su voluntad se manifiesta libre de presiones y condicionamientos externos.

Como corolario de esta reflexión, es menester distinguir que Constitución y democracia son entonces conceptos independientes.

Ahora bien, siguiendo la idea anterior, es posible imaginar democracias no constitucionales o constituciones no democráticas; por ejemplo, aquellas constituciones del siglo XIX, donde las mujeres, quienes no sabían en ese entonces leer ni escribir, no podían ejercer su derecho constitucional al voto.

Si fusionamos la Constitución y la democracia, materializan una unión que subsiste sobre la base de una tensión general, que si bien puede ser superada, pues ambos conceptos se necesitan mutuamente para su pleno desarrollo, encontrar el punto de equilibrio no está exento de problemas.

Y es que la unión de conceptos, concretizada en una “democracia constitucional”, está regulada, en primer orden, por una Constitución que, tal como he venido afirmando, logra amalgamar tanto los requisitos propios de una Carta Fundamental como aquellos propios de la democracia.

Se configura, entonces, una forma de gobierno en donde los órganos de poder, además de estar sometidos bajo el principio de división de poderes, están vinculados y obligados, en virtud de esta “revolucionaria y moderna Constitución”, al respeto de los derechos fundamentales, y a los derechos de libertad y derechos sociales.

La interacción entre democracia y constitución, integrada en un Estado democrático mediante una Constitución igualmente democrática, en teoría resulta afortunada; sin embargo, como anoté anteriormente, en la realidad se presenta una serie de problemas que impregnan las distintas esferas de lo jurídico, político y lo social.

Es así también como la existencia de constituciones que incluyen reglas y principios y que aspiran a armonizar estos principios democráticos con el contenido mínimo del instrumento organizador y configurador del poder estatal, no resulta exenta de tensiones y cuestionamientos.

Es válido señalar, entonces, que estos conflictos recrudecen cuando la Constitución impregna a todo el ordenamiento jurídico del Estado;



es decir, la tensión es mayor mientras más “constitucionalizado” esté un ordenamiento jurídico.

Es así como la tensión aludida -constitucionalización del ordenamiento- se da entre los defensores de la superioridad de la Constitución sobre cualquier poder, y los defensores del poder democrático de la mayoría.

Llegamos entonces a un punto en el que ya podemos visualizar, como primer aspecto, lo fundamental que significa la respuesta de los poderes legislativos -valga la redundancia-, en el desarrollo legislativo, en la implementación del disfrute de esos valores constitucionales en la vida de nuestras sociedades.

En cuanto a este punto, resulta de vital importancia el desarrollo jurisprudencial alemán, sobre el contenido esencial de las normas que desarrollan derechos humanos, asunto que está relacionado necesariamente con los límites que tiene el legislador para el tratamiento legislativo del derecho fundamental que se pretende regular en una ley.

¿Y por qué señalamos la importancia? Porque ante un desarrollo restrictivo por parte del legislador de ese derecho fundamental, podría caerse en una desconstitucionalización del orden jurídico, pues con la excusa de su regulación puede darse un vaciamiento del derecho fundamental, violentando el principio del contenido mínimo o contenido esencial de todo derecho humano.

Como segundo aspecto -y por ello no menos importante, y al que daré más énfasis en mi exposición-, está aquel relacionado con los operadores jurídicos y la posibilidad de la aplicación directa de las normas constituciones, o al menos, las interpretaciones conformes con la Constitución, versus la resistencia producto de nuestras culturas positivistas, donde lo que impera es la fuerza de la ley, aduciendo, para la modernización y acercamiento de las sociedades a la cultura social imperante, la rigidez de sus constituciones y el poco margen para permear el ordenamiento en general y la imposibilidad de realizar dicho acercamiento por medios ordinarios.

Siento especial afinidad con lo señalado por Cass Sunstein, quien hace una diferenciación entre el minimalismo constitucional y el minimalismo judicial, recordando aquella idea, ya tal vez trasnochada, a la luz de estas nuevas tendencias, de que los tribunales constitucionales solo deben atender asuntos de trascendental importancia, y fijar las grandes líneas evolutivas de un sistema constitucional sin abrir flancos de debate, ya que considera que la evolución de los sistemas constitucionales debe ir poco a poco, y

caminando por rutas ciertas, sin olvidar que el Estado es un instrumento de los derechos fundamentales y otros valores y bienes jurídicos que ya han sido constitucionalizados.

Siguiendo a Sunstein, resulta entonces primordial reconocer que las constituciones modernas tienen un mayor grado de complejidad que las constituciones de los inicios del constitucionalismo decimonónico, y que ya no se limitan, como tradicionalmente lo hacían, a establecer solo las normas básicas de la organización del Estado y a garantizar derechos civiles y políticos.

Actualmente, concebimos el derecho como una realidad histórica y social y que, por ende, la Constitución resulta inseparable de la concepción de la sociedad.

Si pensáramos, en consecuencia, en una Constitución de solo grandes líneas o momentos, sentando las grandes bases del Estado -cosa que no está mal, pero por sí sola sí lo está-, caeríamos en el minimalismo judicial, negando a las constituciones esa nueva función transformadora de la sociedad, destinada a guiar el proceso histórico de un país.

Es así como Eduardo García de Enterría¹ aborda de forma impecable, en su obra sobre la Constitución como norma jurídica este dilema, y plantea el valor normativo de la Constitución, señalándonos que la esencia de esta no es solo un cuerpo de principios o desiderata que se ofrecía como entrada al ordenamiento jurídico, sino que se trata de una autentica norma de ese ordenamiento, lo que conocemos en nuestro ámbito constitucional como la *lex superior*.

Nos plantea, asimismo, que la Constitución es una norma vinculante para todos, autoridades y ciudadanos. Igualmente, cómo en muchas ocasiones la Constitución puede ser aplicada por jueces y tribunales, sin esperar un desarrollo legislativo.

En la actualidad, los textos constitucionales han dejado de ser meras cartas políticas, organizativas del poder, para consagrar en sus contenidos nuevos y fundamentales derechos, denominados por la doctrina como derechos de segunda y tercera generación, destinados a promover el bienestar económico, social, cultural y, a su vez, a consagrar la paz, la preservación del medio ambiente, el derecho al desarrollo, entre otros.

1 *La Constitución como norma jurídica*. Eduardo García de Enterría.



De la misma manera, las constituciones requieren normas para la distribución de recursos, elaboración de presupuestos, inversiones y, en general, planes de desarrollo.

En este proceso, que obviamente debe ser gradual, nos enfrentamos nuevamente a ese cambio de actitud de los operadores jurídicos que en la práctica judicial contribuyen positivamente a la constitucionalización del ordenamiento jurídico; pues si bien es cierto que no todas las normas constitucionales tienen la misma estructura, y algunas de ellas requieren de una regulación posterior, en buena parte, hay que efectivamente proporcionarle la mayor movilidad, de acuerdo a los principios y valores establecidos en ella.

