



Revista

IURIS Forum

Enero - junio 2022 • Número 3 • ISSN 2811-4949



Escuela de Derecho



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra



Comité de asesores IURIS FORUM

**Vicerrector Académico
de la PUCMM**

Ing. Julio Ferreira Tavera

**Vicerrector de Investigación
e innovación de la PUCMM**

Dr. Juan Gabriel Faxas

**Decano de la Facultad de Ciencias
Sociales, Humanidades y Artes
de la PUCMM**

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

**Director de la
Escuela de Derecho - CSD**

Lic. Héctor Alies Rivas

**Director de la
Escuela de Derecho - CSTI**

Lic. Edwin Espinal Hernández

**Profesor de la
Escuela de Derecho - CSD**

Dr. Flavio Darío Espinal

**Profesor emérito de la Universidad Externado
de Colombia**

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



Consejo Editorial permanente

**Profesora de la
Escuela de Derecho - CSD**

Jimena Conde Jiminián

**Profesor de la
Escuela de Derecho - CSD**

Amaury Reyes-Torres



CONTENIDO

5

Editorial
Comité Editorial Permanente

6

ARTÍCULOS
Derecho, Globalización y Dignidad Humana en tiempos de Pandemia
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

26

El papel de la profesionalización en contratación pública para lograr valor por dinero y reducir la corrupción
Adam Al-Sarraf y Luis Ernesto Peña Jiménez

46

Las Causales de Improcedencia en el Proceso Contencioso Administrativo: Imposibilidad Jurídica de la Pretensión vs. Sustracción de la Materia
Jhoni Shang Castilla Colquehuanca

65

El Embargo Retentivo A Cuentas Bancarias en la República Dominicana: Problemas Críticos y Recomendaciones de Reforma
Orlando Gómez Torres

92

Logros y retos de la inclusión de la cláusula de exclusión en la prueba digital o electrónica en el código general disciplinario de Colombia
Michael Oyuela Vargas

103

El Ministerio Público como órgano constitucional autónomo y su rol en el Derecho Procesal Penal dominicano
María Alejandra Rodríguez Florencio

119

Contra la tesis de la única respuesta correcta. Crítica de la crítica de dworkin a la discrecionalidad judicial
Jaime Luis Rodríguez



Editorial IURIS Forum

La Revista *Iuris Forum*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), presenta su tercer número, correspondiente al período enero-junio de 2022. Su contenido muestra el marcado interés de aportar a la reflexión jurídica crítica y a la producción académica de la República Dominicana, al contar con la participación de juristas y académicos nacionales e internacionales.

En esta oportunidad encontrarán un interesante trabajo de la autoría del profesor español Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sobre el Derecho, la globalización y la dignidad humana en tiempos de la pandemia del coronavirus, cuya incidencia a nivel mundial ha disminuido considerablemente a la fecha de esta publicación. A este le acompaña, en el ámbito de la contratación pública, la contribución conjunta de dos expertos en la materia, los licenciados Adam Al-Sarraf y Luis Ernesto Peña Jiménez, de nacionalidad estadounidense y dominicana, respectivamente.

En cuestiones de derecho procesal contamos con los aportes del Dr. Jhoni Shang Castilla Colquehuanca sobre las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo. En este trabajo nos ofrece algunas reflexiones sobre el concepto jurídico de la improcedencia y aborda algunas causales que lo materializan a nivel procesal. Por su parte, el doctorando Michael Oyuela Vargas expone sus impresiones sobre la cláusula de exclusión en la prueba digital o electrónica en el Código General Disciplinario colombiano.

De igual manera, integran este número dos estudios de interés práctico nacional, ya que abordan cuestiones de derecho procesal civil y derecho constitucional dominicano. Uno de estos lo presenta el Lic. Orlando Gómez Torres y versa sobre el embargo retentivo a cuentas bancarias en territorio dominicano, mientras que el de la estudiante de término de la carrera de derecho, María Alejandra Rodríguez Florencio, aborda la naturaleza de órgano constitucional autónomo del Ministerio Público, así como su rol en nuestro derecho procesal penal. Cierra este número el análisis del joven jurista dominicano Lic. Jaime Luis Rodríguez sobre la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin, a través del cual crítica la posición del mencionado filósofo del derecho sobre la discrecionalidad judicial.

En sentido general notarán que en este nuevo número de la revista *Iuris Forum* también se abordan una diversidad de temas y problemáticas jurídicas de actualidad sobre la ciencia jurídica, lo cual se procura también para el próximo número. Aprovechamos la ocasión para reiterar que la convocatoria para el segundo número de este año 2022 permanece abierta, al cual exhortamos participar a todos los juristas interesados.

Derecho, globalización y dignidad humana en tiempos de pandemia*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**

Recibido: 25 de enero de 2022 - Aceptado: 13 de julio de 2022

Resumen

El derecho administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana, a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos. El presente texto persigue promover nuevas investigaciones más conectadas con los valores y los principios constitucionales como, por ejemplo, una concepción más abierta de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran también los denominados derechos fundamentales sociales.

Palabras clave: derecho, derecho administrativo, globalización, dignidad humana, derechos sociales fundamentales.

Abstract

Administrative Law is meant to design and build an objective space centered on human dignity and serving the public interest, through which the living conditions of citizens can be improved. The current text aims to lay out new investigations more connected with constitutional values and principles like, for example, a more open conception of people's fundamental rights, among which there are the so-called fundamental social rights.

Keywords: law, Administrative Law, globalization, human dignity, fundamental social right.

* Texto de la conferencia inaugural de los Cursos de Especialización en Derecho para Posgraduados Extranjeros (CEDPE) de la Universidad de Salamanca, impartida el 12 de enero de 2022.

** Catedrático de derecho administrativo y director-coordinador del Grupo de Investigación de Derecho Público Global en la Universidad de A Coruña (Galicia, España). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC).

Antecedentes

Es de bien nacidos ser agradecidos. Así reza un viejo dicho castellano que hoy tiene pleno sentido en este día por muchos conceptos. Porque para quien les habla es un gran honor haber sido invitado a pronunciar la lección inaugural de los Cursos de Especialización en Derecho para Posgraduados Extranjeros (CEDPE) en este año tan especial, 2022. Pero, sobre todo, porque me permite volver a esta gran Casa de Estudios hoy dirigida por un amigo y colega que está demostrando lo que es gestionar y administrar lo público con excelencia en tiempos de pandemia. Y, también, por supuesto, porque este acto académico trae a nuestra memoria a uno de los impulsores y precursores de estos cursos y de tantas iniciativas académicas que, en el ámbito del derecho administrativo, realiza esta centenaria universidad. Me refiero al profesor Enrique Rivero Ysern, padre del hoy rector y jurista de referencia internacional para entender qué es y qué debe ser el derecho, con particular énfasis en el derecho administrativo.

En efecto, Enrique Rivero Ysern, cabeza y motor del derecho administrativo en esta universidad por largos años, nos dejó hace poco tiempo su personalidad y magisterio, sobre todo a quienes disfrutamos de su amistad y de sus enseñanzas. En mi caso, tuve el honor inmerecido de tratarle muy de cerca desde hace más de diez años y su pérdida ha dejado una profunda huella en lo más profundo de mi ser. Porque era amigo de sus amigos, porque hemos trabajado al alimón en varios proyectos académicos que están por ver la luz justamente en este año y, sobre todo, porque era un hombre de convicciones dotado de una acusada personalidad, con un sentido de la injusticia y de la arbitrariedad que le conducía a actuar con coherencia, no solo en el plano intelectual, sino en el de los compromisos personales.

Por eso, con mucho gusto brindo esta conferencia en su homenaje y les convoco –a los que puedan– a las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo en Pazo de Mariñán, que se

dedicarán a su memoria y donde le tributaremos un homenaje especial, pues él fue desde hace mucho tiempo, no solo asistente y conferenciante distinguido, sino, así lo pienso, el alma de esos magníficos encuentros académicos y personales entre personas de aquí y de allá, de allende los mares y de esta orilla, como gustaba decir.

I. Introducción

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, agudizada por la pandemia, el derecho en su conjunto se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, el camino de este magnífico *instrumento de civilitá*– como lo denominó Giannini– es bien otro. A través de sus técnicas y categorías, el derecho administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana, a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo. Hoy, en tiempo de emergencia sanitaria, tal funcionalidad marca y orienta su sentido y misión en este mundo tan sorprendente como el que nos ha tocado en suerte.

Precisamente en estos momentos el derecho en general y el derecho administrativo en particular, vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque forma parte del destino de los hombres que aspiran al progreso de sus sociedades, porque es un producto cultural, porque es una rama del derecho público y, como tal, aspira a construir espacios de justicia y de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública, hoy especialmente, puede ordenarse a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos o a satisfacer las ansias de poder y privilegios de determinados grupos que aspiran al control social, hoy como ayer.

Hoy más que nunca se precisa de la real proyección del estado social y democrático de derecho sobre nuestra disciplina y, sobre todo, se necesita una aproximación a una nueva forma de entender el derecho administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tiene su eje central en un concepto más humano y racional del interés general, inscrito en la realidad y en permanente exigencia de argumentación y participación social. Hoy, el derecho administrativo emerge como un Ordenamiento para la realización plena y completa de los derechos fundamentales, especialmente los de orden social.

El derecho administrativo, en la medida en que es el derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas o, también, el derecho que ordena racionalmente los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia, se nos presenta en este convulso tiempo como un ordenamiento desde el que comprender mejor el alcance de las actividades tradicionales de los poderes públicos de limitación, de ordenación, de fomento y de servicio público. Además, la dimensión global de la crisis aconseja a construir un derecho administrativo global conectado con el estado social y democrático de derecho. Igualmente, la perspectiva dinámica del estado de bienestar, tan ligada al derecho administrativo, reclama hoy nuevas maneras de entender las categorías tradicionales de nuestra disciplina. Del mismo modo, el aspecto ético nos invita a pensar que esta consideración ligada al derecho no puede quedarse al margen de lo jurídico, como si el derecho y la moral fueran fenómenos paralelos.

El derecho administrativo y la administración pública son dos realidades íntimamente unidas. Tanto que una sin la otra no tiene explicación. La administración pública precisa del derecho para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el derecho administrativo ordena jurídicamente el ejercicio del poder público que ordinariamente proviene de la actuación administrativa. Por eso, las políticas públicas no se pueden estudiar al margen del derecho, aunque, efectivamente, este último

no sea el único aspecto a considerar pues es menester analizar, dada la naturaleza plural y multidisciplinar de la administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

El derecho administrativo es, en el tiempo en que vivimos, una rama del derecho público que partiendo de la Norma Fundamental aspira a la realización efectiva del modelo del estado social y democrático de derecho que hoy caracteriza la forma de Estado dominante en el planeta. Desde sus orígenes, el derecho administrativo se nos presenta dependiente del interés general, de aquellos asuntos supraindividuales que a todos afectan por ser comunes a la condición humana y que reclaman una gestión y administración equitativa que satisfaga las necesidades colectivas en un marco de racionalidad y de justicia.

El derecho administrativo en sentido estricto, especialmente a partir de la Revolución francesa, bien lo sabemos y bien lo hemos estudiado, surge como un derecho autoritario sobre la base del acto administrativo y sus principios atributos: ejecutividad y ejecutoriedad, propiedades inherentes a la actuación administrativa que se entienden desde ese tiempo, en buena parte hasta nuestros días, en clave de privilegio y prerrogativa.

Eran tiempos en los que la legalidad administrativa procedente del estado liberal de derecho era la guía y el norte de la actuación administrativa. La administración solo podía hacer única y exclusivamente aquello que le permitía la ley o, más adelante, sólo podía desarrollar su actividad siempre que no estuviera prohibida por la ley. En este contexto, los derechos fundamentales de la persona eran los de libertad, los tradicionales civiles y políticos, ante los cuales el Estado no tenía más remedio que la abstención y la no interferencia. Por cierto, los derechos civiles y políticos nacieron, es fuerza reconocerlo, anclados a una determinada manera de comprender el derecho de propiedad y, sobre todo, a una determinada clase social, la burguesía, que precisaba de instrumentos de conservación y mantenimiento del poder para afirmar su posición en la vida social

de aquel tiempo como gráficamente se deducía de la conformación sociológica de las primeras asambleas parlamentarias de la República francesa.

El paso del tiempo contribuyó, especialmente a raíz de la industrialización y el éxodo masivo de la población del campo a la ciudad, con las consiguientes limitaciones y dificultades laborales de esa etapa histórica, a que creciera la conciencia social del Estado y a que este considerara que debía no solo defender y proteger los derechos fundamentales puramente individuales, sino que también, y de modo central, debía promover las condiciones que hicieran posible el libre y solidario desarrollo de la persona. Aparece el estado social de derecho en el que la solidaridad es también una función del Estado. Más tarde, la participación social se presentó como una condición inexcusable para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas y a la caracterización social del Estado se agrega su condición democrática. En este contexto, la Constitución sustituye a la legalidad administrativa como la principal fuente del derecho y comienza tímidamente un proceso en el que la administración pública, más allá de esa legalidad administrativa, positiva o negativa, se compromete con la realización de los valores y objetivos constitucionales, especialmente de los postulados del estado social y democrático de derecho en la cotidianidad a través, sobre todo, de la acción del complejo gobierno-administración pública.

La primacía de los valores y principios constitucionales reclama que la legalidad administrativa se integre y se aplique a partir de estos valores y principios. Tal tarea, todavía *in fieri*, se pone de manifiesto precisamente cuando se estudia la funcionalidad de los derechos sociales fundamentales en el derecho administrativo. Entonces, nos topamos con algunos valladares casi inexpugnables que impiden que, efectivamente, la luz de esos valores y principios constitucionales impregne también el quehacer de las administraciones públicas después de

más de dos centurias de la célebre Revolución francesa.

El denominado derecho administrativo constitucional exige nuevos estudios e investigaciones más conectados con los valores y principios constitucionales entre los que se encuentran, entre otros, el servicio objetivo al interés general, la centralidad de la dignidad del ser humano, la función promocional de los poderes públicos y, por supuesto, una concepción más abierta de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran también los denominados derechos fundamentales sociales.

La cláusula del estado social trae consigo una profunda transformación en el tradicional entendimiento del derecho administrativo. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas, y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Por tanto, esta impronta constitucional, en España reconocida en el artículo 9.2 de la Carta Magna, debe presidir el sentido y funcionalidad de todas las categorías e instituciones del derecho administrativo. Un derecho administrativo que habrá de tener una nueva textura y sensibilidad, para lo que precisará de instituciones y técnicas adecuadas a las nuevas finalidades que la Constitución le impone.

Especialmente relevante en la construcción del derecho administrativo constitucional es la participación ciudadana pues, como ya señaló el Tribunal Constitucional español en una sentencia de 7 de febrero de 1984 el interés general debe definirse con participación social. Atrás quedaron las versiones cerradas y unilaterales del interés general, abriéndose las puertas a nuevas perspectivas que han de contar con la presencia y participación de los ciudadanos. Es decir, el interés general ya no se define unilateral y monopolísticamente por la Administración pública, como antaño. Ahora es preciso convocar y recibir la vitalidad real que emerge de la vida

social, lo que reclama una cada vez más intensa y honda participación social.

En este sentido, el concepto de interés general, ahora abierto a la participación por exigencias de un Estado que se presenta como social y democrático de derecho, presenta un irreductible núcleo básico conformado precisamente por la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales. Es más, no se comprendería que las realizaciones y operaciones administrativas promovidas desde el interés general no estuvieran acompañadas en todo momento de su compromiso radical con la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación por mor de la cláusula del estado social y democrático de derecho, se amplían hacia nuevos caminos imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a la educación o a la salud. En estos casos la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de progresividad de las políticas sociales y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe transitar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos sociales fundamentales deben tener acomodo constitucional como derechos fundamentales que son. Y mientras ello no acontezca, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional alemán, entre otros, nuestros tribunales constitucionales deberían, a través de la argumentación racional, alumbrar dichos

derechos como exigencias inmediatas de un Estado que se define en su Constitución como social y democrático de derecho. La pandemia ha conseguido que, en España, en la España de 2021, se haya regulado un derecho al mínimo vital digno para las personas que hayan quedado sumidas en situación de extrema pobreza, puedan recibir una asignación con cargo a los presupuestos públicos para poder vivir con dignidad. Un derecho, sin embargo, que ha encontrado fuertes dificultades tecno-estructurales para su implementación real.

Los derechos sociales fundamentales son cruciales para una construcción avanzada del Estado social y democrático de derecho. En el tiempo en que estamos, aprovechando inteligentemente la crisis general e integral que se ha desatado en estos años, deberíamos poner negro sobre blanco esta cuestión y reconocer, es el primer paso, que nuestro derecho administrativo aún sigue prisionero de determinados enfoques y aproximaciones que le impiden volar hacia su condición de ordenamiento de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales a través de los diferentes quehaceres y políticas públicas que conforman la actuación constitucional del complejo gobierno-administración pública.

En la medida que los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales implican ordinariamente, en virtud del superior criterio de la subsidiariedad, que sea principalmente el Estado quien deba asumir esas obligaciones de hacer que permiten el despliegue de estos derechos, el derecho fundamental a la buena administración brilla con luz propia como derecho básico para que estas prestaciones se realicen adecuadamente. Las características de la buena administración: equidad, objetividad, racionalidad y plazo razonable aseguran que la realización de estas prestaciones públicas, en defecto de la actuación social, puedan efectivamente hacer posible en tiempo y forma el ejercicio de unos derechos que son realmente fundamentales para la existencia digna y adecuada de los ciudadanos.

En efecto, el derecho a la buena administración, enmarcado en las modernas tendencias de un derecho administrativo menos apegado al privilegio y más conectado a la tarea de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, es crucial para el normal despliegue de los derechos sociales fundamentales. Especialmente, en el caso de los derechos sociales fundamentales de mínimos, el plazo razonable en la prestación de las obligaciones que compete a la administración, en defecto de actuación social, es de tal calibre que es determinante para que la dignidad del ser humano sea respetada o gravemente violada. Ejemplos hay y tan obvios, algunos de expresión gráfica en este tiempo, que huelgan demasiadas glosas o comentarios al respecto.

El derecho administrativo se ha dedicado por largo tiempo a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. Ahora, sin embargo, los postulados del estado social y democrático de derecho y las exigencias del interés general, nos invitan a pensar en un nuevo derecho administrativo también comprometido con los derechos sociales fundamentales pues la dignidad del ser humano se refiere a la persona también en su dimensión social. Es decir, el interés general, por mucho tiempo vinculado a la protección, defensa y protección de los derechos civiles y políticos, debe abrirse a la defensa, protección y promoción también ahora, sobre todo, de los derechos sociales fundamentales. Por una razón bien obvia, porque los derechos fundamentales de la persona lo han confirmado y ratificado hasta la saciedad las principales cartas y declaraciones internacionales en la materia, son universales e inescindibles, porque son y pertenecen al ser humano y, por ello, forman parte indeleble de la misma condición de miembro de la especie humana al estar inscritos en la misma dignidad que caracteriza y reconoce a las personas. La categoría de los derechos fundamentales es única y su régimen jurídico, también en lo que respecta a la protección jurisdiccional no admite despliegues o proyecciones diversas según circunstancias de oportunidad o conveniencia política.

Si convenimos en que la dignidad del ser humano es la piedra de toque del ordenamiento del estado social y democrático de derecho, tendremos que empezar a actualizar y replantear todas las categorías e instituciones jurídicas en esta dirección. Una dirección, quien podría imaginarlo, que en este tiempo va contra corriente a causa de la intensa mercantilización de la vida social, política y cultural, también de la actividad pública.

Por eso, merece la pena recordar que la dignidad humana es de tal calibre y condición jurídica que se levanta, se yergue, omnipotente, soberana y todopoderosa, frente a cualquier embate del poder político o financiero por derribarla o, lo que es peor, ignorarla. Por eso, cuando por alguna causa, esa dignidad es lesionada, en el grado que sea, por acción u omisión de los entes públicos, de las autoridades o funcionarios que actúan en su nombre, el derecho público se nos presenta como la fuente para restaurar de inmediato la dignidad violada para que el ser humano en todo momento pueda estar en las mejores condiciones posibles para desarrollarse libre y solidariamente.

El derecho administrativo, como bien sabemos, ha sido a lo largo de la historia objeto de muchas definiciones y de variadas aproximaciones, tantas casi como autores han escrito sobre el particular. Desde la idea del poder, pasando por el servicio público o por la noción de equilibrio entre prerrogativa y garantía, se han sucedido muchas formas de entender esta rama tan importante del derecho público. Entre nosotros, por largo tiempo prevaleció una perspectiva subjetiva que focalizaba la cuestión en la administración pública como punto central de nuestra disciplina. Eran los tiempos del primado del estado liberal de derecho, los tiempos en los que la potencia de la luz revolucionaria imponía sus dictados y más o menos, con mayor o menor intensidad, se pensaba que el derecho administrativo cumplía su tarea ofreciendo una panoplia de instituciones y categorías capaces de restaurar los nocivos efectos de una administración acostumbrada al privilegio y a la prerrogativa.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde la formulación del estado social y democrático de derecho no son muchos los estudiosos del derecho administrativo que han caído en la cuenta de que este es algo más que un Ordenamiento dispuesto para reaccionar jurídicamente contra el exceso del poder, contra la desviación del poder. Meilán Gil¹ solo hay que leer su monografía *El proceso de la definición del derecho administrativo*, es pionero de la definición del derecho administrativo desde el primado de los intereses colectivos al subrayar la centralidad como *punctum dolens* para su definición, ayudándonos así a comprender el alcance del concepto de interés general en el estado social y democrático de derecho como piedra de toque del moderno derecho administrativo².