Debemos ver este nuevo constitucionalismo, según nos señala Rodríguez Iturbe², no solo como un replanteamiento de los nexos entre filosofía social y la teoría constitucional, sino también como la búsqueda de una antropología filosófica, lo que nos lleva necesariamente al acercamiento con el contexto humano, a buscar su origen o naturaleza y, quizá lo más importante, para así determinar la finalidad de su existencia, así como la relación con los demás en la sociedad actual.

Volvamos entonces al inicio de esta exposición, en lo que hemos llamado la constitucionalización del ordenamiento jurídico. La pregunta subsiguiente sería si es una nueva forma o moda sin contenido.

Irremediablemente, tenemos que señalar que no, que esta constitucionalización del orden jurídico no es más que la plena eficacia de las normas fundamentales, permeando todo el orden interno, que significa, ni más ni menos, una nueva relación entre los ciudadanos y el Estado, donde la Constitución es un documento plenamente aplicable.

Es una nueva propuesta que permite al Derecho proponer sociedades más unidas, que se reencuentran con su historia y con su ética, que buscan disminuir las desigualdades, proteger el medio ambiente, que visualizan una sociedad pluralista que apunta a la integración de los principios y valores de justicia material, casi todos positivizados en las Cartas Políticas para proyectar una sociedad más justa, unida y equitativa. Este párrafo es redundante.

2 Retos del Derecho Constitucional contemporáneo. Cap. II. Los Derechos Humanos. Entre deseos particulares y bienes fundamentales. José R. Rodríguez Iturbe. P. 38.

Los jueces constitucionales, especialmente, tienen entonces un panorama amplio de aplicación e interpretación en el que deben entrar en juego diferentes técnicas interpretativas y aplicación de principios constitucionales tales como la ponderación, la razonabilidad, la proporcionalidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la irradiación de los derechos, el principio *pro homine*, la **función integradora**, el de **previsión de las consecuencias, concordancia práctica**, el principio de **fórmula política**, que ayuda a comprender que la Constitución contempla un modelo de sociedad y organización política que no puede perderse de vista durante la interpretación y la aplicación del derecho.

Encontramos, en esta nueva concepción del Estado moderno, la visión de una Constitución que como hemos reiterado, obedece más a un orden de valores y principios que están en la base del sistema de derechos fundamentales, que han sido socialmente relevantes y, en consecuencia, su positivización; de ahí una nueva forma de interpretar y, sobre todo, comprender, el Estado de Derecho.

Zagrebelsky señala cómo es primordial, en un Estado Constitucional de Derecho, una interpretación nueva, ya que “se ha dotado de una enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada más, cuanto haya sido con anterioridad”³.

Regresemos ahora al nombre de esta plática, **Expectativas y retos en la constitucionalización del derecho**. Debemos entonces preguntarnos con base en lo ya analizado, cuáles son las expectativas, qué esperamos del ordenamiento jurídico, cuando este se constitucionaliza. Sin perder de vista en su interpretación que en esta nueva concepción los derechos humanos se convierten en el núcleo, en el corazón del moderno Estado constitucional, exigibles para todo habitante -y no solo ciudadano, valga la aclaración-, con independencia de su preferencia ideológica o de otro tipo, raza, religión, género, o por qué no, de los legisladores de turno.

El poder Legislativo pareciera entonces que debe convertirse, como lo señalamos al inicio de esta charla, en el actor principal en la constitucionalización del orden jurídico, con la formulación de los derechos humanos desde un punto de vista normativo, pretendiendo formulaciones abiertas,

3 ZAGREBELSKY, Derecho dúctil, p. 109.



donde puedan entrar diferentes condiciones de vida y proyectos sociales, con el propósito de hacer de los derechos humanos signos inclusivos, que puedan ser reconocidos y exigidos.

Pero pareciera que además de estas formulaciones amplias y abiertas, también su aplicación e interpretación deba realizarse sobre parámetros de igual amplitud, tolerancia y apertura.

Es decir, que tan amplio y abierto debe ser el promulgador de la norma como el juez -que se convierte aquí en el coactor de esta nueva forma- que la aplica. Advertencia, por demás muy cierta en un contexto jurídico donde convergen diversas modalidades y escuelas de formación jurídica, algunas de las cuales resultan aun poco favorecedoras para una aplicación respetuosa de los derechos humanos y sí, por el contrario, de interpretaciones decimonónicas, que en no pocas ocasiones han demostrado ser un riesgo certero para la debida vigencia y protección de los derechos humanos y, por ende, de esta nueva tendencia de la constitucionalización del orden social.

Es esta segunda aproximación la que nos lleva irremediamente al ámbito de la administración de justicia, última frontera donde se decide la efectiva protección de los derechos fundamentales, toda vez que es ante el sector justicia donde se define la procedencia, se estudian, se otorga razón o se deniegan de manera fundamentada las pretensiones de las personas que acuden en resguardo de sus derechos, cuando estiman están siéndoles vulnerados.

En diferentes foros he reiterado -y no pocas veces- que para lograr este cometido, la administración de justicia requiere de funcionarios y jueces no solamente comprometidos y probos, sino también especialmente formados en la ciencia jurídica, claros entendedores de su pertenencia a un poder del Estado, y debidamente sensibilizados sobre la realidad de las personas usuarias del sistema de justicia.

Un sistema de justicia que en todo caso, va más allá de las áreas jurídicas concretas. También nuestros poderes judiciales requieren un verdadero rol y compromiso nacional e internacional, dentro de la moderna concepción de los estados democráticos de derecho, en los que la Constitución permea el ordenamiento jurídico en general, tramitando y resolviendo causas con una visión moderna de protección de los derechos humanos, teniendo presente que en esos procesos están involucradas personas, personas que tienen necesidades, inquietudes, que enfrentan dificultades y, en no pocos

casos, incertidumbre y hasta temor de acudir en búsqueda de justicia y equidad, sabiendo que la moderna administración de justicia es un servicio público de protección.

Por otra parte, deseo enfatizar en los principios llamados rectores y limitantes, y deseo enfatizar porque es de especial relevancia cuando se profundiza en el ejercicio del control político, y es que la labor interpretativa y decisoria, sobre todo del juez constitucional, debe tender hacia la **máxima funcionalidad del régimen político**. Esto, por cuanto la Constitución consagra «decisiones políticas fundamentales» que no pueden ser subvertidas o ignoradas por los poderes políticos, por lo que la acción del juez, al ejercer el control, debe orientarse a conservar y fortalecer la unidad y el régimen político que la sociedad ha establecido en la Constitución.

Esta funcionalidad del régimen político está ligada al equilibrio de los poderes, a modo de buscar entre ellos la cooperación y no el bloqueo, evitando la expansión de uno en perjuicio del otro, y es por ello que resulta conveniente la existencia de un órgano que vele por el correcto funcionamiento de la separación de poderes. Este órgano es, frecuentemente, el Tribunal o Corte Constitucional, porque tomando en consideración la supremacía en la interpretación constitucional, es a estos tribunales a quienes se acude buscando el respeto del cuadro político de órganos, competencias y relaciones institucionales planteado en la Constitución.

Por ello, citando a Zagrebelsky, la función del Tribunal Constitucional «no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-constitucional, económico y social, sino la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar». Sin embargo, no debemos perder de vista y no podemos ignorar que este control del Tribunal Constitucional irremediablemente produce tensiones con otros poderes y órganos del Estado.