En efecto, el interés general en el estado social y democrático de derecho, además de ser un concepto que se incardina necesariamente en la realidad administrativa concreta y que ha de ser expresado en forma racional, dispone de un núcleo indisponible que responde precisamente a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, los denominados de libertad y, por supuesto, también los de naturaleza social. En este sentido, el derecho administrativo aparece comprometido con la cláusula del estado social y democrático de derecho, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.

Desde este punto de vista cobra especial actualidad la tesis del profesor argentino Balbín cuando señala que, precisamente en el marco del estado social y democrático de derecho

el derecho administrativo es un derecho de inclusión social, un derecho que más allá de restaurar jurídicamente los daños causados a los ciudadanos por los poderes públicos, es un derecho preventivo precisamente comprometido con esa tarea de crear condiciones igualitarias que hagan posible el libre y solidario desarrollo de los habitantes³.

En efecto, el derecho administrativo de este tiempo, más si lo contemplamos desde la estrepitosa crisis de la versión estática del estado de bienestar en un mundo en pospandemia, debe replantear muchas de sus categorías y conceptos, demasiado sólidas, deudoras de una legalidad administrativa anclada en el siglo XIX, hoy superada por la misma definición del Estado como social y democrático de derecho. Este estudio parte precisamente de esta consideración: la primacía de la Constitución y de la forma de Estado en ella alumbrada, reflexión que ha de trascender y reinterpretar el conjunto de un sistema pensado y diseñado para otro tiempo. Sencillamente, hoy la clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado y, desde ahí, a partir de esta sólida base, deberemos acercarnos a estudiar y analizar todas y cada una de las categorías que conforman el derecho administrativo. Desde las fuentes, el reglamento, el acto administrativo, los reglamentos, la actividad de limitación, de servicio público o de fomento, la potestad sancionadora, los bienes públicos y, por supuesto, las diferentes expresiones sectoriales de la actividad administrativa.

II. Derecho administrativo y dignidad humana

La crisis actual del derecho administrativo, atravesada por variadas y complejas causas, demanda en este tiempo de profunda crisis, agudizada por la pandemia que estamos sufriendo

1 Meilán Gil, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), 1967.

2 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime F. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*. Madrid: Iustel Editorial, 2013.

3 Balbín, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, volumen 14, número 58, 2014, pp. 33-59.

a escala planetaria, su reinención a partir de la cláusula del estado social y democrático de derecho anclada en la dignidad humana.

La ausencia de respuestas satisfactorias a los problemas colectivos de nuestro tiempo reclama del derecho administrativo una reflexión honda y radical, un test en profundidad de sus contradicciones y aporías, un alto en el camino y una reconstrucción de sus fundamentos, una nueva estructura y nuevos desarrollos. Precisamos una nueva metodología, más inductiva, en alianza estratégica con otras ciencias sociales, más apegada a la realidad. Necesitamos categorías e instituciones a través de las cuales discurren los valores constitucionales, con la finalidad de la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales del ser humano.

El derecho administrativo, como es sabido y como comprobamos en esta época, no ha conseguido ser un ordenamiento para la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona que dimanen de la dignidad del ser humano. Los datos de la realidad lo acreditan fehacientemente. La desigualdad y la pobreza continúan creciendo ante la impotencia de un derecho concebido desde la prerrogativa y el privilegio de la administración pública falto de reflejos para ofrecer soluciones efectivas. No han permeado suficientemente los valores y parámetros constitucionales en su seno a causa de resistencias de todo orden que hoy deben superarse a partir del impulso y la potencia de la dignidad humana proyectada sobre las categorías e instituciones del derecho administrativo.

En efecto, hoy, en 2022, en el marco de una emergencia humanitaria de incalculables consecuencias, el examen al que está sometido el derecho administrativo refleja su incapacidad para ofrecer soluciones acordes a la dignidad de los seres humanos. Que esto sea así, según parece, trae causa de décadas y décadas de desconexión del derecho administrativo de la cláusula del estado social y democrático de derecho. La crisis de la emergencia sanitaria de 2020 ha puesto

de manifiesto, como la financiera de 2007-2008, una vez más, ahora de forma indubitable, las insuficiencias de esta rama del derecho público para regular los asuntos del interés general de acuerdo con la justicia. Necesitamos un derecho administrativo de rostro humano, con técnicas e instituciones idóneas para que prime el servicio objetivo al interés general.

Desde hace bastante tiempo, el edificio del derecho administrativo presenta fallas en sus fundamentos, fallos en la estructura y, por su supuesto, también hay desperfectos en los complementos o acabados. Es más, el derecho administrativo como correa de transmisión de los valores de dignidad, libertad o justicia, ni está, en su actual conformación, ni se le espera. Es tal el grado de descamino en que se encuentra sumido que no hay más remedio que salir en su ayuda para reinventarlo, reconstruirlo, replantearlo, por qué no, refundarlo, partiendo de la realidad y de una nueva metodología más inductiva que facilite esta aproximación, de arriba abajo, y de un lado hacia el otro, en la que el principio y fin de su concepción sea la dignidad humana.

El descamino es integral, proverbial: tenemos una estructuración jurídico-administrativa del siglo XIX para resolver asuntos de un Estado-nación que ha sido desbordado por arriba y por abajo. Los medios de los que dispone la administración pública para su actividad de servicio objetivo al interés general están obsoletos, las estructuras no están incardinadas en la realidad, el personal en ocasiones es ajeno a su misión de servicio a la comunidad, las categorías centrales: acto administrativo, disposiciones administrativas, contratos, fomento, policía, servicio público, control, bienes... no están a la altura de las necesidades colectivas de los ciudadanos, ni, es lo más grave, están orientadas en su diseño a la propuesta de mejores condiciones de vida para las personas.

Por si fuera poco, al descamino sigue, lógicamente, el descrédito. En efecto, ¿por qué hoy la sola mención de la expresión derecho administrativo o administración pública o, en

general, la referencia a lo público provoca tanto rechazo y se identifica tantas veces con irracionalidad, dilación, favoritismo o inequidad? Probablemente, porque a pesar del tiempo transcurrido desde el advenimiento del estado social y democrático de derecho, la legalidad administrativa, y sus principales actores, no han conectado a fondo con sus valores y vectores principales ni con las repuestas efectivas que éste nos propone. Las causas parecieran ser variadas, habrá que contrastarlas, por lo que debiéramos preguntarnos acerca de la necesidad de remozar los basamentos de un derecho administrativo en el que la palabra dignidad humana, es verdad, no suele hacer acto de presencia en los manuales y cursos de la disciplina. Por eso, cuando recibí en 2012 el encargo del Consejo Latinoamericano de la Administración Pública para el Desarrollo (CLAD) para elaborar la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la administración pública, rubricada por todos los ministros de administración pública de la Región, el 10 de octubre de 2013 en Panamá, incluí en varios pasajes la palabra dignidad humana, así como en la misma definición del derecho fundamental de todo ciudadano a la buena administración pública.

¿Por qué el derecho administrativo no es un ordenamiento de transformación social en el que sus categorías e instituciones se diseñen precisamente para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, para una vida digna? La respuesta, con todos los riesgos que entraña, que no son pocos, afecta a los fundamentos, a las fuentes, a las modalidades de la actuación administrativa, al control; en definitiva, a todo el sistema del derecho administrativo, en la actualidad moribundo y lánguido, incapaz y sin recursos morales para atender debidamente las obvias y evidentes, hoy acuciantes necesidades colectivas en tantas partes del mundo. El vehículo, el derecho administrativo, deambula por la ruta desconcertado, sin rumbo fijo, desconcertado porque no acierta a comprender lo que le muestra su mirada con las potenciales de su auto. El conductor y acompañantes, que

manejan un automóvil de otro tiempo por una vía que por momentos cambia de fisonomía, parecen presos del autismo probablemente por no querer, o quizás no poder, contemplar la real realidad. Por eso, es momento de parar, de detenerse y de cuestionarse todo, absolutamente todo: la idoneidad del coche, la pericia del conductor, la función de los acompañantes, las condiciones de la ruta, las señales de tránsito y, por supuesto, el fin del camino. Aquí radica la novedad y la originalidad de la idea y su ingreso a las fronteras del conocimiento.

En este sentido, debemos plantearnos la construcción de un nuevo paradigma para reinventar desde una perspectiva más profundamente humana y social, el conjunto de las categorías e instituciones propias de esta área de conocimiento del derecho. En esta tarea será necesario un especial replanteamiento del interés general aplicado a la actividad administrativa social, con el objeto de esta reconstrucción «in toto» que conduzca a lo que es, ha sido y debe ser, ahora más que nunca, el derecho administrativo en un estado social y democrático de derecho: El derecho del poder público para la libertad equitativa y solidaria de los ciudadanos, para una vida en dignas condiciones.

En efecto, desde los actos administrativos, los reglamentos, pasando por la actividad administrativa de policía, fomento y servicio público, y siguiendo por el resto de las materias, es menester reconstruir y rediseñar la dimensión social del derecho administrativo, hoy bajo mínimos a causa de una preocupante privatización del interés general y del olvido sistemático de su razón de ser, de sus orígenes. La originalidad de esta reflexión descansa en la pertinencia de recuperar hoy, en este tiempo, el punto de partida: la vocación de compromiso social con la que nació el derecho administrativo y que pareciera que se ha ido diluyendo poco a poco a partir de la influencia de factores económicos y políticos en cuya virtud se ha ido sometiendo paulatinamente el derecho a criterios exclusivamente económicos, de eficiencia y

eficacia al margen de la ética y, sobre todo, alejados cada vez más, de esa equidad inscrita en el alma de esta rama del derecho público que tanto tiene que hacer para combatir las desigualdades, la fragilidad y vulnerabilidad en que se encuentran tantos millones de habitantes en el mundo entero.

En este sentido, precisamos una nueva fundamentación del derecho administrativo desde la centralidad de la dignidad humana que permita reconstruir y rediseñar las principales categorías e instituciones de esta rama del derecho público, necesitadas desde hace tiempo de ser comprendidas desde la cláusula del estado social y democrático de derecho recuperando así nuestra disciplina la impronta social inscrita desde sus orígenes en su esencial conformación.

Además, si el derecho administrativo es, esencialmente, el derecho constitucional concretado, es necesario, desde el pensamiento complementario, un análisis acerca de lo que he denominado en mis trabajos derecho administrativo constitucional pues la propia estructura de los valores constitucionales del estado social y democrático de derecho, conduce inexorablemente a su asunción por parte del entero sistema del derecho administrativo, de todas y cada una de sus categorías e instituciones iluminadas por el sentido y consecuencias de la cláusula del estado social y democrático de derecho, cláusula que descansa en la excelsa dignidad humana.

Lamentablemente, durante demasiado tiempo la realidad acredita que se ha diseñado un derecho administrativo de corte tecnoestructural, preñado de burocratismo y verticalidad, tanto para los agentes económico-financieros, como para los políticos, olvidando que en el ADN de esta rama del derecho público está la lucha contra las inmunidades del poder, por una parte, y, por otra, en sentido positivo, la defensa jurídica del interés general en un Estado de derecho. En este sentido, es menester una inversión copernicana del abordaje estructural de la ciencia jurídico-administrativa en un área que perdió su brújula

hace ya demasiados años, tal y como esta crisis pandémica ha puesto crudamente en evidencia. Debemos recuperar ese espacio de civilidad innato al origen del derecho administrativo, hoy olvidado por el fragor de las derivas tecnosistémicas y la esclavitud de las ideologías cerradas. De abajo arriba, desde un lado al otro, desde la realidad social comprobaremos la solidez de los fundamentos y desde ahí rediseñaremos el conjunto de las categorías e instituciones.

Esta construcción del derecho administrativo sobre la base de la dignidad humana reclama tratar cuestiones bien controvertidas y polémicas en este tiempo como pueden ser, entre otras, la efectividad, justiciabilidad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, la necesidad de construir un nuevo derecho administrativo global desde la centralidad de la dignidad humana, la exigencia de controles independientes de la actividad administrativa, nuevas formas de afrontar la formación permanente en las escuelas de administración pública, en las escuelas para la preparación y formación de jueces y fiscales y, por supuesto, en el plan de estudios del grado de derecho.

El impacto de la dignidad humana sobre el sistema del derecho administrativo no solo plantea una nueva fundamentación del derecho administrativo consecuencia de la asunción íntegra de los valores constitucionales del estado social y democrático de derecho sobre el entero sistema del derecho administrativo. También impacta, y no poco, sobre la reconstrucción de la noción de interés general ínsita en el alma de todas las categorías del derecho administrativo, que habrán de ser repensadas desde esta perspectiva. Las distintas modalidades de la actuación administrativa, de policía, fomento, servicio público, y ahora de prevención o precaución, deben ser objeto de reformulación. Como la lógica de los procedimientos administrativos, de elaboración de actos, normas y de toda la contratación, ahora entendidos desde la centralidad de la posición de los derechos del ciudadano derivados del fundamental a una

buena administración pública. El marco teórico de la intervención pública, al igual que la justificación del despliegue de las potestades y poderes, no privilegios o prerrogativas de la administración, debe revisarse, así como todas las formas de control de la actividad administrativa.

De igual manera el proceso judicial de control de las actuaciones administrativas debe sufrir drásticos cambios y transformaciones, así como el ejercicio de la potestad sancionadora. Los distintos sectores de la actividad administrativa, con especial referencia a la salud, la educación, la inmigración y los servicios sociales, deben también replantearse en su sentido y funcionalidad. Y, por supuesto, el derecho presupuestario, que debe adscribirse a técnicas más realistas y en consonancia con las necesidades colectivas de los ciudadanos, especialmente las de los más frágiles y vulnerables. Finalmente, es menester una reforma integral y completa de las instituciones y procedimientos del derecho administrativo global, hoy al margen, en muchos de sus ámbitos, de los principios del Estado de derecho.

De acuerdo con algunos presupuestos metodológicos de las ciencias sociales, en especial, el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que llevo años aplicando a la investigación en derecho administrativo, constatamos que los cambios y transformaciones en nuestra disciplina se plantean retóricamente, pero sin resultados prácticos porque en muchos casos es menester resistir muchas inercias y el peso de una tradición que condena a un inmovilismo esterilizante. Sin embargo, hoy el derecho administrativo debe inexorablemente prepararse para albergar en su seno categorías e instituciones profundamente replanteadas y reconstruidas desde la centralidad de la dignidad humana que desplieguen su eficacia con urgencia, pues la deriva totalitaria que se divisa en el horizonte apremia, y mucho.

La tarea consiste en rediseñar, reconstruir, reinventar, desde los pilares, las categorías e instituciones centrales del derecho administrativo a partir de un enfoque centrado en la dignidad

de la persona humana, no tanto en los poderes y potestades administrativas. El principal objetivo es colmar una laguna pendiente desde hace décadas en el derecho administrativo y sobre la que llevo reflexionando desde hace mucho tiempo: ¿Por qué todavía, en 2022, no disponemos de un derecho administrativo en el que la cláusula del estado social de derecho haya desplegado todas y cada una de sus consecuencias o efectos? ¿Por qué todavía seguimos presos de esa autotutela ejecutiva y de esa unilateralidad absolutas que provocan tanta indefensión a los ciudadanos? ¿Por qué no ha penetrado con toda su potencia la dimensión ética del servicio objetivo al interés general en la forma de administrar y de gestionar lo público?

Hoy, en 2022, es momento de plantear con claridad y radicalidad que la dignidad humana, además de vector central de la filosofía o de la ética, es el principio y fin del derecho. Afirmación que significa que es tal el relieve y el rango, no sólo ético o filosófico, también jurídico, de la dignidad humana, que se levanta y se yergue, omnipotente, todopoderosa y soberana como antes señalamos, frente a cualquier intento del poder, cualquiera que sea su naturaleza, por eliminarla o, lo que –tal vez– es peor, ignorarla en su camino. Por eso, estamos persuadidos de que pensar y construir jurídicamente desde la dignidad nos lleva a desafíos y propuestas realmente revolucionarias, tanto en su postulación proactiva, como en su desarrollo y corolarios.

Hoy, en 2022, el fracaso del derecho administrativo como instrumento para garantizar y preservar condiciones de vida dignas a las personas es una realidad sobre la que la ciencia jurídica, en sinergia con las demás ciencias sociales, debe trabajar en los próximos tiempos. Las causas de ese fracaso y las vías para revertir el estado actual es uno de los principales desafíos de la comunidad científica jurídica mundial, hasta el momento en punto muerto debido a la falta de perspectiva integral para comprender la magnitud del problema y a la falta de reflexión sobre las causas de tales insuficiencias y aporías, en

especial sobre la necesidad de una metodología claramente pluridisciplinar.

Desde el derecho administrativo, probablemente a causa del funcionalismo y de las urgencias y emergencias de distinto tipo, no se ha abordado, con la radicalidad y profundidad debida, aspectos que tienen que ver con su sentido y misión en este tiempo, recuperando su impronta social anclada en la dignidad humana. El documento del Consejo de Europa *Viviendo con dignidad en el siglo XXI. Pobreza y desigualdad en sociedades de derechos humanos. La paradoja de las democracias* (2013) nos interpela a replantear el actual estado de bienestar y el mismo interés general para que la universalidad, indivisibilidad e integridad de los derechos humanos sean una realidad, lo que implica una visión radicalmente distinta de la aproximación a la pobreza y desigualdad reinante. En este sentido, la necesaria liberalización del ser humano de la actual cosificación, como plantea el Consejo de Europa, debe presidir nuevas y disruptivas formas de entender el sentido del estado de bienestar, anclado en la estaticidad y alumbrar nuevas formas de realización de políticas públicas, especialmente en el ámbito social.

Existen algunos trabajos relevantes sobre la dignidad humana como valor constitucional, como la monografía de Aharon Barak⁴, y desde una perspectiva más filosófica, la obra de Stephen Riley⁵ y Andrea Sangiovanni⁶. En el orden del derecho global, destaca la obra colectiva *Globalization of law. The role of human dignity*⁷. Y, en el campo de los derechos sociales, deben citarse las obras de Luis Jimena Quesada y Thomas M. Antkowiak⁸, así como las obras colectivas *Addressing inequality from a human*

*rights perspective: Social and economic justice in the Global South y Property and human rights in a global context*¹⁰.

Entre los síntomas reconocidos de la profunda crisis en que se encuentra el derecho administrativo se encuentran el fracaso del estado del bienestar, la crisis de la justicia administrativa, la tecnocracia, la sobrerregulación o la vetocracia. El modelo del estado de bienestar, anclado en versiones estáticas y tecnosistémicas, no ha conseguido desarrollar y desplegar plenamente su dinamismo y potencialidad y los resultados de las políticas públicas no han mejorado las condiciones de vida de los ciudadanos. La justicia administrativa, por diversas circunstancias que se avizoran en el horizonte, no ha culminado su esencial tarea de dar a cada uno lo suyo – *iussum cuique tribuendi*–.

Las políticas públicas en muchas latitudes nacen lastradas por su dependencia tecnocrática y no se dirigen resueltamente a la defensa, protección, y promoción de los derechos fundamentales; en ocasiones, no pocas, el personal al servicio de la administración pública sigue sin superar la tentación del dominio y señorío de los procedimientos, manifestando en algunos casos preocupantes carencias formativas de base y, sobre todo, una ausencia notable de hábitos y cualidades democráticas. La protección y defensa de las libertades por parte de las administraciones públicas, dominadas por una sobrerregulación o reregulación asfixiantes, han provocado un intervencionismo que reduce al ser humano en muchas latitudes a un ser inerte, condenado a esperar todo, absolutamente todo, de los poderes públicos. En fin, el derecho administrativo

-
- 4 Barak, Aharon. *Human dignity: the constitutional value and the constitutional right*. Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- 5 Riley, Stephen. *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations*. Oxford, Routledge, 2017.
- 6 Sangiovanni, Andrea. *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*. Boston, Harvard University Press, 2017.
- 7 Dybowski, Maciej & García Pérez, Rafael (dir.). *Globalization of law. The role of human dignity*. Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi - Thomson Reuters, 2018.
- 8 Jimena Quesada, Luis. *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- 9 Antkowiak, Thomas M. *A dignified life and the resurgence of social rights*. *Northwestern University Journal of International Human Rights*, volumen 18, número 1, 2020, pp.1-51.
- 10 Rodríguez Garavito, César (dir.) *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South*. Colombia, Dejusticia: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2019.

global, a pesar del tiempo transcurrido, continúa *in fieri*, contando con instituciones donde todavía rige una vetocracia injustificable, donde prevalecen intereses parciales y donde la justicia real es sencillamente una quimera; la eficiencia y la eficacia al servicio del funcionalismo han ido, con el paso del tiempo, dominando a la ética incardinada en el corazón mismo del derecho administrativo con las consecuencias por todos conocidas.

Entre los remedios ensayados sin éxito, se encuentra el sistema actual del derecho público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Cada vez son más las voces autorizadas que propugnan construir el derecho administrativo sobre la base de la conciencia clara de que no nos referimos necesariamente a la pobreza económica, pues la desigualdad y su capacidad de destrucción de la dignidad de tantas personas no es necesariamente vinculable a un nivel determinado de ingreso o gasto económicamente apreciado; es cultural y social y, por ello, el derecho administrativo debe, como producto cultural que es y como instrumento de civilización y humanidad que explica su nacimiento y desarrollo, estar presente en estos graves dilemas y ofrecer aportaciones positivas. Según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del derecho administrativo que precisa abandonar la economía como rampa única de análisis y renovar

sus fundamentos y su marco teórico, pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del estado social y democrático de derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. Es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de estado social y democrático de derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del derecho administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Hoy, en 2022, el estado de bienestar debe superar la dimensión estática del presente, y recuperar la senda dinámica e inclusiva que le es propia para despertar y apoyar iniciativas sociales valiosas que puedan colaborar con los poderes públicos a mejorar la calidad de la atención a los sectores más frágiles y vulnerables, hoy muy descuidados y en pleno crecimiento exponencial. Las ayudas, subvenciones y subsidios públicos pueden y deben, con un adecuado rediseño de su tratamiento jurídico y nuevo dinamismo, contribuir a construir salidas efectivas y prácticas a estas relevantes deficiencias en el marco de los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Hoy, en 2022, es imprescindible erradicar sistemas de trabajo y funcionamiento de las administraciones públicas propios de otros tiempos, que deben mudar para que la sensibilidad de los funcionarios de los tres poderes del Estado aumente exponencialmente con relación a la justiciabilidad y efectividad de los derechos humanos en todos los niveles gubernamentales. Hace falta una mejor Administración, una buena administración de lo público que parta de la defensa, protección y promoción efectiva de la dignidad humana.

Hoy, en 2022, el interés general es, con frecuencia, manejado por la función pública como un espacio reservado a su conocimiento y especialización, debiendo abrirse en abanico a una visión abierta,

plural, vital, dinámica y complementaria, que debe concretarse, motivarse y vincularse a la efectiva realización de la dignidad humana animada por la participación social. Si no profundizamos en la impronta democrática del interés general, tal y como se reclama desde el estado social y democrático de derecho, será imposible afrontar los cambios y transformaciones necesarias para hacer real y efectivo el compromiso social del nuevo paradigma del derecho administrativo. Sin participación social efectiva construida desde técnicas surgidas de la realidad a partir de las aportaciones de quienes conocen y experimentan el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, será muy difícil, imposible levantar un auténtico derecho administrativo social con fundamento *in re*.

Hoy, en 2022, no podemos ni debemos dejar pasar la oportunidad de detectar con tiempo suficiente los riesgos sociales, con un derecho administrativo mejor preparado para la prevención, la precaución y la propuesta de cursos de acción eficaces con dimensión global y comprensiva de las complejidades que nos desafían las crisis, como la padecida a partir de 2007 y la reciente y aun existente crisis sanitaria.

Hoy, en 2022, el derecho administrativo debe recuperar espacios perdidos, abordar destinos ignorados o factores no considerados con la intensidad necesaria. Los trabajos de campo y el diagnóstico revelarán estas deficiencias en la concepción tradicional del derecho administrativo y el nuevo itinerario deberá afrontarlas.

Hoy, en 2022, según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del derecho administrativo que precisa abandonar la economía como rampa única de análisis y renovar sus fundamentos y su marco teórico pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del estado social y democrático de derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. El derecho administrativo no puede

esperar, como lo ha hecho en reiteradas oportunidades, a que la economía solucione los problemas de dignidad y de su raíz en cuestiones de equidad, pues no se encuentran ellos entre sus metas ni cometidos específicos. Ya está comprobado que un excelente PBI de ningún modo asegura ni garantiza una justa distribución o apoyo a los sectores sociales más desfavorecidos. Es apremiante, urgente que, de una vez por todas, la proyección del modelo de estado social y democrático de derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del derecho administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

III. Sobre la organización en tiempos de pandemia

Cuando se habla de globalización, de internacionalización o mundialización se pretende reflejar una característica elemental de la naturaleza de las relaciones actuales que está transformando la realidad desde hace tiempo. Sin embargo, la globalización más importante es la de las mentes de las personas, en muchos casos atrapadas en la esclavitud de la obsesión del pensamiento único, de la verticalidad y del oficialismo.

Hoy, en este tiempo de emergencia, de crisis global por la pandemia, entendemos con una luz nueva que es decisivo para vivir con dignidad en estos tiempos es cultivar la mentalidad abierta y esa capacidad para proteger y defender a los seres humanos en los diferentes campos del trabajo moderno. De lo contrario, la globalización podría traer consigo una de las más insoportables dictaduras jamás sospechada: el uso de las personas al servicio de esa ideología que tanto daño hace: usar y tirar a las personas en función de las necesidades de las tecnoestructuras, también de las partidarias.

La pandemia del coronavirus es una cuestión global que afecta a toda la humanidad. Una pandemia que debería ser combatida con los estándares más elevados de la gobernanza

global. Sin embargo, salvo excepciones, estamos contemplando la clamorosa ausencia de previsión de la epidemia en muchos países, por parte de la autoridad sanitaria.

Por eso, precisamos normas globales que definan altos patrones y estándares de buen gobierno, especialmente en situaciones de crisis. No puede ser que por un mal gobierno o por una mala administración en estas situaciones mueran más personas. Lo que estamos contemplando en tiempo real en tantos países, en el nuestro de forma alarmante, no puede volver a pasar. De ninguna manera. Es una pena, pero donde haya jueces independientes, la responsabilidad penal y administrativa será la consecuencia lógica de tanto desmán, de tanta negligencia.

Esta crítica situación por la que atravesamos subraya que lo realmente importante es construir un sistema de globalización dónde la sensibilidad humana sea un elemento esencial. O si, se quiere, que globalización y humanismo vayan de la mano, como si fueran las dos caras de un mismo fenómeno, como si fueran las dos caras de una misma moneda. Algo que, al menos hasta ahora, ha brillado por su ausencia y que una vez que superemos la pandemia se instale de verdad entre nosotros.

La crisis del COVID-19, mal que nos pese, certifica que la vieja y enferma Europa, hoy una amarga realidad, o resurge de sus cenizas o dejará de existir al menos como ese magnífico proyecto cultural y político que, a través de la economía, aspira una integración en los principios de una civilización humanista.

El viejo continente, que en otros tiempos asumió una función de liderazgo mundial en asuntos de tanta enjundia como la centralidad de la dignidad de la persona y la lucha por los derechos humanos, hoy languidece lentamente, impotente y sin temple moral tal y como contemplamos a diario. ¿Dónde quedaron aquellas grandes aventuras del pensamiento, de la justicia y de la solidaridad que conformaron indeleblemente la identidad europea? Ahora, la supremacía de lo económico y lo financiero amenaza, y de qué

manera, lo constatamos a diario, ese magnífico proyecto cultural y político forjado entre el pensamiento griego, el derecho de Roma y la solidaridad de matriz cristiana. En realidad, la pandemia que sufrimos en este tiempo ha caído como un mazazo sobre un proyecto que se había desviado de su rumbo tiempo atrás.

Hoy, a poco que observemos la realidad de la Europa en que nos ha tocado vivir, somos conscientes de que habitamos un solar en el que la población envejece sin recambio generacional, en el que los derechos humanos se negocian en función de cuotas de poder y en el que la ilusión por vivir con dignidad se sustituye por un ansia de confort y bienestar que ahoga la sensibilidad social.

¿Qué ha pasado, pues, para que hoy Europa esté a punto, no sólo de perder su influencia política y económica en el mundo, que ya la ha perdido hace tiempo, sino de desaparecer como modelo cultural? ¿A qué se debe que la reacción europea ante la pandemia sea tan lenta, tan complicada y con tantas tensiones internas? ¿Por qué los destinos del viejo continente se han puesto en manos de un grupo de políticos que sólo entienden de conservación y mantenimiento del poder? ¿Qué nos pasa a los europeos que somos incapaces de reaccionar con fuerza cívica ante tanto desmán, ante tanta manipulación, ante tanto control social como hoy se practica en tantos de nuestros países? ¿No es momento de una rebelión ciudadana, cívica y pacífica, que exprese en altavoz lo que piensan tantos ciudadanos frente a tanto ejercicio antisocial del poder público y económico?

La contestación a estas preguntas no es sencilla. No se pueden despachar en unas pocas líneas porque las razones de la situación actual son complejas. Sin embargo, de modo esquemático podemos afirmar que la clave de lo que está aconteciendo tiene mucho que ver con el sistemático olvido de las raíces de Europa y con una ausencia clamorosa de liderazgos.

Desde otro punto de vista, la justicia, que es la permanente y constante voluntad de dar a cada

uno lo suyo, que vincula la actuación de jueces y tribunales, cada vez brilla más por su ausencia. La separación de poderes ha dejado de ser un cimiento básico de la arquitectura del Estado de derecho para convertirse en una aspiración imposible. Por una sencilla razón: ahora los poderes son designados por la cúpula del partido que alcanza la mayoría y en ocasiones se cede a la tentación de la concentración del poder; como en el Antiguo Régimen, aunque ahora bajo los sofisticados y edulcorados postulados de esa modernidad que maneja a su antojo las tecnoestructuras y sus terminales.

La dignidad del ser humano es objeto de mercadeo. Unas veces en la plaza pública, otras veces en el ámbito de la transacción económica. Los derechos de la persona han dejado de ser el fundamento del orden político, social y económico. La ley hoy es instrumento de confrontación de unos contra otros. No se gobierna para todos porque el interés general ha dejado de ser el bienestar de todos y cada uno de los ciudadanos para convertirse en el obsesivo deseo de mando de colectivos que ponen de rodillas a Estados soberanos y a sus dirigentes.

La autocontemplación del éxito del estado de bienestar en su versión más estática e ideologizada ha tenido mucho que ver también con la crisis. En efecto, desde la tecnoestructura se ha instalado un consumismo insolidario que ha pretendido convertir a los ciudadanos en marionetas al servicio de los que mandan. En parte lo han conseguido porque la capacidad de reacción cívica ante tantos desmanes orquestados desde las cúpulas es de todos bien conocida a causa de la progresiva narcotización de la conciencia ciudadana de poblaciones enteras entregadas a los encantos del reinante consumismo insolidario.

Mientras, los ciudadanos europeos siguen manifestando que no saben muy bien que es el proyecto europeo y que se sienten cada vez más distantes de este gran espacio cultural y moral que,

sin embargo, ha sido colonizado por mercaderes y políticos sin escrúpulos. Si Adenauer, Schuman, Monet o de Gasperi se levantarán de sus tumbas y contemplaran los derroteros que está tomando Europa en este tiempo probablemente se sentirían decepcionados. Porque la gran intuición cultural y moral de libertad y solidaridad que estos personajes concibieron está siendo traicionada por la obsesión por el dinero y por el deseo de dominación política y financiera. La solución está, como casi siempre, en la realidad, una realidad que es la que es y que viene de donde viene. Guste mucho, poco o nada, el viejo continente se ha forjado en una apasionante lucha por la libertad y la solidaridad que hoy debiera volver al primer plano del camino europeo.

El COVID-19 ha asestado un duro golpe al proyecto europeo. No para noquearlo. Si para abrir un proceso de reflexión sería sobre lo que es Europa, lo que debe ser y en lo que se ha convertido. ¿Serán capaces los actuales dirigentes de comprenderlo?

IV. Reflexión conclusiva: un derecho administrativo para la dignidad humana

Los derechos fundamentales de la persona son derechos que conceden a sus titulares un conjunto variado de posiciones jurídicas dotadas de tutela reforzada y que imponen al poder público una gama diversificada de obligaciones correlativas a las diferentes funciones derivadas de cada una de dichas posiciones jurídicas¹¹. Desde esta perspectiva debemos afirmar que la aplicabilidad inmediata es la misma en el caso de los derechos fundamentales individuales que en los sociales, por más que las técnicas a emplear puedan variarse derivan de la diversidad de funciones incardinadas en cada derecho. No es que en un caso estemos en presencia de derechos de defensa y en otro de derechos prestacionales, el problema es que los derechos fundamentales son una categoría única que admite una expresión multifuncional. En otras palabras, es necesario

11 Hachem, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por un implementacao espontânea, integral e igualitaria* [Tesis doctoral]. Brasil, Universidad Federal de Paraná, pp. 131-136, 2014.

comprender los derechos fundamentales, todos, desde la perspectiva de un todo, de manera que cada derecho fundamental presenta un conjunto de posiciones jurídicas fundamentales de dónde se derivan funciones de respeto, funciones de protección y funciones de prestación¹².

El hecho de que la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, reconocidos *ad hoc*, por conexión, por argumentación racional del supremo intérprete de la Constitución o por recepción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, caso del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cueste más dinero no quiere decir que no sean fundamentales. Es solo una cuestión accidental, que no afecta a la sustancia. Y como lo accidental o formal debe seguir a lo sustancial o material, lo lógico es orientar las estructuras de facilitación de estos derechos colocando el presupuesto público a su servicio y no al revés.

El problema de la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, de sus costes de implementación no se encuentra al interior de estos derechos fundamentales de la persona, sino en la existencia de obstáculos e impedimentos sin cuento a las funciones de protección y de prestación inherentes a todo derecho fundamental, sea de la naturaleza que sea.

Los derechos fundamentales son una misma categoría con un mismo régimen que deriva de la misma dignidad humana y esta tiene las mismas condiciones de exigibilidad sea cual sea el derecho de que se trate. Las estructuras y los procedimientos se diseñan y actúan al servicio de las personas, no al revés. En un presupuesto público hay que atender muchas necesidades, pero en puridad la cantidad que se debe presupuestar para estas finalidades debe estar en función de la situación de los derechos sociales fundamentales en el país y de los medios disponibles porque otra cosa sería

imposible. Pero de ahí a lo que acontece en la actualidad, en la que en muchos sistemas estos derechos no son fundamentales y su exigibilidad está puesta en cuestión, hay un largo trecho. El tema está en afirmar el carácter fundamental de estos derechos y empezar a caminar en este terreno. A partir de ahí, los progresos serían notables. No se trata de negar la realidad, que las disponibilidades presupuestarias son las que son y que conforman el marco para averiguar la racionalidad de las demandas judiciales en la materia. Se trata, simple y llanamente, de afirmar que estos los derechos sociales fundamentales pertenecen a la categoría única de los derechos fundamentales de la persona.

Una cuestión que, en tiempos de pandemia, afecta, y de qué manera, a la dignidad humana, se refiere al alcance y funcionalidad del derecho al mínimo vital, un derecho fundamental de mínimos que permite que no se quiebre la condición humana, que no se lesione la misma dignidad humana.

En este sentido debemos recordar que existen unos derechos sociales fundamentales mínimos que el Estado o la sociedad, según los casos y las posibilidades, deben asegurar y garantizar para evitar la deshumanización de la persona. En este punto, sin embargo, debe quedar claro que, en efecto, la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales no se reduce al reconocimiento del mínimo vital o existencial. Todos los derechos sociales fundamentales, todos, por ser derechos fundamentales de la persona, poseen eficacia directa sencillamente porque disfrutan de la misma categoría y régimen jurídico de los derechos fundamentales.

El marco de lo que es imprescindible para una existencia humana responde al derecho al mínimo vital pero más allá de esta garantía de mínimos existen otros derechos sociales fundamentales, ordinarios, como puede ser el derecho a una salud digna, el derecho a una protección social

12 Ídem, pp. 139-145.

digna, el derecho a una educación digna... Es decir, una cosa es lo mínimo imprescindible para una existencia o para una vida propia de una persona humana y otra distinta la garantía de un marco de racionalidad y progresividad en el ejercicio de estos derechos que apunta más allá de lo imprescindible, de lo mínimo.

Si entendemos el mínimo existencial como el techo mínimo, el suelo mínimo de los derechos sociales fundamentales, comprenderemos que a partir de este solar se pueden levantar o edificar derechos sociales fundamentales. A partir de esa esfera de una existencia mínimamente digna, aplicando el principio de progresividad podemos llegar a afirmar la existencia de derechos sociales fundamentales que consisten en garantías y prestaciones, junto a protecciones y defensas, de posiciones jurídicas dignas, de una dignidad superior a la mínima. No de otra manera debe interpretarse las apelaciones que las Constituciones de nuestra cultura jurídica realizan a una mejor calidad de vida para las personas o una existencia o vida digna.

En el marco de los deberes de protección y de promoción de prestaciones fácticas positivas, debe afirmarse que el contenido de las prestaciones que integran el mínimo existencial son siempre y en todo caso exigibles ante cualquier juez o tribunal a través de cualquier instrumento procesal con independencia de la existencia de disponibilidades presupuestarias o de estructura organizativa pública, pues afectan al contenido de la mínima dignidad posible, aquella que diferencia al ser humano de los animales irracionales o de los simples objetos o cosas.

Los derechos sociales fundamentales pueden estar previstos en la Constitución como tales, no es lo más frecuente, o pueden derivarse de la relación con otros derechos fundamentales o de una argumentación racional a partir de las bases mismas de la Constitución en relación con los postulados del estado social y democrático de

derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano.

El derecho fundamental de la persona a un nivel de vida adecuado (artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), a una digna calidad de vida, como reza el preámbulo de la Constitución española de 1978, es, siguiendo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, artículo XI, la que permitan los recursos públicos y los de la comunidad o, dice el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Tales previsiones sitúan en el centro del orden social, político y económico a la dignidad del ser humano, lo que implica, lisa y llanamente, que las disponibilidades presupuestarias del Estado y de la sociedad, de la comunidad, han de orientarse y gestionarse para que, en efecto, se garantice a todos los hombres y mujeres una digna calidad de vida.

El artículo 130.1 de la Constitución española reclama a los poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene Pérez Hualde¹³, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia. El autor sitúa el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, unas necesidades, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico, el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades todas ellas que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.

Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible es una

13 Pérez Hualde, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. En *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Lustel Editorial, pp. 93-94, 2009.

famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado. En realidad, el fin del Estado reside en que cada persona pueda realizarse libre y solidariamente. Y para ello el Estado ha de asumir este compromiso cuando las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

El problema de la técnica del servicio público para estos menesteres reside, como ya advirtiera certeramente Devolvé no hace mucho tiempo, en que las actividades objeto del servicio público son de titularidad pública, algo que no se puede predicar, por ejemplo, de la educación o de la sanidad, que son derechos fundamentales de la persona y, por ende, no deben ser calificadas como de ámbitos de titularidad pública. En cambio, bajo la técnica de la *ordenatio*, de las autorizaciones, licencia o permisos, las cosas caminan por otros derroteros puesto que en estos supuestos se trata de regular actividades privadas, de los ciudadanos, que son de interés general.

En efecto, el Estado, en virtud de la subsidiariedad, tiene, por su propia estructura y esencia, la superior tarea de garantizar el pleno, libre y solidario ejercicio de los derechos, cometido supremo de la instancia estatal que como señalara Bidart Campos¹⁴, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio, me permito apostillar solidario, de los derechos humanos.

Sin embargo, como apunta Pérez Hualde¹⁵, desde la concepción del servicio universal, que no es una característica privativa del servicio público en sentido estricto, sino más bien de las actividades privadas de interés general, es

posible paliar de alguna manera, a causa de la intervención pública –servicio de interés general– dirigida a este fin, la situación de injusticia objetiva, por desigualdad material, en la que se encuentran las personas necesitadas de esos bienes económicos imprescindibles para un nivel de vida adecuado, acorde a la comunidad en la que se desarrolla.

Poco a poco, en este tiempo de convulsiones y de transformaciones, esperemos que la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales ocupe un lugar por derecho propio en la mente y en la agenda de las principales decisiones que tomen las autoridades políticas, económicas, sociales y culturales. Nos jugamos mucho en ello, tanto como que la dignidad del ser humano y sus derechos inalienables funden, de nuevo, ahora con más fuerza, un remozado orden jurídico, económico y social que ya no puede esperar más tiempo.

Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad, que es lo mismo, son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del estado social y democrático de derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del derecho administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianidad.

Referencias

Allain, Jean & Xu, Ting (coords.). *Property and Human Rights in a global context*. Oxford: Hart Publishing. 2015.

Antkowiak, Thomas M. A dignified life and the resurgence of social rights. *Northwestern University Journal of International Human Rights*, volumen 18, número 1, 2020, pp. 1-51.

14 Bidart Campos, Germán. La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional, pp.427-429, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Madrid, Abeledo Perrot - Marcial Pons, 2015.

15 Pérez Hualde, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global, pp. 105-106, en *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Lustel Editorial, 2009.

Balbín, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, volumen 14, número 58, 2014, pp.33-59.

Barak, Aharon. Human dignity: the constitutional value and the constitutional right. Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Bidart Campos, Germán. La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional, pp.425-432, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Madrid, Abeledo Perrot - Marcial Pons, 2015.

Dybowski, Maciej & García Pérez, Rafael (dir.). Globalization of law. *The role of human dignity*. Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi - Thomson Reuters. 2018.

Hachem, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por un implementacao espontânea, integral e igualitaria* [Tesis doctoral]. Brasil, Universidad Federal de Paraná, 2014.

Jimena Quesada, Luis. *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis*. Valencia, Tirant lo Blanch. 2016.