Realizada esta última aclaración, vamos perfilando, en esta rápida reflexión, cómo el régimen político requiere de una permanente adaptación, que sin afectar lo esencial, pueda consolidar y perfeccionar aquellos derechos, principios y valores muchas veces positivizados.

Esa unidad política que referíamos hace un momento, y la funcionalidad del régimen político que ahora valoramos, no significa negar el pluralismo, el conflicto o las tensiones, pero sí adoptar una posición contrapuesta con la noción de anarquía, misma que se evita con el actuar responsable de la justicia constitucional.



Es lo que Pablo Lucas Verdú llama «fórmula política», la cual se construye en torno a la forma de Estado consensuada socialmente y diseñada en la Constitución, pero que además, está presente en la labor de interpretación constitucional, donde la supremacía de la Constitución es el eje central.

Ya desde antaño, Jackson, analizando las tareas de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos como intérprete superior y final de la Constitución, distinguía lo que él dio en llamar los «asuntos jurídicos o no constitucionales», y los «asuntos políticos o constitucionales», siendo estos últimos los que dan lugar a la creación de la «jurisprudencia política», la cual emana del órgano judicial encomendado de la tarea de equilibrar los poderes políticos dispuestos en la Constitución.

De igual manera, así fue reconocido por la jurisprudencia argentina, al afirmar que «la función más importante de la Corte Suprema es la de interpretar la Constitución, de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente; en nuestros casos, donde no existe un Estado Federal pero sí existen Salas y Tribunales Constitucionales, yo diría para que la sociedad se vea imbuida de ese conjunto de derechos y deberes, principios y valores.

Siguiendo la línea que nos hemos planteado, de los retos y expectativas de la constitucionalización del orden jurídico, es claro que al juez constitucional, como intérprete máximo de la Constitución, le corresponde determinar en sus pronunciamientos aquellas alternativas que preserven y afiancen el régimen político, evaluando las consecuencias políticas de sus sentencias, teniendo presente la precisa distribución de las fuerzas políticas parlamentarias y sus intereses, toda vez que al final, las decisiones de la jurisdicción constitucional transforman a los Tribunales Constitucionales en copartícipes de la orientación política del Estado.

Es por lo anterior que con razón se ha llegado a afirmar que los tribunales constitucionales se asemejan a una especie de asamblea constituyente en permanente sesión, por cuanto van actualizando el régimen político asumido por la voluntad del constituyente originario.

Por eso, Bidart Campos ha concluido que «el no juzgamiento de las cuestiones políticas implica también declinar el ejercicio pleno de la función estatal de administrar justicia». Y yo agregaría, tomando en consideración los modernos estados, que sería negar a la Constitución y por ende, a los ciudadanos, que la vida social-política y económica de

nuestros pueblos giren no solo en torno de ese catálogo de derechos que representa la Constitución, sino para que se puedan erigir y consolidar en su contenido y no se tornen inoperantes y se conviertan en un simple enunciado axiológico; un destello en el papel.

En este sentido, en el camino de la reivindicación de los derechos, debe procurarse y lograr su integración y desarrollo al máximo dentro de la sociedad, lo cual es una condición indispensable para que la protección de sus derechos se sitúe en un plano de igualdad, justicia y equidad en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Es así como la función y responsabilidad del juez constitucional, en el actual contexto, está centrada no solo en lograr el cometido de brindar protección a la norma fundamental, sino, particularmente, a ejercer un rol dinámico en la protección de los derechos humanos, pues es a partir de allí que logra definirse la vigencia plena y el desarrollo de la democracia, y con ella, justamente, el tema que hoy nos tiene convocados, la constitucionalización del orden jurídico.

En otras palabras, debemos llegar, en esta nueva concepción, más allá de aquella ya lejana concepción kelseniana –lejana no tanto en el tiempo como sí en la naturaleza de los tribunales constitucionales actuales–, porque hoy los poderes judiciales y los jueces constitucionales, se convierten, a su vez, en jueces de derechos humanos, comprometidos con sí mismos y ante la sociedad, con el desarrollo de esa misma sociedad a la que brindan protección y procuran justicia y equidad; se convierten en jueces de democracia, y como tales, convencidos del rol vital que desempeñan en su protección, consolidación y fortalecimiento.

Muchas veces, en nuestros países se suscribe internacionalmente una serie de compromisos que implican proteger y desarrollar legislativamente un marco legal apropiado y actual para velar por aquellos problemas que se enfrentan socialmente, tal como la violencia, la explotación, la discriminación, la falta de acceso a los servicios públicos, el abandono, entre algunos de ellos. Labor que en estos casos puede ser desplegada y aparejada por el Tribunal Constitucional, logrando gran avance en la reivindicación de los derechos de los habitantes, con el objeto de lograr su desenvolvimiento equitativo en la sociedad, en condiciones de igualdad.

Es innegable que la apertura a la cultura y al contexto de diferentes situaciones exige una forma peculiar de conocimiento que lleva en sí mis-



ma una pretensión legal que precisa de su concretización, la cual muchas veces llega, precisamente, mediante la actuación judicial.

Recordemos, antes de proseguir en el desarrollo de esta idea, en lo señalado anteriormente, en el sentido de que los legisladores deben tener una visión más abierta cuando se promulgan las normas, y que el que interpreta las mismas debe tener, asimismo, esa amplitud. Pero aquí podríamos encontrar el problema de la formación y práctica judicial, porque si estas son cerradas, en lugar de abiertas, la protección de los derechos humanos estará seriamente comprometida y, en consecuencia, la permeabilidad de la Constitución en el resto del ordenamiento pareciera estar en peligro.

En este desarrollo es posible darnos cuenta cómo la vigencia de los derechos humanos está estrechamente ligada con su percepción como componente sólido del mundo social, circunstancia que si llega a cumplirse determina que los derechos humanos posean realmente fuerza de realización.

Esto es lo que se ha dado también en llamar «vigencia sociológica del derecho», noción que indica que para que el entramado jurídico tenga efectiva vigencia -y yo agregaría plena vivencia en los ciudadanos-, debe estar plenamente asumido y aprehendido por las fuerzas sociales; de donde resulta que si esta circunstancia está ausente, igualmente estará ausente la efectiva vigencia del derecho, en este caso, de los derechos humanos, constitucionalizados o no, poniendo en entredicho su juridicidad y convirtiendo su reconocimiento en meros enunciados y, como consecuencia lógica, impidiendo la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Encontramos entonces una nueva premisa. Para superar esta circunstancia, debe irse más allá de la estrategia de positivización, actualmente cumplida y realizada de manera fehaciente en casi todos nuestros países, para orientar la discusión hacia la generación de un diálogo con los diferentes actores sociales.

Es importante visualizar, consecuentemente, que junto a los derechos, el constitucionalismo moderno establece otra segunda nota novedosa: la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico.

La justificación de esta nueva concepción o tendencia radica en las consecuencias perniciosas y en los costes sociales que provocan los derechos orientados a la libertad, exclusivamente. Los límites clásicos del “orden público” y de las “buenas costumbres” han dado paso a la idea de justicia material como objetivo que el poder público busca conseguir.

El Estado, en esta nueva visión, no solo impone, sino que ha de incitar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice esta nueva doctrina que el derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada, para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles, y con ello superando así las concepciones kantiana y hegeliana.

Existe, por tanto, un orden por encima de las voluntades individuales, en el que la constitucionalización de los principios de la justicia, integra y no disgrega, donde el Estado ya no es una instancia neutral, abstencionista, ni tampoco actúa de modo subsidiario; el Estado se convierte en un elemento básico para conseguir un orden que valora las exigencias de la justicia para la tutela de las necesidades generales, procurando un cambio en la relación del hombre con el medio ambiente que, además, permita garantizar la supervivencia y asegurar una equitativa y genérica utilización de los recursos por parte de todos, para convertir en lo posible, como su objeto, la incorporación en el ordenamiento jurídico de una interpretación que posea validez formal y material.

Para finalizar, es importante recordar un tema que señalé anteriormente, y que radica en el “juego”, por así decirlo, de las tensiones que se dan entre los defensores de la superioridad de la Constitución sobre cualquier poder y los defensores del poder democrático de la mayoría.

Pedro Salazar Ugarte⁴, afirma que ante estas tendencias, se producen dos tensiones en el plano institucional:

- 1) La tensión entre el principio de la supremacía constitucional y los poderes legislativo y de reforma constitucional, lo que implica que decisiones vitales no se sometan a discusiones público-democráticas; y
- 2) La tensión entre estos órganos representativos democráticos y los jueces constitucionales, en el entendido de que el ideal democrático supone que todos los temas sean sometidos a procesos de diálogo y deliberación en la sociedad.

Ahora bien, la tensión que se da entre el principio de supremacía y la capacidad de decisión de los órganos representativos (parlamentos) no

4 La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Salazar Ugarte, Pedro. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México, 2006. Página 184.



se limita a la subordinación del legislador ordinario a los límites constitucionalmente configurados.

Esta tensión se hace manifiesta y se agudiza en la limitación que se establece a los parlamentos para la reforma constitucional. Recordemos que para los defensores de la superioridad de la constitución sobre cualquier otro poder, dicha superioridad se sostiene en un ideal de Constitución fuerte, o sea, un sistema constitucional que privilegia la rigidez sobre la movilidad de la Constitución, mientras que para aquellos que sostienen la tesis del poder democrático de la mayoría, esa limitación lo que implica es la desconfianza en el Legislativo para definir las reglas de convivencia.

Para esta parte de la doctrina, una cosa es la supremacía constitucional, que obedece, de acuerdo a ellos, más bien a la regla de que normas inferiores deben respetar normas superiores, y que otra es la rigidez constitucional que debe manejar el legislativo.

Desde el punto de vista de la “democracia”, limitar el poder de reforma constitucional del parlamento es obligar a una sociedad cambiante a manejar una visión originalista y poco evolutiva del derecho. Prohibir modificaciones constitucionales es injustificado, pues implica desconfiar en el legítimo representante del pueblo para definir las reglas actuales de convivencia, y obliga a que los padres fundadores o constituyentes determinen de manera permanente el devenir de una sociedad cambiante.

Sin embargo, a mi criterio, los límites que impone la Constitución al legislador para la reforma constitucional son razonables y prudentes, pues la delegación que hace el pueblo soberano, a la hora de nombrar sus representantes, no les da a estos carta abierta para decidir, *per se*, las bases fundamentales de la sociedad en la que se desenvuelven, y ello no implica que se esté en presencia de un sistema no democrático.

El segundo punto de tensión institucional es el que se produce entre los órganos representativos democráticos y los jueces constitucionales. Resulta que los jueces constitucionales están facultados para anular las decisiones de diputados electos democráticamente por el legítimo soberano. La pregunta lógica es la siguiente: ¿Tiene legitimación un Juez Constitucional para anular o interpretar una norma?

Esta tensión es aun mayor cuando nos encontramos ante normas de principio o un catálogo derechos sociales en el cual la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional será la interpretación a la que deben someterse todos los órganos del Estado.

Si bien es cierto que los parlamentos son los primeros y legítimos encomendados por el pueblo soberano para que dicten las normas de convivencia política, social y económica de la sociedad, también lo es que ese mismo pueblo soberano ha establecido, en términos generales, en nuestros países, un sistema de división de poderes, en el que precisamente el Tribunal Constitucional, como parte del sector justicia, es el encomendado de controlar y revisar si las actuaciones realizadas por esos otros poderes del Estado, están acordes o no con la Constitución.

En términos generales, y para finalizar esta exposición, es prudente señalar que cualquiera que sea el sistema de organización de un Estado, vamos a encontrar tensiones de una u otra naturaleza. En el tema que nos convoca, pareciera que la tensión principal se da entre el legislativo, como poder delegado y los tribunales constitucionales, en su poder de anulación, interpretación y enmienda de las normas emitidas por este.

Ahora bien, si entendemos que la democratización de nuestro Estado, producto de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es el camino correcto en el desarrollo de la sociedad moderna, debemos también entender que esta democratización en las estructuras no puede llegar a tal punto de convertir esta nueva organización estatal en un centro de tensiones, bien sea por la tiranía de los jueces o la tiranía de las mayorías.

Habrán espacios donde la misma Constitución democrática debe poner límites a unos y otros. Ejemplo típico de ello es la imposibilidad de someter a una discusión popular un derecho fundamental. Concluyo citando textualmente a Pedro Salazar Ugarte⁵, cuando dice que:

“La tensión es contundente: salvaguardar la constitución implica limitar la autonomía política; apostar seriamente por la democracia supone reconocer que la autodeterminación ciudadana puede arrasar con el documento constitución (incluso cuando esto implique desfondarse a sí misma). Todo indica que no hemos logrado escapar del acertijo hobbsiano: ¿Quién, sino el que impone los límites, es el verdadero soberano?

Muchas gracias.

5 La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Salazar Ugarte, Pedro. Fondo de Cultura Económica. Primera edición. México, 2006. Página 17.

RELATORÍA DEL CONGRESO

Félix Tena de Sosa,
Coordinador

**Patricia M. Santana Nina, Juan Vizcaíno,
Mayra Cabral, Juan Nivar, Laia Rojas
y William Vizcaíno**
Relatores

El IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional inicia con las palabras de bienvenida del licenciado David Collado, alcalde del Distrito Nacional, quien resaltó los aportes de la Constitución del 2010 y el compromiso debido con la protección de los derechos fundamentales.

En el discurso de apertura, el magistrado presidente del Tribunal Constitucional, doctor Milton Ray Guevara, explicó la importancia de la labor pedagógica del Tribunal Constitucional y la pertinencia de su enseñanza para avanzar hacia una generación constitucional. Consideró que la Constitución de 1994 abre el camino para la Constitucionalización del Derecho, pero es la Constitución de 2010 la que da mayor relevancia a este fenómeno, al impactar todas las áreas del Derecho.