Meilán Gil, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), 1967.

Pérez Hualde, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global, pp. 89-120, en *Derechos económicos y sociales*, Madrid, lustel Editorial, 2009.

Riley, Stephen. *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations*. Oxford, Routledge, 2017.

Rodríguez Garavito, César (dir.) *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South*. Colombia, Dejusticia: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2019.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime F. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*. Madrid: lustel Editorial, 2013.

Sangiovanni, Andrea. *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*. Boston, Harvard University Press, 2017.

El papel de la profesionalización en contratación pública para lograr valor por dinero y reducir la corrupción

Adam Al-Sarraf^{1,2}
Luis Ernesto Peña Jiménez^{3,4}

Recibido: 11 de abril de 2022 – Aceptado: 3 de octubre de 2022

Resumen

La última década ha estado marcada, en América Latina, por escándalos de corrupción derivados de proyectos de contratación pública que han provocado que los gobiernos inicien esfuerzos por reconstruir la confianza de los ciudadanos; muchos de ellos centrándose en procesos penales y en el fortalecimiento de las funciones de auditoría. Aunque estos últimos son fundamentales para un sistema de contratación pública saludable, no tendrán el impacto deseado a largo plazo si no se abordan las deficiencias de los sistemas de contratación pública, consistentes en la falta de capacidad técnica del personal de contratación y su vulnerabilidad a la influencia indebida. Estas lagunas se derivan, en parte, de la incapacidad de los países para profesionalizar su personal de contratación. Los países que pretenden lograr mejoras significativas y sostenibles en sus sistemas de contratación pública, como la República Dominicana que está actualmente en vías de incorporar muchas de estas mejores prácticas a través de un plan de reforma de la ley de contratación pública, deberían tener en cuenta las nuevas recomendaciones sobre profesionalización de organizaciones como la OCDE, además de las mejores prácticas de Estados Unidos y la experiencia de otros países de la región como Chile y México.

Palabras clave: Profesionalización, Contratación Pública, Anticorrupción, Valor por Dinero, Administración Pública.

- 1 Adam Al-Sarraf, Abogado Senior en el Programa para el Desarrollo del Derecho Comercial (CLDP) de la Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Comercio de EE. UU. Trabaja principalmente en las carteras de América Latina y el Caribe y el Norte de África. Su programación se centra en fortalecer la transparencia y la competencia en los sistemas de contratación pública en Perú, Túnez y en la República Dominicana. El trabajo del Sr. Al-Sarraf también se ha centrado en mejorar los marcos de insolvencia en Marruecos, Túnez, Baréin, Arabia Saudita y Kuwait. Es también autor de artículos legales sobre arbitraje comercial, arbitraje inversor-Estado, litigio comercial, contratación pública e insolvencia y presenta con frecuencia estos temas en talleres y conferencias. Las otras experiencias del Sr. Al-Sarraf en el sector público y privado también incluyen puestos temporales en el Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York y la Corporación de Inversión Privada en el Extranjero (OPIC), además de servir como profesor invitado en contratación pública en la Universidad George Washington Law School y la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham. Recibió su Licenciatura en Artes, en Estudios e Historia del Medio Oriente, de la Universidad de California en Santa Bárbara y su título de Juris Doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Tiene certificados de American University en OMC y US Trade Law and Policy y de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la gestión de compras (aal-sarraf@doc.gov).
- 2 Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no representan necesariamente la opinión del Departamento de Comercio de los Estados Unidos o del Programa de Desarrollo del Derecho Comercial ni de la Administración de Servicios Generales, ni deben atribuirse a ellos.
- 3 Luis Ernesto Peña Jiménez, Abogado de la República Dominicana especializado en derecho público, con práctica concentrada en Compras Públicas, derecho político/electoral y constitucional. Graduado de la George Washington University Law School, Washington, D.C. (Government Procurement Law LL.M.), Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, España (Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, LL.M.) y de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana (Licenciatura en Derecho, LL.B.). Socio de la firma Martínez, Peña & Fernández (MPF) Abogados Consultores. Miembro del American Bar Association (ABA) en la Public Contract Law Division y del Comité de Contratación Pública Internacional. Autor del Capítulo de República Dominicana de «The Government Procurement Review» del Reino Unido y Autor Colaborador del Observatorio de Contratación Pública de España. Ha fungido como consultor externo de entidades gubernamentales locales e internacionales en materia de compras y contrataciones públicas. Certificado por la Escuela de Gobierno de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Gestión de compras públicas, Valor por dinero en las compras públicas y Compras públicas sostenibles. Profesor universitario de derecho constitucional y de derecho de compras y contrataciones públicas (lpena@mpfrd.com).
- 4 Los autores desean agradecer al profesor Christopher Yukins y al profesor Robert Anderson sus consejos y recomendaciones durante la elaboración de este documento.

CÓMO CITAR: Al-Sarraf, Adam & Peña Jiménez, Luis Ernesto (2022). *El papel de la profesionalización en contratación pública para lograr valor por dinero y reducir la corrupción*, Iuris Forum, N.º 3, enero-junio 2022, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 26-45 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

Abstract

The last decade in Latin America has been marked by corruption scandals stemming from public procurement projects that have caused governments to initiate efforts to rebuild citizen trust; many of them focusing on criminal proceedings and strengthening audit functions. Although the latter are essential for a healthy public procurement system, they will not have the desired long-term impact if the shortcomings of public procurement systems, consisting of the lack of technical capacity of procurement personnel and their vulnerability to corruption and undue influence, are not addressed. These gaps stem, in part, from the inability of countries to professionalize their procurement staff. Countries seeking to achieve significant and sustainable improvements in their public procurement systems, such as the Dominican Republic which is currently in the process of incorporating many of these best practices through a public procurement law reform plan, should consider the new recommendations on professionalization from organizations such as the OECD, in addition to the best practices of the United States and the experience of other countries in the region such as Chile and Mexico.

Keywords: Professionalization, Government Procurement, Anti-corruption, Best Value, Public Administration.

I. Introducción

La contratación pública es una ocupación administrativa con normas mínimas de cualificación en la mayor parte del mundo. Muy pocos países exigen una certificación o garantizan la estabilidad laboral para estos puestos¹. Sin embargo, los países que crean una verdadera profesión de la contratación pública con los niveles de responsabilidad y autoridad necesarios pueden aumentar considerablemente la probabilidad, no sólo de que esas personas sean disuadidas de cometer actos corruptos, sino de que se apliquen con mayor eficacia reformas estructurales más amplias.

Una ocupación administrativa no tiene intrínsecamente el nivel de autoridad o responsabilidad necesario para salvaguardar el proceso de contratación pública del despilfarro y la corrupción. Aunque los países pongan en marcha programas de formación o exijan la certificación del personal de contratación, estos esfuerzos serán insuficientes sin la creación de una profesión de contratación. Para que sea eficaz, la profesión de

la contratación pública también debe contar con el nivel de autoridad y autonomía necesario para proteger el sistema de influencias indebidas y con el nivel de responsabilidad necesario para que rinda cuentas individualmente. Estos elementos pueden lograrse mediante la creación de carreras de adquisiciones, la exigencia de una formación continua y la atribución de autoridad para estos puestos en el ciclo de vida del proceso de contratación pública.

Estados Unidos fue uno de los primeros países del mundo en profesionalizar su mano de obra en materia de contratación pública, aunque no lo hizo en serio hasta principios de la década de 1980. Más recientemente, muchos otros ejemplos se suman alrededor del mundo como es el caso de Nueva Zelanda que cuenta con una academia de contratación pública y el diseño de un perfil estandarizado de competencias para el personal de contratación. Está el ejemplo del Reino Unido con la creación de una comunidad de profesionales de compras en su servicio de contratación pública (GPS) como parte de su estrategia de crear la profesión de contratación pública en el gobierno².

- 1 Es difícil encontrar datos exhaustivos, pero esto se extrapola de un estudio de la OCDE de 2019, del que se hablará largo y tendido en este artículo, en el que se constata que solo el 21 % de los países de la OCDE tienen un requisito de certificación obligatoria.
- 2 OCDE, «Promoviendo la Eficiencia por medio de la centralización y la profesionalización», Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, París, 2018, p.233.

Latinoamérica no ha sido la excepción, podemos citar a México, donde la Ley General de Responsabilidades Administrativas contempla un régimen especial para las personas servidoras públicas que participan en procedimientos de contrataciones públicas, en el cual se prevé que la Plataforma Digital a la que se refiere la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción incluirá en un sistema específico, los nombres y adscripción de los servidores públicos que intervengan en procedimientos para contrataciones públicas³ y muy especialmente a Chile, donde «deben acreditar competencias todas aquellas personas pertenecientes a organismos públicos, que participen en el proceso de abastecimiento de su Institución, tengan o no clave de acceso al sistema de compras públicas»⁴, razón por la cual se ha creado un proceso obligatorio de certificación de competencias de los usuarios del sistema de compras públicas.

En los últimos años, instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión Europea (CE), también han empezado a hacer más hincapié en la profesionalización de la contratación pública en sus recomendaciones a los países y no sólo en la formación. Sin embargo, aunque este nuevo énfasis en la profesionalización es muy alentador, sigue habiendo lagunas en las orientaciones de la OCDE y la CE que deben abordarse para proporcionar a los países comprometidos con los esfuerzos de profesionalización las herramientas técnicas y prácticas necesarias para aplicar sus recomendaciones.

Por ejemplo, los elementos del proceso de profesionalización de EE.UU., quién ha sido el líder de estos esfuerzos tanto en experiencia como en

resultados, pueden ayudar a colmar esas lagunas con lecciones aprendidas y orientaciones prácticas que reforzarán el nivel de confianza, responsabilidad y autoridad otorgado a los profesionales de la contratación pública para lograr mayores niveles de integridad y transparencia en el sistema de contratación. Además, el incipiente programa de profesionalización de la República Dominicana marcado por el proyecto de modificación a la Ley de Contratación Pública por el Poder Ejecutivo en febrero del 2022 es un importante caso de estudio para entender cómo los países están interpretando y aplicando las últimas orientaciones sobre profesionalización y cómo pueden beneficiarse de varios elementos clave del sistema estadounidense y de las mejores prácticas y recomendaciones internacionales.

II. La profesionalización en contratación pública como herramienta para luchar contra la corrupción y conseguir la mejor relación calidad-precio

La importancia de establecer una profesión para el ámbito de la contratación pública radica en la comprensión sociológica inherente a una profesión y en cómo se distingue de otras ocupaciones. Estas distinciones son cruciales en el ámbito de la contratación pública, dado el alto riesgo y la vulnerabilidad de la contratación pública. Aunque las ocupaciones y las profesiones comparten muchas de las mismas características⁵ las profesiones se han clasificado como la «categoría de ocupaciones basadas en el conocimiento»⁶ y «se dedican ampliamente a tratar el riesgo»⁷. Una profesión o profesionalidad dentro de una ocupación implica que la sociedad está depositando un nivel de confianza en esa ocupación o en ese trabajador

3 García Durán, Juan Carlos, «La profesionalización de las personas servidoras públicas que participan en los procedimientos de contratación pública, un primer paso para prevenir la corrupción», Revista de Administración Pública, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, p.131.2 OCDE, «Promoviendo la Eficiencia por medio de la centralización y la profesionalización», Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, París, 2018, p.233.

4 Chile, Artículo 5 bis del Decreto Supremo No. 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley No. 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios del 11 de julio de 2003.

5 Evetts, Julia «El Análisis Sociológico del Profesionalismo», Revista de Sociología Internacional, Junio de 2003, Volumen 18(2) p. 395-415 en 397.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

y que esos trabajadores deben ganarse esa confianza⁸. Los profesionales demuestran que son merecedores de confianza no sólo por su formación, sino también por su compromiso de no «explotarla (la confianza) con fines perversos»⁹. Por lo tanto, la profesionalización debe ser algo más que el proceso de formación de una fuerza de trabajo, es la creación de una expectativa de confianza entre la sociedad y una determinada profesión. Los profesionales son recompensados por mantener esta confianza con estabilidad laboral, mayor estatus y autoridad¹⁰. Las primeras profesiones se limitaban principalmente a los médicos y los abogados, ya que estaban imbuidos de la confianza de proteger las preocupaciones más importantes de la sociedad, la salud humana y los derechos legales.

Sin embargo, la profesionalización de las ocupaciones ha evolucionado significativamente en los dos últimos siglos a medida que las economías se diversificaban y las sociedades daban mayor importancia a la confianza y la autoridad en una variedad de sectores diferentes. Ocupaciones como la de dentista, contable, electricista o fontanero se han profesionalizado gracias a la exigencia, por parte de los gobiernos locales y nacionales, de certificaciones, licencias, formación práctica y, cada vez más, compromisos éticos. Por supuesto, el nivel de formación y certificación dependerá del nivel de confianza que se otorgue al profesional y de la complejidad y el valor de la ocupación. Es el caso de los funcionarios públicos en sentido general, y muy especialmente dentro de su ámbito particular de actuación. La función de contratación pública justifica una profesión dados los riesgos y

responsabilidades inherentes al gasto de los fondos de los contribuyentes y al hecho de que se confíe en la adquisición de servicios, infraestructuras y bienes vitales para los países por el mejor valor disponible.

Aunque la profesionalización de la mano de obra de la contratación pública no evitará por sí sola la corrupción, debe considerarse un pilar fundamental de cualquier reforma de la contratación pública o de la lucha contra la corrupción.

El personal de contratación se considera una de las fuerzas internas clave que determina el éxito de un sistema de contratación¹¹. Además, las contrataciones públicas siguen siendo cada vez más complejas¹², y un personal que no esté preparado para manejar esa complejidad puede exponer al gobierno a importantes riesgos de corrupción, despilfarro, malversación y el desperdicio natural que se deriva de la ineficiencia. Adicionalmente, los funcionarios encargados de la contratación pública son quizás los más indicados para identificar prácticas anticompetitivas como la manipulación de ofertas y la colusión¹³ que a menudo están estrechamente relacionadas con otros comportamientos corruptos. En el sistema de contratación pública de EE.UU., la profesionalización del personal de adquisiciones se cita como una de las razones clave por las que la contratación federal de EE.UU. tiene unos índices de corrupción relativamente bajos¹⁴. Según Daniel Gordon, estos índices de corrupción comparativamente bajos se deben a que:

...la existencia de un cuerpo de adquisiciones profesional significa que hay funcionarios con formación que hacen cumplir las normas, y cualquier acción indebida requiere la

8 *Ibid.*, en 400, citando a Hughes, E.C., *El Hombre y su Trabajo*, Free Press, 1958 New York: Free Press.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Thai, Khi Vi, «La Contratación Pública Reexaminada», *Revista de Contrataciones Públicas*, Volumen 1, Número 1, p. 9-50.

12 *Ibid.*

13 Anderson, Robert D., Jones, Alison y Kovacic, William E., «Prevención de la corrupción, la colusión de proveedores y la corrosión de la confianza cívica: Un programa procompetitivo para mejorar la eficacia y la legitimidad de la contratación pública», *George Mason Law Review*, 2019, p. 1286

14 Gordon, Daniel I., Protección de la integridad del sistema federal de adquisiciones de EE. UU.: Reglas de conflicto de intereses y aspectos del sistema que ayudan a reducir la corrupción y los conflictos de intereses, un enfoque de derecho comparado, Editado por Jean-Bernard Auby, Emmanuel Breen y Thomas Perroud) 2014, p.46. «Si bien no se dispone de datos definitivos, lo que está disponible sugiere que la corrupción en el sistema de contratación federal es relativamente rara, si se compara con la corrupción denunciada en otros sistemas».

cooperación tanto de esos funcionarios como de otros implicados, lo que complica la tarea de cualquiera que intente llevar a cabo una contratación corrupta.¹⁵

La contratación pública expone a los países a los mayores niveles de riesgo de corrupción en comparación con otras actividades gubernamentales.¹⁶ Según una guía de Transparencia Internacional, cada año se malgastan casi 2 billones de dólares debido a la corrupción, lo que equivale al 20-25% del valor de todos los contratos públicos. En el informe de la OCDE de 2016 sobre la corrupción en la contratación pública, la OCDE cita el elevado valor de los contratos, los altos niveles de complejidad de los procesos de contratación y la estrecha proximidad de los funcionarios públicos o los responsables de la toma de decisiones con el sector privado para explicar la inmensa vulnerabilidad de la contratación pública a la corrupción.¹⁷ El informe también identifica los principales riesgos de corrupción en cada fase del proceso de contratación, casi todos los cuales incluyen un papel importante para un funcionario público. Para reducir las oportunidades de soborno, el informe ofrece amplias recomendaciones para minimizar y regular las interacciones entre esos funcionarios públicos y las empresas a través de la contratación electrónica, los códigos de conducta, la gestión de los conflictos de intereses y las medidas de transparencia.¹⁸

La supervisión y los controles externos, además de la implicación de las partes interesadas a través de la participación del sector privado y la sociedad civil, son también formas eficaces de reducir las oportunidades de corrupción y se destacan en el informe. Sin embargo, el informe, que se centra exclusivamente en la corrupción, no aborda la profesionalización de los funcionarios

públicos que participan en la contratación pública como una herramienta expresa de lucha contra la corrupción. Dado el número y la complejidad de las contrataciones en un país determinado, la falta de una fuerza de trabajo profesionalizada a la que se le confíen los niveles necesarios de autoridad y responsabilidad, socavarán la eficacia de los mecanismos anticorrupción más amplios. Las funciones de control interno y externo, como las auditorías y las protestas de ofertas, son mecanismos ineficaces para detectar la corrupción en todas las contrataciones, especialmente cuando esas contrataciones son gestionadas por agentes no profesionales que pueden ser manipulados por funcionarios políticos. Reconociendo la importancia de la profesionalización en general para la salud de un sistema de contratación pública, la metodología¹⁹ MAPS (Metodología para la Evaluación de los Sistemas de Contratación Pública) de la OCDE, que es la herramienta de autodiagnóstico más completa utilizada internacionalmente para los sistemas de contratación pública, pone ahora un mayor énfasis en la profesionalización como elemento central de la reforma de la contratación pública. No obstante, un vínculo más explícito entre la profesionalización y la lucha contra la corrupción en las directrices internacionales reforzaría los argumentos a favor de una mayor implementación de programas sólidos de profesionalización, que son muy escasos a nivel mundial.

III. Profesionalización a nivel mundial

Evaluar el grado de profesionalización de la contratación pública en cada país es un reto debido a la falta de datos exhaustivos sobre los sistemas de contratación pública de los países. Por ejemplo, el Banco Mundial elaboró informes de evaluación comparativa²⁰, que identificaron muchos de los

15 *Ibid.*

16 Aylin Kadriye, Tansel, «Corrupción en la Contratación Pública», p. 36, citando el Reporte de la OECD sobre Sobornos en el Extranjero (OCDE, 2014), se encontró que el 57 % de los sobornos pagados con el fin de obtener un contrato y el 43 % restante dividido entre aduanas, impuestos, licencias y otros tratos preferenciales. https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9783668730526_A34075093/preview-9783668730526_A34075093.pdf

17 Prevención de la corrupción en la contratación pública, OCDE 2016 <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>

18 *Ibid.*

19 OECD, Metodología para la evaluación de los sistemas de adquisición (MAPS), accesible en https://www.oecd.org/gov/public-procurement/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf

indicadores clave necesarios para determinar la solidez del sistema de contratación pública de un país, tanto en términos de eficiencia como de vulnerabilidad a la corrupción. Sin embargo, en lo que respecta a la profesionalización, el único indicador relevante medía si existían programas de formación para los agentes de contratación que se ocupaban de las reclamaciones o las protestas de las ofertas.²¹

Sin embargo, la OCDE y la Comisión Europea (CE) se han centrado ampliamente en este ámbito a través de orientaciones y recomendaciones emitidas a sus países miembros, aunque no disponen de datos detallados sobre el grado de profesionalización en cada país. No obstante, la evolución de las recomendaciones de la OCDE y la CE muestran un claro cambio hacia la profesionalización integral de la función de contratación.

III.A Recomendaciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE realiza estudios sobre los sistemas de contratación pública y emite recomendaciones, especialmente de sus países miembros. En 2015, la OCDE emitió amplias recomendaciones para que los países modernizaran sus sistemas de contratación.²² Una de las recomendaciones clave, la número 9, era que los países desarrollaran sus plantillas de contratación.²³ Para evaluar si los países adoptaron esta recomendación, la OCDE emitió un informe de progreso posterior en 2019²⁴, que medía si los países habían reconocido la contratación pública como una «profesión», basándose en los siguientes subindicadores²⁵:

- Garantizar que los funcionarios encargados de la contratación pública cumplan con altos niveles de profesionalidad en cuanto a conocimientos, aplicación práctica e integridad, proporcionando un conjunto de herramientas específicas y actualizadas periódicamente;
- Ofrecer a los funcionarios de contratación pública opciones de carrera atractivas, competitivas y basadas en el mérito;
- Promover enfoques de colaboración con centros de conocimiento como universidades, grupos de reflexión o centros políticos para mejorar las habilidades y competencias de la mano de obra de la contratación pública;

Para cumplir los objetivos de los indicadores, la OCDE también midió si los países estaban instituyendo requisitos de entrada para la mano de obra de contratación pública, si la formación era obligatoria y si existía un proceso de certificación. Según el informe de progreso de 2019, solo el 27 % de los países encuestados tienen formación obligatoria para los funcionarios de contratación pública y solo el 21 % de los países tienen un proceso de certificación para los funcionarios de contratación pública. Probablemente podemos suponer que el porcentaje de países con formación obligatoria o certificación sería aún menor a escala mundial.²⁶ Los bajos niveles de profesionalización son sorprendentes, sobre todo teniendo en cuenta que la OCDE hace cada vez más hincapié en la profesionalización en su metodología MAPS y en sus recomendaciones políticas de 2015. Por ejemplo, en 2010 la metodología MAPS sólo medía si:

21 *Ibid.*

22 <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> «La Recomendación de la OCDE sobre contratación pública» es el principio rector general de la OCDE que promueve el uso estratégico y holístico de la contratación pública. Es una referencia para la modernización de los sistemas de contratación pública y puede aplicarse a todos los niveles de gobierno y empresas estatales.