La conferencia inaugural, **“La Constitucionalización del Derecho”**, estuvo a cargo del doctor Pedro José González Trevijano, magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España, quien refirió las tres grandes fases del desarrollo del Derecho Constitucional para situar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho a partir del triunfo de la concepción que apuesta por un aumento creciente del contenido de la Constitución. Explicó que los grandes pilares que identifican la constitucionalización del derecho son: 1) el convencimiento de que las constituciones reconocen normas jurídicas y contienen la apropiación de nuevos materiales; 2) la incorporación de los principios y valores constitucionales como normas directas de la Constitución que influyen en la comprensión de los casos que dictaminan los Tribunales Constitucionales; 3) la atención prioritaria de los derechos y la convicción de que la Constitución es una norma jurídica y el fundamento que da validez a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico; 4) la aparición de la idea de rigidez constitucional; y, por último, 5) la aparición de la justicia constitucional, pues sin mecanismo protector, no hay posibilidad de configuración de la norma jurídica supremamente vinculante.



La segunda conferencia, “**Constitucionalización del Derecho y jurisdicción. La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La experiencia española**”, estuvo a cargo del doctor Enrique Arnaldo Alcubilla, quien consideró que la justicia constitucional es imprescindible corolario de la supremacía constitucional. Todos los jueces son jueces constitucionales, debiendo aplicar la constitución de conformidad con las sentencias del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo. Valoró la utilidad de la denominada cuestión de inconstitucionalidad, la cual permite que el Tribunal Constitucional español evite la subsistencia de normas inconstitucionales.

La tercera conferencia, “**Constitucionalización del derecho y jurisdicción. La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La experiencia dominicana**”, estuvo a cargo del magistrado del Tribunal Constitucional Samuel Lino Vásquez, quien destacó que la Constitución de 2010 introdujo nuevos esquemas de valores y principios que impactan en la constitucionalización del Derecho en nuestro país. A su juicio, la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria se vinculan en sus respectivas labores, al concurrir en la responsabilidad de tutelar los Derechos Fundamentales desde el marco de sus respectivas competencias. Apeló al fortalecimiento de un diálogo fluido en el ámbito del poder jurisdiccional para propiciar la constitucionalización del Derecho.

La cuarta conferencia, “**La constitucionalización de la vida económica**”, estuvo a cargo del doctor Oscar Dejuán Asenjo, quien planteó que la constitución económica instituye los pilares de la organización económica e introduce “diques” para controlar los poderes económicos. Son estos: 1) mercado único y la libre competencia entre empresas, en una economía de mercado que proclama la propiedad privada y la libertad de empresa; 2) el Estado Social y la necesidad de garantizar sus prestaciones a lo largo del tiempo; 3) la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera del sector público; y, 4) la organización del sistema monetario y financiero mediante instituciones independientes a fin de no caer en las trampas de la inflación y deuda. Identifica como problemas que justifican —y hacen más necesaria— una Constitución económica escrita, los siguientes: a) *un horizonte temporal*, para aislar ciertas áreas económicas del cortoplacismo que obnubila a los políticos; b) *un ámbito territorial*, pues ante la globalización de la economía la mayoría de los problemas económicos son universales y reclaman soluciones armonizadas; c) *un perfil ideológico-político versus*

perfil técnico-económico, ya que la mayoría de los políticos no concientizan al electorado sobre la dimensión de los recursos que se lleva la realización de sus proyectos y los efectos secundarios que se pueden desencadenar; y, d) *una estructura económica versus políticas económicas*, atendiendo a que los problemas que preocupan al gestor de la política económica requieren la creación de un ente que tome decisiones, sugiriendo que sus miembros gocen de cierta autonomía e inmunidad propia de los jueces.

La quinta conferencia, “**La Constitucionalización de la vida económica, con especial referencia al caso dominicano**”, estuvo a cargo del licenciado Eduardo Jorge Prats. Este consideró que la constitución económica no es más que un conjunto de normas programáticas constitucionales que regulan la vida económica. Para interpretar las disposiciones constitucionales con relación a la vida económica se impone visualizar el sistema económico constitucionalizado, esto es, la economía social de mercado que tiene tres pilares: 1) económico: inclusivo de la propiedad y la libertad de empresa; 2) social o igualitario: que sería la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y 3) garantista: fundamentada en la seguridad jurídica y en el principio de razonabilidad.

La sexta conferencia, “**La constitucionalización de la vida política**”, estuvo a cargo del doctor Roberto Gargarella, quien señaló los sistemas constitucionales latinoamericanos han quedado como un traje estrecho incapaz de traducir las demandas democráticas de la ciudadanía. Aseguró que existe una fisura que provoca tensiones entre dos grandes ideales: constitucionalismo y democracia, lo que se evidencia en 6 anomalías que afectan el diseño constitucional latinoamericano, a saber: 1) impera en la teoría de la representación política una visión elitista que la comprende como un bien necesario e indispensable; 2) la prevalencia de los controles endógenos, esto es, a cargo de instituciones internas, de una rama de poder sobre la otra; 3) un sistema de pesos y contrapesos interno que rechaza un “diálogo inclusivo” entre los ciudadanos; 4) predomina una idea tradicional de la imparcialidad asegurada por la reflexión aislada de unos pocos preparados que conciben los derechos naturales separados de la esfera democrática; 5) el hiperpresidencialismo, que hace inefectivo el esquema de pesos y contrapesos; y 6) un esquema institucional elitista que provoca disonancia democrática, por lo que la “sala de máquinas de la constitución” se quedó bajo llave, verticalizada y conforme a la visión del siglo XVIII.



En coherencia con la conferencia anterior, el primer panel del congreso versó acerca de **“La Constitucionalización de la vida política: avances y retos en la República Dominicana”**, en el cual participaron los doctores Julio César Castaños Guzmán, Flavio Darío Espinal, Marisol Vicens y Cristóbal Rodríguez Gómez.

El doctor Flavio Darío Espinal, consultor jurídico del Poder Ejecutivo, abrió el primer panel, realizando un análisis crítico de la evolución de la constitucionalización de la vida política dominicana, dividiéndola en varios momentos constitucionales: 1) el primero se caracteriza por la lucha entre fuerzas liberales y conservadoras, y se impone el constitucionalismo autoritario santanista; 2) un segundo período, desde 1865 hasta 1889, en que se destaca la gran inestabilidad política, el autoritarismo y la anarquía política; 3) la intervención norteamericana y la ocupación militar, donde, a pesar de dejarse en suspenso nuestro ordenamiento, las estructuras del Estado se estabilizan; 4) la dictadura de Trujillo, que se destaca por haberse ejercido como un sistema dictatorial y totalitario, combinado por la exaltación a su persona y el culto a las formas jurídicas; 5) en el proceso de la transición democrática, la Constitución de 1963 apuesta por un constitucionalismo liberal, con fuerte énfasis en la responsabilidad y rendición de cuentas de gobernantes, e introduce innovaciones en los aspectos económicos, sociales, laborales, educativos y familiares; y 6) la Constitución de 1966, que resultó ser sumamente centralizadora y conservadora, apuntalando un “presidencialismo excesivo” o hiperpresidencialismo.