23 IX- Recomendación de que los adherentes desarrollen una fuerza de trabajo de compras con la capacidad de entregar continuamente valor por dinero de manera eficiente y efectiva.

24 La reforma de la contratación pública: Avances en la aplicación de la Recomendación de 2015 (El estudio incluía 30 países de la OCDE más Marruecos, Costa Rica y Perú).

25 Subindicador 8b - Reconocimiento de las adquisiciones como profesión.

26 Por estas razones, la disponibilidad de datos sobre la existencia de plantillas de contratación profesionalizadas o de programas de certificación sigue siendo un reto para determinar hasta qué punto la profesionalización podría ayudar a los países en sus esfuerzos anticorrupción.

- El nivel de competencia en materia de contratación pública de los funcionarios de la entidad es coherente con sus responsabilidades en materia de contratación pública.
- Los programas de formación e información en materia de contratación pública para los funcionarios públicos y para los participantes del sector privado son coherentes con la demanda.

En 2019, en el subindicador 8, la metodología MAPS mide ahora si:

- La contratación se reconoce como una función específica, con puestos de trabajo definidos en diferentes niveles profesionales, descripciones de puestos y las cualificaciones y competencias requeridas;
- Los nombramientos y ascensos son competitivos y se basan en las cualificaciones y la certificación profesional;
- El rendimiento del personal se evalúa de forma periódica y coherente, y se le proporciona desarrollo y formación adecuada.

El nuevo subindicador añade elementos críticos a la función de un funcionario de contratación pública más allá de la formación y la competencia, que no sólo son difíciles de medir, sino que no captan suficientemente los riesgos asociados a la función del funcionario. Estos nuevos elementos, el reconocimiento como función especial, las promociones competitivas y la formación continua son esenciales para la creación de una profesión digna de confianza y no una simple ocupación administrativa.

Como se ha comentado anteriormente, los funcionarios públicos tienen un papel en casi todas las fases del ciclo de vida de una contratación, desde la fase de estudio de mercado hasta la administración del contrato. Al especificar la contratación como una función específica, los países pueden reducir el número total de funcionarios que participan en la contratación y que pueden aumentar el riesgo

de corrupción e influencia indebida, incluidos los funcionarios políticos y los que tienen conflictos de intereses. La función específica también dará lugar a una mano de obra más especializada y proporcionará una mayor estabilidad laboral a quienes participan en la contratación pública. Sin estabilidad laboral, el personal de contratación tiene muchos más incentivos para actuar con interés propio o permitir que otros, como los actores políticos, utilicen el proceso de contratación para su propio interés. En los países que carecen de una función específica de compra, el personal de adquisiciones suele ser personal administrativo general que se deja manipular fácilmente para que sirva a los intereses de los superiores y suele rotar en función del interés o la discreción de las figuras políticas. Al crear una función específica que no pueda rotarse o eliminarse fácilmente, los países pueden reducir la probabilidad de que el personal de adquisiciones se vea comprometido por intereses políticos e incentivar al personal de adquisiciones a cumplir con las leyes de adquisiciones para proteger su estabilidad laboral.

Asimismo, el enfoque en la certificación profesional y la competencia para los nombramientos y ascensos es también clave para limitar el papel de los actores políticos en el proceso de contratación y para incentivar la integridad y el cumplimiento de las leyes de contratación. Si se exige al personal que obtenga una certificación para trabajar en contrataciones públicas y que participe en una formación constante, tendrá muchos menos incentivos monetarios para participar en la corrupción.

Sin embargo, el indicador de profesionalización del MAPS deja de lado la orientación específica sobre la mejor manera de aplicar estos programas de profesionalización. Gran parte de esta orientación puede encontrarse en los recientes esfuerzos de la Comisión Europea por promover la profesionalización de la función de compras en sus países miembros.

III.B Recomendaciones de la Comisión Europea²⁷

La Comisión Europea también ha elaborado recomendaciones exhaustivas para que sus países profesionalicen sus plantillas de contratación pública que van más allá de los elementos del MAPS. En 2017, la Comisión Europea elaboró un informe sobre «Construcción de una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública». El informe incluye ocho recomendaciones principales e ilustra ejemplos prácticos para la aplicación de estas recomendaciones a partir de ejemplos de todo el mundo, tanto dentro como fuera de la UE. A saber:

- Recomendación 1: desarrollar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública adaptadas a las necesidades específicas y a la estructura administrativa de cada país;
- Recomendación 2: garantizar la correcta coordinación de las estrategias entre los organismos contratantes, las instituciones de formación y las centrales de compras;
- Recomendación 3: definir la base de habilidades y competencias de cualquier profesional de la contratación pública (en toda la administración);
- Recomendación 4: desarrollar programas de formación adecuados;
- Recomendación 5: desarrollar y apoyar la adopción, por parte de las entidades o poderes adjudicadores, de una buena gestión de los recursos humanos, de la planificación de la carrera profesional y de los sistemas de motivación;
- Recomendación 6: fomentar el uso de herramientas tecnológicas modernas para satisfacer las necesidades de formación y agilizar los procesos;
- Recomendación 7: incluir la formación y los compromisos de integridad como parte intrínseca de la profesión;
- Recomendación 8: incorporar la armonización y la aplicación coherente de la legislación de la UE y las obligaciones internacionales en la formación del personal de contratación.

III.C Experiencia comparada

Por otro lado, algunas iniciativas clave para profesionalizar y empoderar a la fuerza laboral que trabaja en contratación en Nueva Zelanda han sido²⁸:

- Elaborar un modelo para evaluar la capacidad de adquisición en las dependencias.
- Evaluar la capacidad de adquisición de la dependencia en el lugar y proporcionar planes de acción para el desarrollo.
- Requerir que las dependencias no seleccionadas para evaluación en el lugar llenen una autoevaluación con las acciones descritas en el modelo de capacidad de contratación.
- Elaborar un perfil estandarizado de competencias para el personal de contratación, e implementar estos requisitos en las agencias y dependencias de gobierno.
- Comparar el desempeño básico de la dependencia con el sector privado.
- Incrementar la contratación de profesionales de adquisición calificados y con habilidades para llenar vacíos de habilidades.
- Garantizar que los salarios en la contratación gubernamental reflejen las normas del mercado.
- Que las dependencias contratantes asignen recursos para reformar la práctica de adquisiciones.

²⁷ Construyendo una Arquitectura para la Profesionalización de las Compras Públicas, Comisión Europea, 2017, accesible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fe2a634-bd85-11e9-9d01-01aa75ed71a1>

²⁸ OCDE, «Promoviendo la Eficiencia por medio de la centralización y la profesionalización», Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, París, 2018, p.233.

- Identificar oportunidades para centros de servicio compartidos de adquisiciones.
- Incluir a profesionales de contratación en equipos de proyectos de obras.
- Establecer un pequeño equipo de expertos de adquisición estratégica (también conocido como grupo comercial) para apoyar proyectos de alto riesgo y valor en todo el gobierno.
- Asignar recursos para apoyar proyectos de asociación público-privada.
- Determinar las necesidades de capacitación en contratación y buscar proveedores.
- Hacer obligatorio que las dependencias utilicen las herramientas para evaluar la capacidad y habilidad en contratación.
- Hacer obligatorio que las dependencias garanticen que el personal de adquisiciones está capacitado para llenar las brechas de habilidades identificadas.
- Brindar aprendizaje tecnológico para apoyar a los compradores a obtener una calificación profesional en contratación.
- Identificar a personal de adquisiciones clave en las dependencias para acelerar su educación profesional en contratación.
- Diseñar y lanzar planes de desarrollo profesional para personal de contratación.
- Desarrollar una academia de contratación de Nueva Zelanda.
- Estimular y subsidiar a profesionales de la contratación pública para obtener calificaciones reconocidas en contratación.
- Lanzar un programa de posgrado en contratación.
- Facilitar transferencias temporales y planeación de avances laborales entre dependencias para profesionales de la contratación.

- Establecer y facilitar un grupo de líderes en contratación (menores de 35 años) para preparar líderes futuros en contratación.

El principal ejemplo latinoamericano es el de Chile, en donde han elegido el modelo de profesionalización mediante la exigencia obligatoria de agotar un proceso de certificación gratuita impartido de manera electrónica en el portal de Chile Compra (<https://capacitación.chilecompra.cl>) para aquellos empleados públicos que tengan incidencia en los procesos de contratación. En ese sentido, se establecen 4 lineamientos estratégicos en el proceso de adquisición de conocimientos y competencias transversales en compras públicas²⁹:

a) Instalar competencias: fomentar el desarrollo de competencias en compras públicas tendientes a la profesionalización de los funcionarios que se desempeñan en abastecimiento en las distintas etapas de la compra, como, por ejemplo:

- Conocimiento de la Plataforma Transaccional Mercado Público
- Conocimiento de la normativa y marco regulatorio de la compra pública
- Ética y probidad en la función pública
- Conocimiento del Ciclo de vida de una compra
- Plan Anual de Compra
- Monitoreo y pago oportuno
- Análisis de datos para la eficiencia
- Resultados y orientación a la eficiencia en la compra pública

b) Homogeneizar el conocimiento de manera flexible: establecer una línea de formación transversal en la contratación y compra pública hacia la adquisición de conocimientos, habilidades y actitudes en relación con el desempeño público, lo que proporciona una preparación práctica y teórica para desarrollar

29 Guía del proceso de certificación de competencias de los usuarios del sistema de compras y contratación pública de Chile, Resolución exenta No. 622-B, Santiago, 13 de septiembre del 2021.

distintas funciones, favoreciendo así un flujo de trabajo más fluido y eficaz. Todo esto bajo la modalidad de cursado virtual, con elección de cursos en base al nivel y competencia adecuados a las funciones del funcionario, y acompañados por tutores y con conversatorios de profundización sobre los contenidos claves de cada curso según nivel.

c) Aprendizaje por niveles: entregar un marco de competencia referencial que favorezca la contratación de funcionarios en virtud de conocimientos asociados a la experiencia, conocimientos según nivel y desempeño.

Bajo esa premisa, se establecen cuatro niveles de competencia, a saber:

- Nivel básico: funcionarios que se están iniciando en el sistema de compras públicas, por ende, colaboran de manera operativa en los procesos de compras.
- Nivel intermedio: funcionarios que poseen una trayectoria en el área de abastecimiento y que realizan labores operativas y de gestión con relación a la compra pública.
- Nivel avanzado: funcionarios que cuentan con una trayectoria laboral que les permite asumir rol de gestión estratégica en el abastecimiento asumiendo responsabilidad en compras de mayor cuantía.
- Nivel experto: funcionarios que cuentan con una trayectoria laboral y formativa que les permite o permitiría asumir el liderazgo de procesos de compra de mayor complejidad, definiendo compras estratégicas, aportando con análisis de data y liderando el área de abastecimiento.

d) Profesionalizar las compras públicas: agregar valor a la adquisición de competencias que validan la formación y el rol de los funcionarios que trabajan en abastecimiento desde una perspectiva estratégica.

En ese sentido, las competencias se agrupan en dos categorías principales: las competencias específicas de la contratación distribuidas por

niveles y experiencias del usuario en relación con la contratación y compra pública y, por otra parte, a aquellas competencias técnicas que son las relativas a la función misma.

- Competencias específicas refieren a conocimientos, habilidades y actitudes que están asociadas al ciclo de compra pública, definiendo aquellas acciones clave que explican el desempeño esperado del funcionario.
- Competencias técnicas, que explican según el nivel de responsabilidad, complejidad de la compra y capacidad de toma de decisión otras habilidades que vinculan desempeño y rendimiento en la organización.

Aunque estas recomendaciones y los ejemplos ilustrativos, si se adoptan, mejorarán en gran medida la integridad y la profesionalización de la contratación pública, faltan varios elementos clave que pueden socavar la capacidad de los países para evitar la interferencia política y alcanzar el nivel de profesionalización que en última instancia se necesita para crear una profesión de la contratación pública. Estos elementos son:

1. La delegación de la autoridad de adjudicación y firma a un profesional de la contratación pública para evitar influencias indebidas en el proceso de contratación;
2. La incorporación de requisitos de experiencia laboral progresiva para complementar la formación en el aula;
3. La imposición de responsabilidad personal a los profesionales de la contratación pública para garantizar su cumplimiento con el nivel de confianza que les otorga la ciudadanía. Estos tres elementos son características fundamentales del puesto de funcionario de contratación federal de EE.UU.

IV. La profesionalización en contratación pública en Estados Unidos y las lecciones aprendidas

Los orígenes de la profesionalización del personal de contratación de EE.UU. se remontan a la

década de 1770, con la introducción de normas de contratación, como la licitación sellada, en respuesta a la preocupación por la especulación bélica durante la Guerra de la Independencia³⁰. Sin embargo, las reformas que condujeron al desarrollo de la profesión de oficial de contratación tal y como la conocemos hoy comenzaron en serio en la década de 1980, cuando el «país experimentó una angustia colectiva por el hecho de que el fraude y la ineficacia impregnaban la contratación pública»³¹. La respuesta de EE.UU. a esta angustia se dirigió a una «modificación del comportamiento a gran escala»³², que incluía leyes como la Ley de Competencia en la Contratación (CICA) de 1984 y la Ley de Integridad en la Contratación de 1988 y comisiones como la Comisión Packard, destinadas a investigar las causas del fraude y la ineficacia. Antes de la aprobación de la legislación, una de las primeras medidas adoptadas fue la emisión de una Orden³³ Ejecutiva para reformar el sistema de contratación. Uno de los principales elementos de la Orden Ejecutiva era «establecer programas de gestión de la carrera profesional, que abarquen toda la gama de funciones de gestión de personal, y que den lugar a una fuerza de trabajo de contratación profesional altamente cualificada y bien gestionada».³⁴

Sin embargo, la aplicación de la orden ejecutiva fue lenta y un informe³⁵ posterior de la Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno (GAO) de 1983 identificó problemas sistémicos con la profesionalización de la función de compras. Se determinó que «la mayoría de los organismos no han establecido programas adecuados de gestión de la carrera profesional para garantizar una mano de obra plenamente profesional capaz de adquirir eficazmente los productos y servicios necesarios del sector privado». Para subsanar estas deficiencias de forma más sistemática, en 1983 se codificaron por ley nuevos mandatos de profesionalización en el Título 41 del Código de los Estados Unidos.³⁶

IV.A Carrera de adquisiciones y autoridad de firma

Uno de los principales mandatos de profesionalización de 1983 fue la transformación de la serie de carrera GS 1102 de una función administrativa a una carrera profesional mediante la adopción de una nueva serie estándar por parte de la Oficina de Gestión de Personal (OPM).³⁷ Esta serie de carrera es una carrera de servicio civil competitiva, lo que significa que los nuevos nombramientos deben ser competidos y deben requerir una certificación profesional, de acuerdo con el enfoque del subindicador 8 del MAPS. La

30 Yukins, Christopher, El Sistema de Adquisiciones Federal: Una Introducción, (November 1, 2017) 2017 UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT 69, <https://www.urt.cc/?q=node/187>; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75; GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-75. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3063559> citando Nagle, James F., una Historia de Contratación Pública, The George Washington University, Washington, D.C., 1992, 16-54

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 Estados Unidos de Norteamérica, Orden ejecutiva No. 12352 sobre reformas de adquisiciones federales, del 17 de marzo 1982 47 FR 12125, 3 CFR, 1982 Comp., p. 137

34 Designar a los ejecutivos de compras para que supervisen el sistema de compras y el desarrollo de la mano de obra (aumentar la autoridad de los altos ejecutivos no sólo en lo que respecta a la política y las obligaciones reglamentarias, sino a la GESTIÓN GENERAL DE LOS SISTEMAS - «se les ha dado la responsabilidad (y, por tanto, la autoridad) de supervisar el desarrollo de todos los elementos del sistema de compras del organismo» - Ver el modelo de carta (página 25) para los ejecutivos de compras - crea por primera vez las responsabilidades del funcionario como «gestor del sistema» con responsabilidades en todo el sistema.

35 Progreso de la reforma de la contratación pública federal según el Decreto 12352

36 § 414. Responsabilidades de la agencia ejecutiva para lograr una administración eficaz, eficiente y económica del sistema de adquisiciones federales, el jefe de cada agencia ejecutiva deberá, de acuerdo con las leyes aplicables, las políticas y reglamentos de todo el gobierno y las buenas prácticas comerciales: (4) desarrollar y mantener un programa de gestión de la carrera de adquisiciones en la agencia ejecutiva para asegurar una fuerza de trabajo profesional adecuada. (Pub. L. 93-400, §16, añadido Pub. L. 98-191, §7, 1 de diciembre de 1983, 97 Stat. 1330; modificado Pub. L.

37 La serie de carrera GS-1102 fue creada en 1983 para apoyar la profesionalización de la fuerza de trabajo de compras. La serie incluye los siguientes puestos: Especialista en Contratos, Administrador de Contratos, Analista de Precios/Costes de Contratos, Negociador de Contratos, Especialista en Rescisión de Contratos, Analista de Adquisiciones. El puesto de Administrador de Contratos se conoce comúnmente como «Oficial de Contratación». d500057p.pdf, https://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/pdf/d500057_102291/d500057p.pdf

serie también incluye varios puestos de contratación, todos ellos permanentes, no políticos, con incentivos monetarios y oportunidades de movilidad ascendente. La función principal de contratación es desempeñada por el Oficial de Contratación, que se distingue de otros puestos de contratación por su autoridad delegada para firmar contratos. Esta autoridad delegada, que en EE.UU. se denomina *warrant*, otorga a los oficiales de contratación la facultad de negociar en nombre del Gobierno de los Estados Unidos como su agente, incluida la ejecución, modificación o rescisión de los contratos gubernamentales.³⁸ Sin embargo, los organismos gubernamentales tienen la facultad de establecer de forma independiente límites a esta facultad en función del valor o el tipo de acciones contractuales, y los cargos de oficial de contratación de alto nivel suelen tener órdenes ilimitadas.

La serie de carreras 1102 en los Estados Unidos es coherente con el subindicador 8 del MAPS como reconocimiento de que las adquisiciones son una función especial que justifica una carrera profesional con múltiples niveles de autoridad. Sin embargo, el MAPS no proporciona una orientación detallada sobre la naturaleza de la función en sí o el nivel de autoridad requerido para que un puesto merezca una posición profesional en el proceso de adquisiciones. En muchos países, hay múltiples cargos gubernamentales que participan en el proceso de contratación con distintos grados de influencia en decisiones clave como la estrategia de selección de fuentes o el propio proceso de selección. También es frecuente que la autoridad de firma la ostente exclusivamente el máximo cargo político del organismo gubernamental, el ministro. En el modelo estadounidense, la función principal de contratación se define como el cargo con autoridad de firma y el cargo de Oficial de Contratación dentro de la serie 1102 es el único

profesional con autoridad para negociar y firmar contratos en nombre del gobierno federal.

IV.B Certificaciones profesionales e impartición de formación

Para recibir una autoridad de firma tan amplia, todos los oficiales de contratación deben obtener certificaciones fundadas en la formación, la educación y la experiencia basada en la competencia. Las últimas orientaciones exigen explícitamente que «todo profesional de la contratación al que se le expida una orden ilimitada después del 1 de octubre 2014 debe tener una certificación de nivel III»³⁹.

Estas certificaciones son otorgadas por el Instituto Federal de Adquisiciones y la Universidad de Adquisiciones de Defensa y son coherentes con el enfoque del MAPS de exigir certificaciones profesionales para desempeñar la función de contratación.

El Instituto Federal de Adquisiciones (FAI) se creó en 1976 tras la aprobación de la Ley de la Oficina de Política Federal de Adquisiciones de 1974, que había creado la Oficina de Política Federal de Adquisiciones (OFPP) dentro de la Oficina de Gestión y Presupuesto (OMB) para supervisar la elaboración y aplicación de las políticas y reglamentos de adquisición. Durante la década de 1980, la FAI se potenció a través de nuevos mandatos de profesionalización para «fomentar y promover el desarrollo de una fuerza de trabajo de adquisiciones profesional en todo el Gobierno»⁴⁰. En 1990, como mayor comprador de bienes y servicios, el Departamento de Defensa (DoD) lanzó su propia iniciativa de profesionalización a través de la Ley de Mejora del Personal de Adquisiciones de la Defensa (DAWIA), para desarrollar conocimientos especializados en las adquisiciones de la defensa.⁴¹ Para aplicar esta ley, el DoD emitió la Directiva

38 Questions_for_new_contacting_professionals.pdf https://www.fai.gov/sites/default/files/Questions_for_new_contacting_professionals.pdf.