El doctor Julio César Castaños Guzmán, presidente de la Junta Central Electoral, consideró que los procesos electorales en la República Dominicana siempre han estado constitucionalizados y explicó que hoy, los partidos políticos –parte integrante del sistema electoral– tienen el monopolio para presentar los candidatos. Identificó como grandes desafíos del sistema electoral dominicano: 1) el hecho de que los partidos políticos se institucionalicen realmente; 2) terminar con la coacción económica por compra de votos en las pequeñas localidades; 3) el acceso desequilibrado de los candidatos políticos a los medios de comunicación; y 4) los colegios electorales precisan una participación ciudadana verdadera, capaz, digna y honorable.

La doctora Marisol Vicens Bello afirmó que en países de débil institucionalidad, como el nuestro, el fortalecimiento de la vida democrática tiene que ser impulsado por una comprometida y activa participación ciudadana.

La mera existencia de instrumentos de participación no garantiza mayores niveles de democracia ni la efectividad de estos mecanismos. Aseguró que la sociedad civil es el eje impulsor de los procesos democráticos en las sociedades, por tanto, es fundamental que la misma conozca y asuma los nuevos mecanismos de participación ciudadana dispuestos por la Constitución para exigir su puesta en práctica.

El doctor Cristóbal Rodríguez Gómez cerró el primer panel puntualizando que los estudiosos de los problemas de la política y de la democracia vienen hablando de lo que se denomina *síndrome de fatiga democrática*. Señaló que el último informe de Latinobarómetro da cuenta de que el apoyo a la democracia en la región muestra un punto de inflexión desde el 2010, esto es, una baja en el apoyo de la población y, en algunos casos, un deterioro profundo de esta ideología. Las personas entienden que no se les toma en consideración en la toma de decisiones que le conciernen. Expresó que, en el sistema democrático, los partidos son los responsables de la estabilidad democrática y sostenibilidad de la vida política del Estado, pues ninguna decisión política es tomada si previamente no se aprueba en los órganos de dirección de los partidos políticos. Así, afirma, no existe autonomía real de la voluntad de los representantes en las instancias políticas.

La séptima conferencia, “**La constitucionalización del Derecho administrativo. El camino hacia el control de la Administración**”, estuvo a cargo del doctor Andry Matilla, quien explicó que la constitucionalización del Derecho Administrativo supone la existencia de un orden administrativo permeado por contenidos constitucionales. Para este, el Derecho Administrativo hoy implica un diálogo entre tres voces: administración-ciudadano y colectividad organizada. Los retos que impone la constitucionalización del Derecho Administrativo requieren: 1) una mirada más profunda de lo que es Derecho Administrativo, en tanto le corresponde la gestión de los intereses del patrimonio de todos, colocando en el centro al ciudadano de su interés; 2) considerar que la potenciación de la Constitución tiende a producir un desplazamiento hacia los poderes del juez, con mecanismos más intensos de control, que vuelve a cuestionar ¿quién controla al controlador? y 3) entender que, si bien, la Constitución reina y la jurisprudencia constitucional gobierna, precisamos comprender que el papel del gobierno y de la jurisprudencia no puede usurpar el reinado de Constitución, sino fortalecerlo.



En esa misma línea, el segundo panel del congreso versó acerca de “**La Constitucionalización del Derecho administrativo. El camino hacia el control de la administración: Avances y retos en la República Dominicana**”, en el cual participaron el magistrado Rafael Vázquez Goico, el licenciado Olivo Rodríguez Huertas, la magistrada Mildred Hernández y la doctora Rosina de la Cruz Alvarado.

El magistrado Rafael Vázquez Goico, presidente del Tribunal Superior Administrativo, planteó que los reglamentos administrativos pueden ser objeto de control ante el Tribunal Superior Administrativo, el cual está facultado para abarcar, a la vez, cuestiones de legalidad y de constitucionalidad. Afirma que este control puede ser requerido por la ciudadanía -aún sin tener un interés- y que la decisión que emane del mismo tendría un carácter *erga omnes*. Sin embargo, sostuvo, esto da lugar a una dicotomía: 1) varía un privilegio del Tribunal Constitucional en cuanto al ejercicio del control concentrado, pues dicho órgano jurisdiccional no tendría el monopolio de la acción directa de inconstitucionalidad, en términos prácticos; y 2) permitiría refrendar el criterio de que atacar un reglamento sería más fácil ante el Tribunal Superior Administrativo que atacar una ley, mediante la acción directa de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional. También indicó que el monopolio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no lo tiene el Tribunal Superior Administrativo, sino todos los tribunales, de conformidad con el artículo 139 de la Constitución.

El licenciado Olivo Rodríguez Huertas, embajador de la República Dominicana en España, sostuvo que a partir de la Constitución de 2010 los grandes temas del Derecho Administrativo encontraron una regulación particular, primaria y suficiente en el texto constitucional, como es la determinación de sistema de fuentes, el régimen de organización administrativa, contratos del Estado, procedimiento administrativo, servicios públicos, responsabilidad del Estado, sanciones administrativas, entre otros. Asuntos que se han ido desarrollando en la vasta y rica jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La magistrada Mildred Hernández Grullón, de la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de La Vega, explicó que la Constitución dominicana garantiza los derechos de los administrados, sin quitarle a la Administración Pública, dentro de un amplio margen de acción, su necesidad de gestionar eficientemente el interés general a través de potestades, las cuales

no deben realizarse de manera desproporcional, arbitraria, ilegítima, pues de lo contrario estaría cometiendo una infracción constitucional. Esto – afirmó– acarrearía, no solo la anulabilidad de su actuación, sino también la responsabilidad patrimonial de la Administración y del funcionario actuante. Aseguró que en un Estado Social y Democrático de Derecho, el administrado ha dejado de ser un sujeto indefenso, pues cuenta con instrumentos que indican a la Administración que haga su tarea, que no es otra que el servir objetivamente al interés general.

La doctora Rosina de la Cruz Alvarado destacó que la constitucionalización del Derecho Administrativo es un esfuerzo largo e inconcluso. Afirmó que el Derecho Constitucional es el armazón del Estado, pero que el Derecho Administrativo es quien le da contenido. Para esta, el derecho a la dignidad de la persona constituye una poderosa arma con la que cuentan los ciudadanos para hacer valer sus Derechos Fundamentales. Reconoció la labor del Tribunal Constitucional e invitó a la ciudadanía a empoderarse de sus derechos, con la finalidad que la Administración conozca los límites de sus actuaciones.

La octava conferencia, “**La constitucionalización del derecho civil y del proceso civil**”, estuvo a cargo del doctor José Manuel Bandrés, magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España, quien expresó que la constitucionalización de las instituciones del Derecho Civil ha abierto las puertas a la “*constitución civil*”. Señala que la Constitución irrumpe en el núcleo esencial de instituciones del Derecho Civil, tales como: los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el matrimonio, la propiedad privada, la herencia, etc.; y, además, traza un conjunto de valores informadores como la dignidad humana, la igualdad jurídica y no discriminación, la seguridad jurídica y la protección de la familia. Asimismo, sostuvo que la constitucionalización del proceso civil es impulsada por las normas que recogen el principio de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y determinados derechos de carácter procesal, que producen una verdadera revolución tanto en el derecho procesal como en la mentalidad de los jueces.

La novena conferencia, “**La constitucionalización del derecho civil y del procedimiento civil en la República Dominicana**”, estuvo a cargo del magistrado Víctor Joaquín Castellanos Pizano, del Tribunal Constitucional, quien planteó que los primeros atisbos de la constitucionalización del derecho civil y del derecho procesal civil en el país comenzaron con



varias leyes que complementaron los códigos civil y de procedimiento civil a partir de 1940, pero es como consecuencia de la Constitución de 2010 que este fenómeno se desarrolla de manera efectiva y sistemática, correspondiendo al Tribunal Constitucional y demás jueces del orden judicial impulsar –desde la jurisprudencia– los valores superiores y principios constitucionales.

La décima conferencia, “**La constitucionalización del derecho penal y procesal penal**”, estuvo a cargo de la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia, quien planteó que la Constitución trae consigo una carga axiológica y sustantiva, que afecta directamente el proceso penal, pues en ella se consagran normas vinculantes y exigibles por vía judicial que regulan aspectos propios del mismo. Por ello, la Corte Constitucional ejerce el control difuso de las decisiones de los jueces y sobre todo de la Corte Suprema de Justicia, verificando que no incurran en defectos que afecten su validez. Existe el defecto sustantivo, el defecto orgánico y el defecto fáctico y el defecto por violación directa de la Constitución, cualquiera de los cuales da lugar a que la Corte Constitucional pueda conocer el control difuso contra las sentencias. En el derecho procesal, precisó que la Constitución de 1991 permeó todos los ámbitos del derecho penal. Antes era inquisitivo y ahora, desde el 2004 se modificó y es un proceso acusatorio como la mayoría de los países de Latinoamérica, en donde la incidencia del proceso penal norteamericano ha sido preponderante.

En ese orden de ideas, en el tercer y último panel del congreso se agotó una visión sobre “**La Constitucionalización del Derecho Penal y del proceso penal: avances y retos en la República Dominicana**”, en el cual participaron los magistrados Rafael Díaz Filpo y Alejandro Moscoso Segarra, la magistrada Yeni Berenice Reynoso –quien por compromisos institucionales no pudo asistir, pero cuyas ideas fueron presentadas por la licenciada Mildren Abreu Hernández– y el doctor Ramón Emilio Núñez.

El magistrado Rafael Díaz Filpo, del Tribunal Constitucional, abrió el tercer panel destacando que la constitucionalización no ha sido ajena al derecho penal, ya que las constituciones de los diversos Estados han concebido principios que sirven de orientación para la regulación de esta rama del Derecho. Por ello, en las últimas décadas, con la entrada de nuevos códigos en América Latina, así como la modificación de las constituciones,

se han recogido principios garantistas y constitucionales orientadores del derecho penal. El derecho penal y el derecho procesal penal constitucionalizado persiguen la realización de los fines primordiales del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales se encuentran la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo a través del uso proporcionado del poder punitivo estatal y dentro del marco del respeto a la dignidad humana y a la solidaridad.

El doctor Alejandro Moscoso Segarra, magistrado de la Suprema Corte de Justicia, al abordar los “Aportes de la jurisprudencia penal dominicana en la garantía de los derechos de los procesados”, realizó un recorrido por las constituciones desde el año 1994, donde precisó los avances constitucionales del derecho penal y estableció que en el área penal, el Código Procesal Penal materializa el contenido de la Constitución respecto a los procesos penales. Este analizó los artículos 68 y 69 de la Constitución respecto a las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva, y expuso jurisprudencias y precedentes de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional respectivamente, vinculados a la protección de los derechos de los procesados en el ámbito penal.

La magistrada Yeni Berenice Reynoso, exfiscal titular del Distrito Nacional, reconoció que la Constitución del 2010 ha sido un impulso valioso para consolidar la protección de los derechos de las víctimas, al consagrar normas destinadas a garantizar la igualdad, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. No obstante, afirmó que precisamos de una regulación legal que permita ampliar la esfera de dicha tutela, así como voluntad para colectar y garantizar un presupuesto razonable para hacer efectiva la protección de los derechos de la víctima a acceder a la justicia, los derechos para recibir resarcimiento, trato justo, indemnización y asistencia, a favor de cualquier persona, sin distinción de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, creencias culturales, situación económica, nacimiento, situación familiar o impedimento físico, así como la protección de familiares de las víctimas y de los testigos.

El doctor Ramón Emilio Núñez Núñez cerró el tercer panel señalando que la reforma procesal penal fue el motor de la constitucionalización del derecho en la República Dominicana, pues el Código Procesal Penal dominicano de 2002 no solo introdujo cambios normativos, sino organizacionales y culturales, contribuyendo a superar prácticas muy enraizadas



del sistema inquisitivo, al incorporar derechos y garantías contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos y reivindicar la supremacía de la Constitución. El segundo momento viene con la reforma constitucional de 2010, que recoge los principios y garantías del Código Procesal Penal. Este reconoció, además, la gran labor que ha realizado el Tribunal Constitucional al proteger derechos y otros aspectos institucionales en el campo del derecho procesal penal.

La decimoprimer conferencia del congreso, “**La constitucionalización del derecho laboral**”, estuvo a cargo de doctora Patricia Tatiana Ordeñana Sierra, ex-jueza de la Corte Constitucional de Ecuador, quien explica que el proceso de constitucionalización del derecho laboral tiene dos momentos: 1) el de constitucionalización de los derechos sociales y laborales, y 2) la canalización de estos derechos a través de la jurisprudencia, haciendo énfasis en la especial protección a los derechos de la mujer y a la maternidad y de las personas discapacitadas. Explicó que en el ámbito constitucional se observa la progresión de los derechos y garantías de los trabajadores y sus matices –como el género y las personas con discapacidad–, y resaltó la labor jurisprudencial de la Corte Constitucional de Ecuador en aras de garantizar el goce y ejercicio del derecho al trabajo, y la relación de este con otros derechos fundamentales, debido a su interdependencia. Enfatizó la importancia de que las sentencias sean aceptadas académica y socialmente, pero advierte la imperiosa necesidad de que las decisiones sean jurídicamente “cumplibles”, pues son estas las decisiones sobre las cuales la ciudadanía tendrá la impresión de que sus derechos fundamentales realmente están siendo garantizados.

La decimosegunda conferencia estuvo a cargo del magistrado Manuel Ramón Herrera Carbuccia, con el tema “**La constitucionalización del derecho laboral, con especial referencia al caso dominicano**”, quien realizó un paralelismo entre las constituciones de 1963 y 2010 en relación al derecho al trabajo. Explicó que el primer texto implicó un cambio radical y profundo en la esfera del trabajo, al tiempo que el constitucionalismo social toma cuerpo con esta reforma, mientras que a partir del segundo se produce una recomposición y giro copernicano en el ámbito del derecho al trabajo que fuerza a una transición en el derecho social en el país. Este defendió un diálogo judicial en el sentido de que los tribunales de las altas cortes sean abiertos al bloque de constitucionalidad, a la Corte Interamericana, a los tribunales constitucionales y a la doctrina. Ello no

excluye que de vez en cuando existan diferencias entre las altas cortes, propias del ejercicio inherente a la democracia y del avance en la eficacia jurídica de los derechos sociales.