39 *Id.*

40 Código de los Estados Unidos 02, Contratos Públicos, , <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title41&edition=prelim>. Sección 12, (El FAI fue finalmente transferido al control administrativo de la Administración de Servicios Generales (GSA), donde se encuentra actualmente, pero sigue recibiendo la dirección política del Administrador de la OFPP.)

41 El Congreso promulga la Ley de mejora de la fuerza laboral de adquisición de defensa, 1990 (DAWIA, Título 10, USC, Capítulo 87) Profesionalización de la Adquisición de Defensa de EE.UU.

5000.57 en 1991, que creó la Universidad de Adquisiciones de Defensa (DAU).⁴² A la DAU se le encargó la implementación de los primeros requisitos obligatorios de educación y formación para la mano de obra de adquisiciones de defensa como parte de un nuevo programa de certificación. La certificación de la DAU recibe el nombre de la legislación en virtud de la cual se creó, «certificación DAWIA», e incluye tres niveles, básico, intermedio y avanzado, todos ellos disponibles para las quince áreas funcionales del personal de adquisiciones de defensa.

La educación y la formación obligatorias no se instituyeron para los organismos civiles hasta la década de 1990, cuando se aprobó la Ley Clinger-Cohen. La Ley Clinger-Cohen (Pub.L. 104-106, 10 de febrero de 1996) exigía al Administrador de la Oficina de Adquisiciones Federales (OFPP) que estableciera requisitos de educación y formación afirmativos para los miembros del personal de adquisiciones de los organismos civiles, como los establecidos para el Departamento de Defensa.

Tanto la DAU como la FAI son autoridades de certificación para la formación del personal de compras en el sistema estadounidense, aunque la DAU da prioridad a la mano de obra de defensa, mientras que la FAI atiende exclusivamente a la mano de obra civil. En 2005, la Casa Blanca publicó una nueva política para estandarizar sus esfuerzos de profesionalización de las adquisiciones a través del «desarrollo de programas de certificación comunes que reflejen en general un estándar de educación, formación y experiencia en todo el gobierno que conduzca al cumplimiento de las competencias básicas en una variedad de disciplinas relacionadas con las adquisiciones»⁴³. La política pretendía alinear

a los organismos civiles con los avances en la fuerza de trabajo de adquisiciones de defensa «ordenando a los organismos civiles que siguieran el ejemplo del Departamento de Defensa y adoptaran el plan de estudios de formación de adquisiciones del Departamento de Defensa»⁴⁴.

Para ello, en 2006, la FAI creó su propia certificación siguiendo el modelo de la DAWIA, que pasó a denominarse Certificación de Adquisición Federal en Contratación o «FAC-C» y que incluye tres niveles de certificación basados en los requisitos de educación, formación y experiencia.⁴⁵ El requisito de la FAI en materia de adquisiciones conocido como Certificación de Adquisiciones Federales en Contratación (FAC-C) «es obligatorio para los miembros de la fuerza de trabajo que tienen garantías de Oficial de Contratación (CO)»⁴⁶. Aunque los requisitos de formación para la FAC-C están estrechamente alineados con la certificación DAWIA, debido a las complejidades de las adquisiciones de defensa, el DoD no acepta automáticamente la certificación FAC-C para su personal, mientras que los organismos civiles suelen aceptar la certificación DAWIA⁴⁷.

La transferencia de certificaciones entre organismos gubernamentales es un elemento clave de un programa de profesionalización eficaz y se pueden extraer importantes lecciones de los retos que plantean las transferencias de certificaciones civiles y de defensa en Estados Unidos. El sistema de EE.UU. también ofrece una práctica adicional para fortalecer los programas de certificación al exigir experiencia laboral progresiva para lograr la certificación, además de los requisitos de capacitación. El subindicador 8 del MAPS menciona la importancia de exigir calificaciones

42 https://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/pdf/d500057_102291/d500057p.pdf. Según esta directiva, «la misión de la Universidad de Adquisiciones de Defensa será educar y formar a los profesionales para que presten un servicio eficaz en el sistema de adquisiciones de defensa; lograr un uso más eficiente y eficaz de los recursos disponibles en materia de adquisiciones mediante la coordinación de los programas de educación y formación en materia de adquisiciones del Departamento de Defensa y su adaptación para apoyar las carreras del personal en puestos de adquisición; y desarrollar las capacidades de educación, formación, investigación y publicación en el ámbito de las adquisiciones».

43 Carta de Política No. 05-01, LA CASA BLANCA, <https://obamawhitehouse.archives.gov/node/17025>

44 Yukins, Christopher y Schooner, Steven, «Comentario sobre la fuerza laboral de adquisición», 2005, <https://papers.ssrn.com/abstract=719685> . p.203

45 Contratación (FAC-C) | FAI.GOV, <https://www.fai.gov/certification/contracting-fac-c>

46 Preguntas frecuentes (FAQs) | FAI.GOV, <https://www.fai.gov/training/frequently-asked-questions-faqs#certification>

47 *Id.*

y una certificación profesional para desempeñar la función de adquisiciones, pero no incluye el requisito de incorporar la experiencia laboral como parte del programa de certificación.

IV.C Requisitos de experiencia laboral progresiva

La amplitud y profundidad de la experiencia en el trabajo en un campo concreto es fundamental para convertirse en un profesional de cualquier ámbito. La formación formal debe complementarse con la experiencia práctica para desarrollar un juicio empresarial sólido y habilidades de toma de decisiones. Teniendo esto en cuenta, los programas federales de certificación de la contratación pública de EE.UU. exigen años de experiencia, hitos y competencias operativas para avanzar a cada nivel de certificación. Por ejemplo, en el sistema estadounidense, se requieren cuatro (4) años de experiencia en adquisiciones para recibir la certificación de contratación de nivel 3 de la DAWIA y la FAC-C. La DAU y la FAI ofrecen criterios objetivos que proporcionan una descripción de lo que es la experiencia fuera de la descripción estándar de un puesto de recursos humanos. FAI establece que «la experiencia puede ser el tiempo de trabajo en una asignación de trabajo relacionada con la contratación, ya sea en el sector privado o público, que refleja la acumulación de conocimientos, habilidades y capacidades durante años de asignaciones de trabajo progresivamente responsables»⁴⁸.

No sólo no hay excepciones al requisito de la experiencia, sino que los candidatos a la certificación deben aportar pruebas reales de la experiencia en el trabajo.⁴⁹ FAI ha desarrollado una herramienta de evaluación basada en las competencias, denominada Herramienta de Desarrollo de la Experiencia 1102, que permite a los usuarios

evaluar su propia experiencia, al tiempo⁵⁰ que les ayuda a identificar las competencias necesarias para obtener determinados niveles de certificación. La FAI sigue siendo flexible, ya que «el cumplimiento de los requisitos de experiencia de un nivel de certificación puede aplicarse al cumplimiento de los requisitos de experiencia de un nivel de certificación superior»⁵¹.

IV.D Métodos de entrega de la certificación

Uno de los pilares de la profesionalización de la contratación pública es cómo abordar la formación y el desarrollo con una plantilla de contratación distribuida. La DAU y la FAI practican el método de impartición de planes de estudios tanto en persona como por vía electrónica. El valor de una plataforma de aprendizaje electrónico establecida para las instituciones educativas y de certificación es importante para apoyar a una fuerza de trabajo distribuida y para garantizar la eficiencia. El aprendizaje electrónico ha demostrado especialmente su importancia durante la pandemia de COVID-19 y las instituciones que han creado esta infraestructura han tenido la capacidad de adaptarse a un entorno de aprendizaje virtual con una interrupción mínima. Los cursos en línea para obtener certificaciones se utilizan ampliamente. La experiencia ha enseñado que «la investigación que se centra en las prácticas eficaces para la instrucción en línea, la orientación teórica, la tecnología, el entorno en línea y las funciones y expectativas de las partes interesadas sigue surgiendo y cambiando la forma en que los instructores en línea hacen participar a los estudiantes para cumplir los objetivos del curso»⁵².

La DAU y la FAI aprovechan su plataforma de aprendizaje electrónico y proporcionan recursos completos para apoyar a los funcionarios de contratación de los Estados Unidos. La capacidad

48 Contratación (FAC-C) | FAI.GOV, supra nota 49.

49 *Id.*

50 *Id.*

51 *Id.*

52 Smydra, Rachel V, Mysen, Katie y Lieder Jostock, Katie, «Educar a los educadores: Implementación de programas de certificación de enseñanza en línea de calidad», *Revista Michigan Academician*, No. 45, 2018, p. 329-346.

de educar a la fuerza de trabajo a través de sesiones presenciales, así como a través de una plataforma de aprendizaje electrónico, es esencial para la profesionalización de la fuerza de trabajo de compras, ya que «al centrarse en la ampliación de los recursos del profesorado que proporcionan vías y pedagogía para crear cursos que ofrezcan rigor, dinámica interactiva, oportunidades de evaluación, componentes de escritura y pensamiento crítico, los departamentos de e-Learning pueden ayudar a los instructores a crear cursos de calidad»⁵³. La disponibilidad de un enfoque híbrido para educar a la mano de obra a través de sesiones presenciales, así como a distancia a través de una plataforma de aprendizaje electrónico, es esencial para la profesionalización de la mano de obra de contratación pública.

IV.E Responsabilidad personal

Es importante destacar que, a diferencia de la mayoría de los países, los funcionarios de contratación de Estados Unidos están sujetos a la responsabilidad civil personal por las violaciones de las leyes y reglamentos de contratación pública aplicables.⁵⁴ Los funcionarios de contratación también tienen autoridad para adjudicar y firmar contratos⁵⁵ en nombre del gobierno de Estados Unidos. Las responsabilidades de un oficial de contratación se detallan en la normativa⁵⁶ sobre adquisiciones federales de Estados Unidos (FAR) y en la normativa complementaria específica de cada organismo, e incluyen «salvaguardar los intereses de Estados Unidos en sus relaciones contractuales». El FAR confía a los oficiales de contratación un alto nivel de autoridad como forma de reforzar la profesionalidad de la función de contratación, pero también para exigir un alto nivel de responsabilidad

o confianza que el oficial de contratación debe al gobierno de EE.UU. y a la sociedad en su conjunto. Muchos funcionarios de contratación de EE.UU. obtienen un seguro de responsabilidad personal no sólo para salvaguardar sus propios derechos e intereses, sino también para salvaguardar la integridad del proceso de contratación y garantizar que los riesgos de negligencia y mala fe no recaigan sobre el contribuyente.

Los altos niveles de responsabilidad y autoridad de los funcionarios de contratación han sido fundamentales para reducir las oportunidades de corrupción en el sistema estadounidense. Sin embargo, existen importantes retos para la sostenibilidad del enfoque de profesionalización estadounidense en materia de contratación pública. Las rigurosas barreras de entrada que presentan los elementos de certificación y responsabilidad personal han dificultado que los organismos atraigan y retengan el talento en materia de contratación. En respuesta, las administraciones estadounidenses han puesto en marcha programas para incentivar a los licenciados universitarios a incorporarse a la plantilla de contratación en una fase temprana.

V. La profesionalización en contratación pública en la República Dominicana

V.A Historial de la regulación de la función administrativa

Una de las grandes tareas pendientes en la República Dominicana es el fortalecimiento de la función pública y su protección de los vaivenes políticos derivados de los cambios de gobierno. El 30 de mayo de 1991 se promulga la Ley No. 14-91 de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que significó una primera aproximación a la noción

53 *Id.*

54 Véase el expediente B-262168, GAO Decision in the Matter of John Martino, 24 de mayo de 1996, en el que la GAO confirmó la evaluación de la responsabilidad de la Comisión del Canal de Panamá (una entidad federal) contra el oficial de contratos John Martino por su «desprecio deliberado de las FAR», haciéndole responsable de las pérdidas sufridas por la Comisión. <https://www.gao.gov/products/b-262168>

55 FAR Subparte 9.504(e) El oficial de contrataciones adjudicará el contrato al oferente aparentemente ganador, a menos que se determine que existe un conflicto de intereses que no puede ser evitado o mitigado. <https://www.cao.gov/content/9504-contracting-officer-responsibilities>

56 FAR Parte 1.602-2: «Los oficiales de contratación son responsables de garantizar la realización de todas las acciones necesarias para una contratación efectiva, asegurando el cumplimiento de los términos del contrato y salvaguardando los intereses de los Estados Unidos en sus relaciones contractuales. Para desempeñar estas responsabilidades, los oficiales de contratación deben tener un amplio margen de maniobra para ejercer su juicio empresarial». Véase la descripción completa en <https://www.acquisition.gov/content/1602-2-responsibilities>

de cargos y servidores de carrera, con funciones permanentes, sujetas a normas de selección y mejoramiento en base a méritos. Desde entonces, se reconoció en el artículo 21 de dicha norma la necesidad no solo de proteger, sino también de capacitar la fuerza de trabajo del Estado, al disponer que «con el fin de capacitar al personal que requiere la Administración Pública y elevar la eficiencia de cada empleado, la Oficina Nacional de Administración y Personal dictará las políticas y proveerá los medios necesarios para institucionalizar, organizar y desarrollar las actividades de formación, capacitación y perfeccionamiento de los servidores públicos».

Posteriormente, con la promulgación de la Ley No. 41-08 de Función Pública el 16 de enero de 2008, se robustecen las garantías de protección de la Carrera Administrativa, con la creación de lo que hoy es el Ministerio de Administración Pública como órgano rector, y la inclusión de figuras como la igualdad de acceso, estabilidad en los cargos de carrera, equidad retributiva y crecimiento en base a mérito. Igualmente, esta pieza legislativa contempló la creación del Instituto Nacional de Administración Pública, con la responsabilidad de «ejecución, coordinación, seguimiento y evaluación de los procesos de inducción, formación y capacitación del personal de los órganos y entidades sujetos a la presente ley, de conformidad con las políticas, planes, estrategias y programas que apruebe la Secretaría de Estado de Administración Pública» que actualmente cuenta con una diversa oferta de formación, pero que solamente versa en capacitación en materia de Administración Pública en sentido general, y no atendiendo las particularidades especiales de cada disciplina o especialización dentro de la función pública.

Esto se debe en gran parte a que la Ley 41-08, aunque reconoce el trato particular que debe tener la función pública, no toma en cuenta una realidad sobrevenida con el desarrollo de las distintas disciplinas de especialización que se dan dentro del ejercicio de la administración del Estado, como lo es la función de contratación pública, y es la necesidad de su profesionalización individual.

En un reconocimiento implícito de dicha omisión, subsecuentes esfuerzos en dirección a la profesionalización de sectores especializados de la administración pública se han dado en el escenario legislativo dominicano. Tal es el caso de la Carrera Sanitaria creada por la Ley No. 395-14 del 2 de septiembre de 2014 y la Carrera Diplomática creada por la Ley Orgánica No. 630-06 del 28 de julio de 2016 del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Servicio Exterior. La función administrativa en materia de contratación pública, por los riesgos que entraña, no es la excepción.

V.B Importancia de la contratación pública como especialización

El mercado de compras públicas representa alrededor de un 20 % del PIB de la República Dominicana. En ese sentido esta no ha sido ajena a los escándalos de corrupción suscitados en la última década respecto de cuestionados procesos de contratación pública en la región. En esa línea, ODEBRECHT marcó un antes y un después en América Latina desde la perspectiva de los controles y las garantías de transparencia que deben rodear los procesos de contratación pública. Sin embargo, la experiencia internacional desglosada en los puntos anteriores ha demostrado que la profesionalización de los servidores públicos con responsabilidades en el proceso de contratación ha logrado tanto como las medidas de transparencia y los mecanismos de consecuencias penales. Y es que los riesgos relacionados con el proceso de adquisición del Estado no se encuentran solamente en el terreno de la falta de integridad, sino también en el plano de la negligencia y el desconocimiento, que pueden significar iguales pérdidas que el robo.

Ante tal realidad, para la República Dominicana al igual que en el resto del mundo es innegable que la contratación pública es una disciplina especializada que amerita por tanto de profesionalización en su ejercicio. En efecto, como lo han indicado los estudios del Banco Mundial, «el impacto del sector de las compras públicas no es meramente económico. Cada vez más en los años recientes, las compras públicas han jugado un mayor rol social y político. Los gobiernos pueden usar su

poder adquisitivo para promover políticas sociales, industriales y medioambientales, y para catalizar un crecimiento más inclusivo»⁵⁷.

Por eso es que «con el tiempo el desarrollo de las mismas ha ido exigiendo un acercamiento multidisciplinario para poder regularlas mejor, y que de esa forma las mismas puedan cumplir con los objetivos deseados, e inclusive más, ya que hoy en día las compras públicas no solamente persiguen fines relacionados directamente con la necesidad que el bien o servicio requerido pretende satisfacer, sino la persecución de políticas públicas socioeconómicas colaterales según las prioridades definidas por el Estado»⁵⁸.

Bajo ese contexto, se necesita de una fuerza pública de trabajo capacitada, especializada y con las protecciones laborales necesarias para ejercer la función de contratación pública con el nivel que demanda la realidad del sector y los retos que presenta la disciplina.

V.C Estrategias de Profesionalización

La regulación dominicana en materia de contratación pública es relativamente reciente. Previo a la actual legislación las compras públicas se regían por la Ley No. 295 de Aprovisionamiento del Gobierno del 30 de junio de 1966 y la Ley No. 105 de 1967 sobre Concurso de Ingeniería y Arquitectura que nada contemplaban respecto de capacitación, especialización o profesionalización de los servidores públicos en materia de contratación pública y que realmente no respondían a principios modernos de libre competencia, igualdad, transparencia y criterios de evaluación. En ese sentido no es hasta el 2006, en el marco de la firma del DR-CAFTA con los Estados Unidos, que reserva todo su Capítulo 9 a la Contratación Pública, que se promulga la Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones que aproxima a la República Dominicana a las mejores prácticas internacionales en la materia, aunque

igualmente no prevé ninguna disposición que trate el necesario tema de la profesionalización de los servidores públicos con incidencia en los procesos de contratación pública.

El 27 de febrero de 2022, el Poder Ejecutivo sometió al Congreso de la República un Proyecto de Ley de Contratación Pública, en el cual se otorga a la Dirección General de Contratación Pública la facultad de «promover la capacitación y profesionalización de su personal, de las unidades operativas de contratación pública y de los comités de contrataciones públicas, sobre el Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, su funcionamiento y en la gestión de contrataciones de bienes, servicios y obras, en los niveles de formación que correspondan de acuerdo al perfil» (artículo 189.24).

Siguiendo esa línea, se establece que «los servidores y funcionarios de la Dirección General de Contrataciones Públicas serán de carrera administrativa, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Función Pública. La Dirección General de Contrataciones Públicas, junto al Ministerio de la Administración Pública, establecerá las condiciones y los criterios de formación, cargos, permanencia y los distintos niveles de profesionalización requeridos a quienes ejerzan funciones de carrera administrativa en dicho organismo» (artículo 199). En un mismo sentido, se dispone que:

...los integrantes de las Unidades Operativas de Contrataciones Públicas serán de carrera administrativa, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Función Pública. La Dirección General de Contrataciones Públicas, junto al Ministerio de la Administración Pública y las instituciones contratantes correspondientes, establecerá las condiciones y los criterios de formación para quienes ejerzan funciones en estas unidades. Párrafo I. En el procedimiento de designación de funcionarios y servidores en las Unidades Operativas de Contrataciones

57 Banco Mundial, *Ob. Cit.*

58 Peña Jiménez, Luis Ernesto, «El derecho de las compras públicas como disciplina en la era jurídica de la subespecialización», Observatorio de Contratación Pública, Universidad de Zaragoza, España, accesible en <http://www.obcp.es/opiniones/el-derecho-de-las-compras-publicas-como-disciplina-en-la-era-juridica-de-la-sub>

Públicas, se establecerá como condición obligatoria haber satisfecho los programas de capacitación en contrataciones públicas acreditados por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Párrafo II. Las evaluaciones de desempeño realizadas a los funcionarios y servidores de las Unidades Operativas de Contrataciones Públicas deberán contar con la participación de la Dirección General de Contrataciones Públicas, tanto en la elaboración de los instrumentos de evaluación como en la ejecución misma de dicha evaluación. A dichos fines será obligación de la autoridad responsable en la institución contratante realizar la coordinación correspondiente con la Dirección General de Contrataciones Públicas (Artículo 201).

Con la anterior regulación, la República Dominicana se incorporaría dentro de las mejores prácticas internacionales de la OECD, Comisión Europea y los Estados Unidos en lo que concierne a la profesionalización en materia de contratación pública, especialmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la función pública en dicho sector como una función especializada y con necesidad de protección, exceptuando consideraciones de responsabilidad personal y autoridad en la toma de decisión de dicho personal profesionalizado.

Aunque la anterior propuesta de regulación es un evidente salto en materia de profesionalización de la función pública de contratación, al mismo tiempo se abre la puerta a muchos retos y elementos para tener en cuenta de cara a la regulación de dichos preceptos que tendrá a su cargo la Dirección General de Contratación Pública junto al Ministerio de Administración Pública. Elegido el camino, el Estado debe estar dispuesto a transitarlo con todo lo que implica.

V.D Recomendaciones

La profesionalización entraña una serie de elementos que sobrepasan aquellos que tienen que ver estrictamente con formación y capacitación, y son aquellos que guardan relación con la protección del estatus laboral del servidor público, y los que

tienen que ver con su autoridad de decisión y la responsabilidad que debe necesariamente acompañar ese poder.

Como hemos dicho anteriormente, para que sea eficaz, la profesión de la contratación pública también debe contar con el nivel de autoridad y autonomía suficiente para proteger el sistema de influencias indebidas y con el nivel de responsabilidad necesario para que rinda cuentas individualmente, capacidad que actualmente detenta el Comité de Compras. Se hace necesario otorgar poder real de decisión a las unidades de compra y dotar de las protecciones necesarias a la carrera de contratación pública para que el Estado no desperdicie recursos en un proceso de formación a gran escala y que en un eventual cambio de mando estas personas se vean relevadas. El proyecto de ley conecta la función en materia de contratación pública a la figura de carrera administrativa de la Ley 41-08, lo cual puede no resultar suficiente y no responder con los requerimientos internacionales de experiencia laboral progresiva, certificación y crecimiento en base a mérito en posiciones de adquisición gubernamental.

Finalmente, es importante tener en cuenta la realidad actual de cómo opera la sinergia entre los departamentos legales, los Comité de Compras y las unidades técnicas de compras de las entidades públicas contratantes. En ese sentido, sería positivo explorar la posibilidad de incluir en los programas obligatorios de formación o certificación en materia de contratación pública a personal de las direcciones legales y del Comité de Compras, de modo que toda la estructura administrativa con voz dentro del proceso de contratación sea especializada.

VI. Conclusión

A medida que los gobiernos tratan de abordar el despilfarro, la corrupción y la ineficacia de sus sistemas de contratación pública, la profesionalización debe ser un componente central de sus esfuerzos de reforma. Al confiar a los profesionales de la contratación pública mayores niveles de autoridad y responsabilidad, los países pueden lograr niveles aún mayores de transparencia, responsabilidad y eficiencia en sus procesos de

contratación pública y reconstruir lentamente la confianza de la sociedad. Los gobiernos pueden dudar en delegar niveles tan altos de autoridad y autonomía a empleados de bajo nivel por miedo a la corrupción; sin embargo, esto puede mitigarse con la disuasión de la responsabilidad personal y los incentivos de la estabilidad laboral y el crecimiento profesional. También pueden instituirse niveles de revisión y supervisión independientes para complementar las medidas de profesionalización.

Los gobiernos también pueden adoptar un enfoque más gradual de la profesionalización que incorpore las mejores prácticas de EE.UU., la OCDE y las orientaciones de la Comisión de la UE mediante programas piloto y otros esfuerzos a pequeña escala. Sin embargo, es preocupante que ni siquiera la profesionalización a pequeña escala se haya adoptado en la mayoría de los países. Dado que la reforma de la contratación pública sigue estando vinculada a los esfuerzos de lucha contra la corrupción, debería hacerse mayor hincapié en la profesionalización en la literatura anticorrupción y en los planes de reforma para invertir esta tendencia.

Felizmente, la República Dominicana con el proyecto de modificación de su Ley de Contratación Pública que se encuentra actualmente sometido al Congreso, se propone inscribirse en el listado de países que han optado de manera expresa por elegir la profesionalización de la función administrativa en contratación pública como mecanismo de lucha contra la corrupción y de lograr obtener valor por dinero que con la debida regulación e implementación de las mejores prácticas internacionales en la materia, puede lograr significativas mejoras en el desarrollo de sus procesos de contratación pública y en el logro de sus fines.

Referencias

Anderson, Robert D., Jones, Alison y Kovacic, William E., «Prevención de la corrupción, la colusión de proveedores y la corrosión de la confianza cívica: Un programa procompetitivo para mejorar la eficacia y la legitimidad de la contratación pública», *George Mason Law Review*, 2019.

Aylin Kadriye, Tansel, «Corrupción en la Contratación Pública», p. 36, citando el Reporte de la OECD sobre Sobornos en el Extranjero (OCDE, 2014).

Banco Mundial, Comparando Referencias de Sistemas de Contratación Pública, accesible en <https://bpp.worldbank.org/en/BPP-data>.

Chile, Artículo 5 bis del Decreto Supremo No. 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley No. 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios del 11 de julio de 2003.

Construyendo una Arquitectura para la Profesionalización de las Compras Públicas, Comisión Europea, 2017, accesible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fe2a634-bd85-11e9-9d01-01aa75ed71a1>

Evetts, Julia «El Análisis Sociológico del Profesionalismo», *Revista de Sociología Internacional*, Junio de 2003, Volumen 18(2)

García Durán, Juan Carlos, «La profesionalización de las personas servidoras públicas que participan en los procedimientos de contratación pública, un primer paso para prevenir la corrupción», *Revista de Administración Pública*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México.

Gordon, Daniel I., Protección de la integridad del sistema federal de adquisiciones de EE. UU.: Reglas de conflicto de intereses y aspectos del sistema que ayudan a reducir la corrupción, la corrupción y los conflictos de intereses, un enfoque de derecho comparado, Editado por Jean-Bernard Auby, Emmanuel Breen y Thomas Perroud) 2014.

Guía del proceso de certificación de competencias de los usuarios del sistema de compras y contratación pública de Chile, Resolución exenta No. 622-B, Santiago, 13 de septiembre del 2021.

Hughes, E.C., *El Hombre y su Trabajo*, Free Press, 1958 New York: Free Press.

Nagle, James F., *una Historia de Contratación Pública*, The George Washington University, Washington, D.C., 1992.

OECD, *Metodología para la evaluación de los sistemas de adquisición (MAPS)*, accesible en https://www.oecd.org/gov/public-procurement/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf

OCDE, «Promoviendo la Eficiencia por medio de la centralización y la profesionalización», *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*, Éditions OCDE, París, 2018.

Peña Jiménez, Luis Ernesto, «El derecho de las compras públicas como disciplina en la era jurídica de la sub-especialización», *Observatorio de Contratación Pública*, Universidad de Zaragoza, España, accesible en <http://www.obcp.es/opiniones/el-derecho-de-las-compras-publicas-como-disciplina-en-la-era-juridica-de-la-sub>

Smydra, Rachel V, Mysen, Katie y Lieder Jostock, Katie, «Educando a los educadores: Implementación de programas de certificación de enseñanza en línea de calidad», *Revista Michigan Academician*, No. 45, 2018.

Thai, Khi Vi, «La Contratación Pública Re-examinada», *Revista de Contrataciones Públicas*, Volumen 1, Número 1.

Yukins, Christopher y Schooner, Steven, «Comentario sobre la fuerza laboral de adquisición», 2005, <https://papers.ssrn.com/abstract=719685>

Las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo: imposibilidad jurídica de la pretensión vs. sustracción de la materia

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca*

Recibido: 19 de abril de 2022 - Aceptado: 12 de junio de 2022

Resumen

El concepto jurídico de la «improcedencia», a menudo es empleado en el ámbito del Derecho Procesal, no sólo a nivel teórico, sino, sobre todo, en el plano de la práctica jurídica, pues constituye un instrumento de mucha utilidad para los jueces ya que permite el control o filtro de las pretensiones que deben, conforme a ley y a la Constitución, ser discutidas en sede jurisdiccional y, por tanto, poner en movimiento todo el aparato del Estado para su atención, por lo que, es necesario su adecuado estudio y empleo; sin embargo, no existe mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo. Este trabajo ofrece importantes reflexiones sobre dicho concepto, al tiempo que aborda las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo, dentro de los cuales se analizan dos de las mismas (esto es, la imposibilidad jurídica y la sustracción de la materia) a propósito de la revisión de un caso particular. El objetivo de este artículo es aportar al desarrollo doctrinal de la improcedencia y de sus causales, para su debido manejo. Para tal cometido, nos hemos servido del análisis de doctrina, interpretación de normas y revisión de jurisprudencia. En suma, a través de este espacio de estudio cavilaremos sobre la naturaleza jurídica conceptual de la improcedencia, así como de las dos referidas causales de improcedencia, para evitar su uso indebido o confusión (lo que, precisamente, se aprecia en el caso de la jurisprudencia que se revisó), de manera tal que, se aportará tanto a su clarificación conceptual, así como a su idónea utilización en la praxis jurídica.

Palabras clave: Alteridad conceptual jurídica, improcedencia, imposibilidad jurídica, sustracción de la materia.

* Posdoctorando por la Universidad de Bolonia de Italia. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno – Perú. Estudios y candidato a magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario de la Argentina. Abogado y estudios de Segunda Especialización en Función jurisdiccional y procesal por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la misma universidad. Docente ordinario en pre y posgrado en dicha casa de estudios. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Perú. Correo personal: jhon_new18@hotmail.com / Correo institucional: jscastilla@unap.edu.pe

CÓMO CITAR: Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang, (2022). *Las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo: imposibilidad jurídica de la pretensión vs. sustracción de la materia*, Iuris Forum, N.º 3, enero-junio 2022, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 46-64 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

Abstract

The legal concept of “inadmissibility” is often used in the field of Procedural Law, not only at a theoretical level, but, and above all, at the level of legal practice, since it constitutes a very useful instrument for judges. , since it allows the control or filter of the claims that must, in accordance with the law and the Constitution, be discussed in the jurisdictional venue and, therefore, set in motion the entire State apparatus for its attention, for which, it is necessary its adequate study and employment; however, there is no further doctrinal and jurisprudential development on it. This work offers important reflections on this concept, while addressing the causes of inadmissibility in the contentious-administrative process, within which two of them are analyzed (that is, the legal impossibility and the subtraction of the matter) in relation to review of a particular case. The objective of this article is to contribute to the doctrinal development of inadmissibility and its causes, for its proper management. For this purpose, we have used the analysis of doctrine, interpretation of regulations and review of jurisprudence. In short, through this study space we will reflect on the conceptual legal nature of the inadmissibility, as well as the two mentioned causes of inadmissibility, to avoid its improper use or confusion (which, precisely, is appreciated in the case of the jurisprudence that was reviewed), in such a way that it will contribute both to its conceptual clarification, as well as to its suitable use in legal praxis.

Keywords: *Legal conceptual alterity, inappropriateness, legal impossibility, subtraction of the matter.*

I. Fijación temática

Con motivo de revisión de la Casación N.º 16742-Cusco, en el presente trabajo efectuamos el análisis sobre un concepto que si bien no ha tenido mayor desarrollo doctrinario, es de uso muy recurrente en la praxis jurídica (más en estricto, en la judicial), por no decir cotidiano, nos referimos a la «improcedencia», respecto de la cual deseamos hacer algún alcance, a la par, de abordar las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo y hacer el estudio de si las mismas son (y, consecuentemente, pueden ser así declaradas) excluyentes entre sí o si, por el contrario, pueden ser simultáneas.

Las relaciones sociales hoy más que nunca son prolíficas (por el avance tecnológico) y se muestran en una infinidad de variantes y matices, por lo que se han incrementado también los múltiples supuestos de conflictos de intereses. De esto se siguen dos cosas: primero, que el instrumento mediante el cual se componen tales conflictos debe ser idóneo y debidamente manejado (se debe tener un conocimiento técnico y debido de dicho instrumento para no incurrir en errores); y, en segundo orden, no se puede perder tiempo en vano o tramitarse causas en sede jurisdiccional de manera irregular, de tal suerte que se termine

retrotrayendo un proceso a un estado anterior o, peor aún, incitar u obligar a las instancias superiores a que emitan pronunciamientos saltándose (o relativizándose) una serie de, no sólo conceptos jurídicos y formalidades, sino incluso derechos y garantías jurídicas procesales y sustantivas, con la consiguiente mengua en la imagen de la profesión del derecho (así como de sí mismo, como rama del conocimiento). El tiempo es tan precioso que se debe procurar pues ser infalible, eficiente y eficaz.

No todo conflicto, y con ello toda pretensión, puede ser de atención por el órgano jurisdiccional, existe pues un filtro, el cual es el juicio de calificación de la demanda, para poder determinar qué causas corresponden ser ventiladas en dicha sede. Pero tal actividad jurídica procesal está orientada por la normatividad jurídica procesal (así como de la dogmática jurídica procesal, además de la jurisprudencia). Estas pautas, además de otras, lo constituyen, precisamente, las causales de improcedencia del proceso.

II. La alteridad conceptual jurídica: conceptos jurídicos positivos y negativos

En el derecho, en general, nos encontramos con un montón de conceptos, lo que por cierto no es

raro, porque aquel es fenómeno lingüístico. Estos son los denominados conceptos jurídicos. Pero hay varios tipos de estos conceptos, de ahí que existan varias clases de los mismos, como: los conceptos jurídicos determinados e indeterminados¹; o los conceptos jurídicos fundamentales y lógico-jurídicos²; o, desde una perspectiva más amplia, los que se clasifican en conceptos jurídicos desde el punto de vista de los objetos a que se refieren (donde se ubica a los conceptos lógico-jurídicos y los ontológico-jurídicos, y estos últimos, a su vez, se subclasifican en: conceptos situacionales, relacionales o imputativos, predicativos o determinantes y substantivos), desde el punto de vista de su extensión (que considera a los conceptos singulares, plurales y universales), desde el punto de vista de su contenido (en el cual se ubican a los conceptos simples y compuestos) y desde el punto de vista de sus relaciones recíprocas (o desde el punto de vista lógico que considera a los conceptos de dependencia o independencia, de compatibilidad o incompatibilidad, de coordinación, y de supra o subordinación)³; entre otras clasificaciones que se hacen de los mismos. Evidentemente, el Derecho se vale de estos para construir su bagaje o acervo.

A propósito de lo dicho, es muy frecuente toparnos con conceptos que describen fenómenos jurídicos que tienen sentidos conceptuales opuestos que, sin embargo, son implicantes. Así, por ejemplo, para describir si un acto o negocio jurídico está bien (o debida o regularmente) conformado en cuanto a su estructura, se emplea el concepto de la validez; empero, si este no está debidamente construido, a fuerza (o necesariamente) se requiere de un concepto que indique tal situación, por lo que, en contraposición, se recurre al concepto de la invalidez. Ahora bien, si miramos detenidamente, notaremos que, además de referirse a un mismo fenómeno jurídico, los mismos son necesarios

mutuamente para poder diferenciarlos el uno del otro, precisamente, porque se refieren a un mismo fenómeno jurídico. Lo propio ocurre con expresiones como eficacia-ineficacia, existencia-inexistencia. Debemos precisar que, nos referimos a «conceptos» y no dijimos «palabras» o «expresión», pues hay otros casos en que no se emplea la expresión opuesta sino una negativa o negación de la palabra, verbigracia, vigencia-sin vigencia o vigente-no vigente o, incluso, hay términos que no tienen nada que ver (nos referimos a sus signos) con la expresión que se niega o a la que es opuesta, como subjetivo-objetivo, forma-fondo, entre otros.

De esto último, deseamos aclarar también que, a veces, se usan términos que son antónimos, propios del lenguaje común y, en otras ocasiones, se usan términos jurídicos, es decir, palabras que tienen una significación particular en el derecho, creadas en este.

Por eso, nos parece atinado referimos a conceptos, el sentido o significado que quiere denotar las expresiones y no a palabras (expresiones o términos).

De igual forma, pasa en el derecho procesal en general o Teoría General del Proceso, con conceptos como forma-fondo, sustantivo-procesal, etc.

Pero esto, ¿qué quiere decir? Creemos que obedece no sólo a que el derecho es un fenómeno lingüístico, sino también a que en el derecho podemos identificar, además de los otros ya advertidos, conceptos jurídicos positivos y conceptos jurídicos negativos. Esto es usual, no hay duda alguna.

Entendemos por conceptos jurídicos positivos a aquellos que designan la situación de normalidad o regularidad de un determinado fenómeno jurídico. Ahora bien, con relación a este tipo de concepto

1 Véase al respecto: Tamayo Yáñez, Sergio, *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*. Lima - Perú: Ara Editores, 2009, pp. 40 y ss.

2 Vid: Didier JR., Fredie, *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Lima - Perú: Raguél Ediciones, 2015, pp. 57 y ss.

3 García Máynez, Eduardo, *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 88-137.

jurídico es necesario hacer una precisión. Nosotros nos referimos a conceptos «jurídicos positivos», en el sentido indicado y no al concepto «jurídico-positivo» (compuesto) tratado por el profesor Didier Jr., el cual es concebido en el sentido de su positividad, es decir, aquellos conceptos que son generados o contruidos a partir de la observación de un determinado ordenamiento jurídico (realidad normativa), por lo que se trata entonces de conceptos a posteriori, puesto que estos son aprehendidos con posterioridad al conocimiento de un derecho positivo dado⁴.

Por el contrario, comprendemos por conceptos jurídicos negativos aquellos que significan la situación de anormalidad o irregularidad de tal determinado fenómeno jurídico.

Esto ayuda bastante (pues orienta, cuando no organiza) a la actividad jurídica, en general, y a la actividad jurídica procesal, en particular. Es sabido que, al margen de que la norma jurídica sea la única o más importante entidad jurídica que se trabajó, no se puede negar la importancia de los conceptos jurídicos, pues los mismos permiten una debida comprensión de lo que se regula en las normas jurídicas.

Siempre hemos sostenido que las normas jurídicas podrían compararse con relación a un aspecto de la teoría de los conjuntos, en la que podemos ver que las fórmulas de los conjuntos se pueden expresar por comprensión y por extensión, siendo la norma jurídica la que se expresaría por comprensión y la doctrina o dogmática por extensión. Las leyes expresan el derecho de forma sintética o resumida o precisa (comprensión), en cambio, la doctrina desarrolla las instituciones, figuras y categorías jurídicas (que, por lo demás, aparecen en el entero ordenamiento jurídico diseminadas) de forma amplia y extendida (por extensión).

III. La Improcedencia

Conforme se ha visto, es decir, los conceptos jurídicos positivos y negativos, la improcedencia es un concepto jurídico negativo, ya que describe una situación jurídica procesal irregular o de anormalidad drástica, ora de la relación jurídica procesal ora de la validez del proceso (y con ello de los actos procesales), pues a diferencia de los conceptos positivos de procedencia o admisibilidad que sindicarían un mismo sentido conceptual y magnitud de normalidad o regularidad, por el contrario, no serían equiparables los conceptos de improcedencia e inadmisibilidad⁵. Así, se dice que si bien positivamente utilizadas ambas expresiones (procedencia y admisibilidad) operan, en atención a los escasos supuestos que ofrece el ordenamiento, como sinónimos (por ejemplo, decir se admite la demanda o se declara procedente el recurso de casación, es declarar válido, hasta ese momento, el procedimiento al que han dado lugar cada uno de aquellos pedidos y encaminarlo hacia su desenlace regular: el pronunciamiento sobre el fondo); sin embargo, en el plano opuesto, la improcedencia e inadmisibilidad poseen significados distintos, ya que, el primero, sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable y, en consecuencia, al igual de lo que sucede con la infundabilidad, pone fin al procedimiento; en cambio, con la inadmisibilidad el juez ex officio o a pedido de parte expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir con el procedimiento, otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que la situación es subsanable. Aunque, de hecho, esto genera dos escenarios posibles, los cuales son: que se produzca la subsanación, en cuyo supuesto habrá nacido en el juez el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión; en sentido opuesto, agotada la oportunidad para sanear el vicio identificado con la declaración de inadmisibilidad, en razón del principio procedimental

4 Didier JR., Fredie, *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*, 54.

5 Carnelutti entendía a la inadmisibilidad (que denotaba imperfección o irregularidad en un acto procesal) como un tipo de ineficacia que se limitaba al acto mismo, sin comunicarse a los actos sucesivos (del procedimiento). Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*. V. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 530.

de preclusión que gobierna el ordenamiento procesal nativo, la cuestión habrá de concluirse con un pronunciamiento de improcedencia, pues lo subsanable se habrá convertido en insubsanable⁶.

Como se habrá podido advertir, entonces, la improcedencia tiene que ver con la imposibilidad de poder tramitar o admitir a trámite una demanda para su cognición o sustanciación, atendiendo al juicio de calificación que hace el juez sobre la validez de dicho acto jurídico procesal. Se explica que un acto procesal válido es el que, por haberse realizado con sujeción a las normas aplicables al mismo, produce en el proceso el efecto pretendido por su autor; el que no tiene vicio⁷ alguno capaz de mermar o impedir la eficacia que la ley le atribuye. Asimismo, los actos procesales pueden estar afectados por algún vicio que los invalide, siendo que tal invalidez puede ser más o menos rigurosa⁸. En efecto, como se ha dicho a nivel nacional, el legislador ha impuesto al juez la posibilidad de efectuar tres juicios durante el proceso, que son el de admisibilidad, de procedibilidad y de fundabilidad⁹: el primero se da en la etapa postulatoria, cuando se realiza la actividad jurídica procesal¹⁰ de calificación de la demanda, el segundo, en la etapa de saneamiento procesal y, aún más, puede existir un tercer momento, que es la etapa de la emisión de la sentencia (etapa decisoria), en la cual también se realiza esa actividad de calificación de los requisitos de validez de los actos procesales, la cual ha recibido el nombre de sentencia inhibitoria (aunque es muy cuestionado, llegándose a sostener incluso su inconstitucionalidad), empero existe o se da.