La decimotercera conferencia fue dictada por el catedrático italiano Lucio Pegoraro, quien disertó sobre la **“constitucionalización del derecho y cultura constitucional”**, insistiendo en la idea de que la “constitucionalización del Derecho” permea cualquier rama del Derecho de cada ordenamiento y que la “cultura constitucional” acepta y defiende la supremacía constitucional. Resaltó que la doctrina dedicada a la constitucionalización del Derecho y la cultura constitucional, soporta la exportación de un modelo de constitucionalismo “altruista” y respetuoso, capaz de afirmarse en países como Sudáfrica, Madagascar, Namibia, Botswana, Buthan, donde la influencia latinoamericana puede fertilizar dicho movimiento, contribuyendo a que se retomen los perdidos valores de equilibrio entre los distintos factores de poder.

La decimocuarta –y última– conferencia, **“Las expectativas y retos en la constitucionalización del derecho”**, estuvo a cargo de la doctora Ana Virginia Calzada Miranda, expresidenta de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, quien advirtió la tensión que surge de la interacción entre la Constitución y la democracia, la cual se incrementa mientras más “constitucionalizado” esté un ordenamiento jurídico. Advierte, además, que las principales tensiones se producen entre el Poder Legislativo y los jueces constitucionales. Afirma que corresponde a la Constitución democrática poner límites a unos y otros para asegurar sociedades más justas, unidas y equitativas y, en esa nueva concepción, los derechos humanos se convierten en el corazón del moderno Estado constitucional. Plantea que para que la constitucionalización del ordenamiento jurídico tenga efectiva vigencia en los ciudadanos, debe estar plenamente asumida y aprehendida por las fuerzas sociales.

DISCURSO DE CLAUSURA

Dr. Milton Ray Guevara,
presidente del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana

Llegó la hora de la despedida, pero no puedo decir las últimas palabras de este congreso sin antes ofrecerle la más calurosa bienvenida al expresidente Leonel Fernández que nos acompaña esta tarde.

Es viernes por la tarde... y eso tiene un complemento del que me han contagiado, y es que “hoy es viernes, y el cuerpo lo sabe”.

En el plano de la seriedad, quiero decir que toda Constitución es un tratado sobre la libertad, y que en el único lugar en el que la libertad puede estar encerrada es en la Constitución. No hay dudas de que cuando los revolucionarios franceses redactaron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al incorporar el artículo 16 (“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de los poderes esté determinada, carece de Constitución”) estaban sembrando las bases de la evolución constitucional a través de la historia y a través de la noche del tiempo.

Ahora ya no bastan con garantías de los derechos y deberes. Hay que hablar de pluralismo, democracia, solidaridad, justicia social, de soberanía popular y esto nos lleva a comprender por qué el legislador y el constituyente de 2010 fueron sabios al establecer, en el artículo 63, numeral 13 de la Constitución, que la enseñanza de la Constitución es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada, junto a los valores patrios, a los derechos fundamentales y a las normas de convivencia.

Pero hay algo más. La ley Orgánica del Tribunal Constitucional nos da, en su artículo 35, un mandato imperativo: promover los estudios de derecho constitucional para ir desarrollando una cultura constitucional, y debo decir que, efectivamente, este IV Congreso es la demostración de que hemos estado cumpliendo con el mandato de nuestra Ley Orgánica.

Tenemos un tribunal que prepara unos congresos que son dialógicos; creemos en un derecho constitucional dialógico, dialogante, donde los diversos sectores de la sociedad se expresen sobre un mecanismo de pro-



tección de los derechos fundamentales de los poderes de los gobernantes, como lo es la Constitución escrita.

Esa Constitución de 2010, que ha sido denominada por mi gran amigo, el catedrático y jurista Diego López Garrido como “la más avanzada de Iberoamérica”, nos permite ir trabajando en la dirección de llevar a la República Dominicana hacia una cultura constitucional que diluya la cultura autoritaria que hemos tenido, como consecuencia de los gobiernos autoritarios y tiránicos que tanto daño le han hecho a la República desde sus inicios.

Quiero decir que en la obra “Derecho constitucional comparado” –aquí están sentados Lucio Pegoraro, Diego López Garrido y el profesor Marcos Massó Garrote–, en esa obra, Lucio establece que hay una clasificación que podríamos hacer de la vida constitucional, y en la primera etapa señala que “hay Constitución con constitucionalismo”, es decir, se desarrolla el pensamiento constitucional; en segundo lugar, que “hay Constitución sin constitucionalismo” y ese ha sido el caso de la República Dominicana, agrego yo; por eso estamos trabajando para llevar al país a un estado en el que tengamos Constitución con constitucionalismo. En tercer lugar, señala que existe “constitucionalismo sin Constitución”, refiriéndose a constituciones consuetudinarias como las de Inglaterra, y nosotros vamos a seguir trabajando en esa línea.

El éxito de este congreso es responsabilidad de todas y todos, por eso quiero agradecer a la comisión organizadora del evento, integrada por los magistrados Justo Pedro Castellanos Khoury, Rafael Díaz Filpo y Víctor Joaquín Castellanos junto a todos los servidores constitucionales; a los ilustres juristas internacionales que nos han brindado lo mejor de ellos mismos para enriquecer nuestro acervo constitucional. A todos los asistentes; quiero decir que hemos recibido unos 500 participantes, lo que quiere decir que el cariño está sembrado de optimismo y que, poco a poco, la cultura constitucional va a permear los corazones y las mentes de las dominicanas y los dominicanos, para liberarlos.

Otros podrían decir, con Martí “Solo la cultura salva los pueblos” y yo no me canso de repetir que solo la Constitución libera al ciudadano.

Nosotros llegamos al final y hemos aprovechado el tiempo, como decía Duarte, con esa fogosidad de la juventud, “aprovechemos el tiempo”; hemos trabajado fuertemente y vamos a seguir por esa vía hasta que cada ciudadano y ciudadana dominicano convierta a la Constitución en la Biblia

institucional de su quehacer, para que este pueblo alcance los niveles de prosperidad y progreso que merecemos, porque los bienes espirituales y materiales de la civilización nos pertenecen a todos.

Nuevamente, nuestras gracias infinitas, y desde ahora estaremos trabajando en el quinto congreso, y podemos celebrar en espíritu la grandeza y eternidad de la República Dominicana que, bajo su lema “Dios, patria y libertad”, es eterna.

¡Viva la República Dominicana! ¡Viva Juan Pablo Duarte!

El Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional realizado en República Dominicana, se desarrolla con el propósito de promover iniciativas de estudio sobre derecho constitucional y derechos fundamentales. En su cuarta edición, este magno encuentro académico versó sobre **“La constitucionalización del Derecho”**, y contó con trece conferencias, tres paneles, la intervención de reconocidos expertos nacionales e internacionales y la participación de más de quinientos profesionales y estudiantes del derecho.

Con la publicación de estas ponencias, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana renueva su compromiso de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.



www.tc.gob.do