En suma, entonces, la improcedencia es un concepto jurídico procesal negativo, el cual le permite al juez comprender y realizar una cierta

actividad jurídica procesal, consistente en efectuar un juicio de calificación de validez de los actos jurídicos procesales o de la relación jurídica procesal.

Debemos precisar que, además de lo dicho, ponemos énfasis en señalar que se trata de un concepto (en buena cuenta, una categoría conceptual -evidentemente, jurídica-), para notar que se trata de un concepto de Teoría General del Proceso, ergo transversal u observable en todas las ramas procesales, en consecuencia, también aplicable en el proceso contencioso-administrativo.

IV. Las causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo

4.1. Breve precisión sobre la «causal»

La palabra «causal» reconduce o remite a la palabra «causa», la cual quiere decir o significa razón o motivo por el cual se produce algo o denota la causa real o lógica de una acción. En términos muy generales, diríamos que se hace mención a la causa de una determinada consecuencia.

Debemos apuntar que, dicho concepto no es empleado, tal cual, en el derecho en general ni en el derecho procesal. Hay pues, una traducción jurídica -por así decirlo- de dicha palabra para ser empleada en lo jurídico.

Es cierto, se debe tener cuidado con tal palabra, pues tal relación de causalidad no es la misma en el derecho que en la naturaleza, es decir, no se da de la misma manera la ley jurídica (regla de derecho) que la ley natural. Ésta última describe la fórmula: si A es, B es (o será); en cambio, la ley jurídica (que es una norma, por tanto redactada en lenguaje prescriptivo), establece: si A es, debe ser B. Corolario de lo expuesto es que, el principio de

6 Monrroy Palacios, Juan José, «Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano», en *Revista Oficial del Poder Judicial* N.º 1, Lima: enero del 2007, p. 302.

7 No está de más recordar que al defecto de un requisito se llama vicio del acto. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, p. 457.

8 De Pina, Rafael y José Castillo Larránaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 236.

9 Ticona Postigo, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*. Lima - Perú: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 424.

10 Pues consideramos que en el proceso no solo existen actos procesales, sino que también -e, incluso, antes bien- existe actividad jurídica procesal. Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang, «Las vías en el proceso contencioso administrativo - Pautas para determinar la vía a elegir en el proceso contencioso administrativo, atendiendo a las pretensiones planteadas; ¿Qué vía corresponde, especial o urgente?», en *Actualidad Jurídica*, N.º 244, Lima: marzo del 2014, pp. 139 y ss.

acuerdo con el cual la ciencia natural describe su objeto, es el de la causalidad (que vincula causa y efecto); y, el principio según el cual la ciencia del derecho describe el suyo, es el de normatividad¹¹ o, mejor dicho, de imputación (que vincula condición y consecuencia).

De tal suerte que, en el derecho procesal y a menudo, se hace de la expresión «causal», que denota, jurídicamente, a los motivos o razones («condiciones») por los cuales se puede realizar o no realizar algo (o ciertas «consecuencias jurídicas») en el mundo jurídico procesal y, en el caso de la improcedencia, a los supuestos en los cuales no se admite a trámite, de modo tal que dado el supuesto de improcedencia («X») no debe darse la admisión («Y») a trámite.

La ley ha establecido varios supuestos en los que no se puede ventilar dentro de un proceso contencioso administrativo regularmente alguna pretensión que se desee reclamar, a estos supuestos se les denomina «causales de improcedencia».

Como se dijo, la improcedencia versa sobre la invalidez, ya del proceso ya de la relación jurídica procesal que permita, luego, pronunciarse sobre el asunto de fondo; esto es, sobre el derecho o interés legítimo del administrado.

De este modo, la improcedencia, se muestra también como un mecanismo de protección de la formalidad del proceso¹². Sobre esto se ha señalado que podrían existir hasta tres sistemas: el sistema de la libertad de las formas procesales (se deja a aquellos que aspiran obtener una providencia jurisdiccional en libertad de dirigirse al juez en la forma que considerasen más oportuna y persuasiva, sin necesidad de tener que seguir un orden y modos preestablecidos); el sistema de la legalidad de las formas procesales (según el cual las

actividades que conduce al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que, a juicio discrecional de los interesados, puede parecer más apropiado al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley -esto es, el derecho procesal- ha establecido de una vez para siempre); y, por último, el sistema de la disciplina judicial de las formas procesales (según el cual las formas procesales no se dejarían al arbitrio de las partes sin regulación, sino que estarían sujetas en todo procedimiento a las reglas específicas fijadas, caso por caso, por el mismo juez ante el cual el proceso se inicia)¹³.

4.2. Causales de improcedencia en el proceso contencioso administrativo

Los supuestos de hecho en los que la norma procesal -conforme al artículo 22 del T.U.O. de la Ley 27584- del proceso contencioso-administrativo no admite a trámite la pretensión procesal, según se trate de vicios de validez del proceso o de la relación jurídica procesal, son los siguientes.

4.2.1. Inimpugnabilidad de la actuación administrativa

Se debe recordar en este punto que la administración pública realiza una serie de actuaciones, mediante las cuales manifiesta voluntad pública, ello para cumplir con sus fines y cometidos, las cuales reciben el nombre de actuación administrativa, la misma que constituye toda actividad realizada por las autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, no todas esas actuaciones que realiza la administración se pueden calificar de «actividad administrativa» y, por tanto, no toda la actividad de la administración está sometida a esa jurisdicción especial del proceso contencioso-administrativo. Se explica que, la administración,

11 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 54.

12 Alsina decía que las formas en el proceso tienen que ver tanto con la manifestación o modo de exteriorización de la voluntad, como con el conjunto de actos que se requieren para la validez de otro acto procesal, además de con la colocación del acto en el curso del proceso, siendo que en este caso la forma se refiere a la ordenación del procedimiento mismo. Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte General*. V. I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1956, pp. 615-616.

13 Calamandrei, Piero. «Derecho Procesal Civil», en Biblioteca Jurídica Virtual, 08-08-2007. Recuperado de: <file:///G:/%C2%A0derecho%20procesal/DER.%20PROC.%20CIVIL.%20CALAMANDREI..pdf>, p. 275-277.

además de realizar la actividad administrativa que resulta del ejercicio de la función administrativa, regida por el derecho administrativo, y que origina actos, hechos y relaciones jurídico-administrativos, realiza otras tantas actividades que si bien son de interés público, ellas no están sometidas al derecho administrativo y que escapan del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, como puede ser el caso de actividades que están sometidas al derecho privado y entran bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria (como son los contratos de derecho privado que realiza la administración y cuyo conocimiento pertenece a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sea civil, mercantil o del trabajo), así como las actividades sometidas al derecho privado que realiza la administración por intermedio de sus empresas públicas; de lo cual, se concluye que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se circunscribe a los litigios en que la administración sea parte, originados por sus actos administrativos o por su actividad administrativa¹⁴.

Por lo indicado, resulta útil para comprender mejor esta causal, es conveniente señalar algunos aspectos propios de la actuación administrativa.

En primer lugar, la misma constituye una manifestación del poder público, del poder estatal, por lo que, *prima facie* (y en plena concordancia con la teoría de la división de poderes) se está en una situación jurídica de sujeción con respecto a la misma, ergo hay un deber de observancia o cumplimiento con aquella. Esto es que, todos tenemos que cumplir y obedecer cualquier actuación administrativa, en tanto manifestación del poder del Estado. Empero, cada vez que nos relacionamos con el Estado pueden ocurrir circunstancias o darse situaciones que afecten nuestros intereses legítimos o derechos como administrados y, en consecuencia, es factible cuestionar la actuación

administrativa que se vea involucrada. Aquí se pueden citar los principios de ejecutoriedad de la actuación administrativa o legalidad administrativa.

En segundo lugar, se trata de un tema de seguridad jurídica, en cuanto a que debe existir un mínimo de protección o estabilidad de las actuaciones del Estado, de lo contrario no sería posible realizar ningún tipo de acto o cumplir ningún fin del Estado.

En tercer orden, podemos señalar que hay actuaciones del Estado que pueden cuestionarse a través de otros vías o mecanismos procesales, como son los procesos constitucionales (como el hábeas data, cumplimiento o amparo, etc.) o los procesos laborales (en el caso de algún trabajador del Estado bajo el régimen laboral privado).

Entonces, estamos ante este supuesto cuando se pretende impugnar una actuación administrativa que la ley no autoriza a su cuestionamiento jurisdiccional, entre otras, por las razones indicadas en el párrafo precedente. Nótese, a este respecto, que dijimos que la ley no autorice y no dijimos que el T.U.O. de la Ley N.º 27584 no autorice, con lo cual pretendemos hacer referencia a un alcance o autorización normativa mayor a la de este último cuerpo normativo, por lo que veremos enseguida.

Según el artículo 22 inciso 1 del T.U.O. de la Ley 27584, la demanda será declarada improcedente, si es que la misma es interpuesta contra una actuación administrativa que no esté contemplada en el artículo 4 del precitado cuerpo normativo; de ahí que hayamos sostenido la existencia del «principio de predeterminación de la actuación impugnada» como un principio implícito del proceso contencioso administrativo¹⁵. No obstante, sirva este espacio para aclarar que cuando nosotros nos referimos a este principio, de ninguna manera sindicamos que el mismo se encuentre anclado al listado del mencionado artículo 4, sino al ordenamiento

14 Antes bien de hacer cita de la fuente, conviene precisar que, el autor hace referencia a «actividad administrativa» en lugar de actuación administrativa, empero ambos conceptos son equivalentes. Brewer Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo - Derecho Público en Iberoamérica - La Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. VI. Caracas - Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 2013, pp. 31-32.

15 Castilla ColquehuancA, Jhoni Shang . «Principios del Proceso Contencioso Administrativo. En: Administración Pública & Control». *Gaceta Jurídica*, Número 26, edición febrero del año 2016.

jurídico administrativo sustantivo y procesal, en primer orden, y al ordenamiento jurídico en general, en segundo orden; esto debido a que el derecho administrativo es parte del mismo, siendo que en tal ordenamiento jurídico, según vimos hay otras normas (como las procesales constitucionales o civiles, entre otros) que, eventualmente, pueden referirse a ciertas actuaciones administrativas que no pueden ser cuestionadas de manera directa por el proceso contencioso administrativo, como sería pretender cuestionar la potestad normativa o reglamentativa de la administración pública, lo que le corresponde, verbigracia, al proceso de acción popular.

Hacemos esta precisión, en la medida en que, si revisamos dicho cuerpo normativo, esto es, los artículos 4 (segundo párrafo) y 22 inciso 1, y hacemos una interpretación sistemática y literal de ambas disposiciones normativas, ciertamente, podemos concluir prima facie, que sólo se pueden impugnar las actuaciones previstas en dicho artículo 22; sin embargo, en la doctrina ya existe pronunciamiento en el sentido de comprender que el precitado artículo no constituye un norma de numerus clausus sino una de numerus apertus, o sea, que las actuaciones allí señaladas no es un catálogo cerrado sino que se debe comprender a otras posibles actuaciones de la administración pública. Es postura, por ejemplo, de Guerrero quien sostiene que dicha disposición normativa establece una relación enunciativa (ilustrativa), más no debe entenderse como un listado cerrado, pues de lo contrario no sería coherente con su primer párrafo¹⁶ A mayor detalle sobre dicha norma, bajo la misma postura, Huapaya señala que, según la experiencia normativa comparada (como son: España, Argentina y Portugal, respectivamente), existirían tres sistemas: uno de lista rígida, otro de lista flexible y uno el de cláusula general; siendo que el legislador peruano tuvo la opción de elegir entre uno de ellos, habiendo escogido el sistema de lista flexible¹⁷.

4.2.2. Prescripción

Para nosotros, en atención a la doctrina procesal contemporánea, queda claro que la prescripción opera respecto de la situación jurídica habilitante para que una determinada persona pueda recurrir al órgano jurisdiccional a solicitar la tutela jurisdiccional de una particular o puntual situación jurídica concreta que le es conflictiva, más no de la acción, ya que este último concepto es un derecho subjetivo independiente (existe con independencia del proceso), anterior al proceso (preprocesal), de carácter subjetivo-público (es un derecho otorgado a toda persona, reconocido y garantizado por el Estado), por lo que, es una categoría jurídica de proyección procesal que le corresponde a todo ciudadano o, más aún, a todo sujeto de derecho, siempre que se encuentre en una situación conflictiva, pues, de ocurrir lo contrario, esto es, si prescribiera la acción como tal, querría decir ello que ya no podría accionar quien pretendiera demandar (en cuyo desfavor operó la figura jurídica de la prescripción) en lo posterior, por ello es menester ubicar los conceptos en su lugar o ser más cuidadosos en su uso o empleo, puesto que si bien se mira lo que prescribe es la oportunidad que se tiene para poder reclamar tal o cual pedido (pretensión) en un determinado lapso, sin embargo no se actúa; empero, no prescribe el derecho de acción que nos acompaña aún antes de que nazcamos (piénsese en los alimentos que puede solicitar la madre para el concebido), durante nuestra existencia y hasta la muerte, donde realmente se pone fin a la persona y con ello a la esfera jurídica y todo lo que en ella está contenida.

Con tal atinencia, en el inciso 2 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley 27584 se prescribe que no procederá la demanda si la misma es interpuesta fuera de los plazos señalados por esta misma ley, es decir, se trata de una norma remisiva, puesto que para comprenderla debemos remitirnos a otra norma. Pues bien, tal norma es el artículo 18 del citado cuerpo normativo, donde se establecen los

16 Guerrero, Víctor Anacleto. *Proceso Contencioso Administrativo*. Perú: Grupo Editorial Lex & Iuris, 2016, p. 119.

17 Huapaya Tapia, Ramón Alberto, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Perú: Jurista Editores, 2006, p. 519.

plazos para poder incoar este tipo de proceso, que son los siguientes: tres meses (ojo que dice meses, lo quiere decir que se computa en días calendario y no días hábiles) contados desde que se toma conocimiento (se entiende por cualquier medio) o se es notificado con la actuación que se pretende impugnar (es decir, hay un medio de notificación empleado por la entidad administrativa con la que se tiene el conflicto o afectación del derecho o interés legítimo), o cualquiera de las dos situaciones que ocurra primero, ello para el caso de las pretensiones de nulidad (total o parcial) o ineficacia de los actos administrativos (previstas en el inciso 1 de referido T.U.O.).

En este segundo supuesto, que es cuando se autoriza a la entidad administrativa a entablar proceso contencioso administrativo, se deben manejar dos plazos, aunque en un orden subsidiario, en primer lugar, los plazos de tres años (plazo de LEY 27444), conforme al T.U.O. de la Ley N.º 27444, digamos ello como regla general y, en segundo lugar, el plazo que se puede haber establecido en alguna disposición legal, pues es sabido que el entramado de la administración pública es compleja, por lo que, puede existir alguna normativa especial que haya establecido un plazo particular¹⁸; en caso de silencio administrativo negativo, el plazo establecido en el artículo 188.5 del artículo 188 de la Ley N.º 27444 (en cuyo T.U.O. se encuentra en el artículo 199.4); en cuanto a la inercia o cualquier otra omisión distinta del silencio administrativo negativo, se señala que no hay plazo; en el caso del silencio administrativo positivo, el plazo establecido previsto, se debe entender, por el T.U.O. de la Ley N.º 27444 o por normas especiales (aquí nos remitimos a lo expresado líneas atrás para el caso de cuando la entidad administrativa es la parte demandante, pues muy bien se puede aplicar el mismo razonamiento), y para el caso de

la intervención del tercero legitimado se señala el plazo de tres meses; en el caso de que se pretenda impugnar actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo, el plazo es de tres meses, computado a partir del día siguiente en que se tomó conocimiento de la misma; en el caso de terceros al procedimiento administrativo que hayan sido afectados con la actuación impugnada, los plazos a que se refieren son contados desde que dicho tercero tome conocimiento de dichas actuaciones.

La segunda parte del inciso 2 del artículo 22 que estamos comentando, nos presenta un espacio de reflexión, al señalar que, el vencimiento del plazo para plantear pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con relación a la misma actuación impugnada. La norma se refiere a la expresión «proceso judicial», pero ello con relación a la expresión misma, no dice proceso contencioso-administrativo, lo cual, muy bien, nos puede llevar a al juego interpretativo. Esta disposición normativa puede ser entendida en un sentido restringido o estricto o en un sentido amplio o flexible. Si se quiere ser riguroso, decantaremos por el primer sentido y sostener que, una vez que opera la caducidad, pues la norma habla de caducidad, ya no sería posible incoar ninguna clase de proceso, puesto que la expresión «proceso judicial» comprende a todos los procesos que se tramitan en el poder judicial (como son los laborales y los constitucionales); o, en el segundo sentido indicado, puede hacerse una interpretación más flexible y decir que con ella se ha querido hacer referencia sólo a los procesos judiciales contenciosos-administrativos, ya que, a diferencia de otros ámbitos conflictivos, en sede administrativa sí hay toda una vía administrativa (previa y necesaria, por virtud de la «autotutela» administrativa) para poder dar tratamiento al conflicto administrativo, antes de recurrir al órgano jurisdiccional.

18 Sin perjuicio de lo indicado, consideramos que este parte del inciso del artículo *in comento*, puede llegar a traer inconvenientes, ya que a primera vista podría sostenerse que no se tiene en claro que quiere decir «disposición legal», ya que podrían surgir, al menos, dos opciones: la primera, si se quiere decir una norma con rango de ley, o sea, una ley ordinaria, por consiguiente, se aplicaría un plazo distinto al señalado en el T.U.O. de la Ley N.º 27444, siempre y cuando dicho plazo se haya establecido en una norma con rango de ley; o, la segunda opción, sería comprender que con tal expresión normativa se hace referencia todo tipo de normas que no necesariamente tengan rango de ley, donde muy bien puede estar contemplada la potestad reglamentativa de la administración pública, por la cual esta produce normas pero que no tienen rango de ley. Incluso, se puede complicar aún más las cosas, si se tiene en cuenta la teoría contemporánea de la norma jurídica, donde se hace diferencia entre disposición (texto legal) y norma (texto legal interpretado). Dejamos pues, hecha la observación.

Probablemente, es este el sentido que obedeció a tal redacción, aunque habría sido conveniente ser más preciso, sobre todo, si nos ponemos a pensar en los procesos constitucionales, puesto que alguno podría tratar de oponer este dispositivo normativo, ya como argumento de defensa de forma, ya como argumento de defensa de fondo, ante el supuesto de que una determinada actuación administrativa no puede ser cuestionada por operar la caducidad y, respecto de la misma, se desee incoar un proceso constitucional. Claro está que, somos conscientes que cada proceso obedece a razones distintas y busca una finalidad distinta también, empero en la ardua labor del litigio, es cierto también que se ven diferentes actitudes por parte, no solo de los abogados litigantes, sino también de los magistrados, por diferentes razones, como descongestión de la carga procesal, entre otros.

4.2.3 Falta de agotamiento de la vía administrativa

La falta de agotamiento de la vía administrativa tiene, al menos, dos razones o fundamentos de ser: con relación a la potestad de la administración pública y, en segundo orden, en cuanto a la sujeción del administrado a dicha potestad, en tanto aquella es parte del Estado. En otras palabras, diríamos en cuanto a la administración y en cuanto al administrado.

Respecto a la primera razón, como ya se señaló, la administración pública tiene la posibilidad de resolver, en su interior, todas las incidencias que sucedan, en virtud del concepto de autotutela administrativa que posee, en tanto es manifestación o exteriorización de un poder del Estado.

de que se pretenda impugnar actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo, el plazo es de tres meses, computado a partir del día siguiente en que se tomó conocimiento de la misma; en el caso de terceros al procedimiento administrativo que hayan sido afectados con la actuación impugnada, los plazos a que se refieren son contadas desde que dicho tercero tome conocimiento de dichas actuaciones.

La segunda parte del inciso 2 del artículo 22 que estamos comentando, nos presenta un espacio de reflexión, al señalar que, el vencimiento del plazo para plantear pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con relación a la misma actuación impugnada. La norma se refiere a la expresión «proceso judicial», pero ello con relación a la expresión misma, no dice proceso contencioso-administrativo, lo cual, muy bien, nos puede llevar a al juego interpretativo. Esta disposición normativa puede ser entendida en un sentido restringido o estricto o en un sentido amplio o flexible. Si se quiere ser riguroso, decantaremos por el primer sentido y sostener que, una vez que opera la caducidad, pues la norma habla de caducidad, ya no sería posible incoar ninguna clase de proceso, puesto que la expresión «proceso judicial» comprende a todos los procesos que se tramitan en el poder judicial (como son los laborales y los constitucionales); o, en el segundo sentido indicado, puede hacerse una interpretación más flexible y decir que con ella se ha querido hacer referencia sólo a los procesos judiciales contenciosos-administrativos, ya que, a diferencia de otros ámbitos conflictivos, en sede administrativa sí hay toda una vía administrativa (previa y necesaria, por virtud de la «autotutela» administrativa) para poder dar tratamiento al conflicto administrativo, antes de recurrir al órgano jurisdiccional.

Probablemente, es este el sentido que obedeció a tal redacción, aunque habría sido conveniente ser más preciso, sobre todo, si nos ponemos a pensar en los procesos constitucionales, puesto que alguno podría tratar de oponer este dispositivo normativo, ya como argumento de defensa de forma, ya como argumento de defensa de fondo, ante el supuesto de que una determinada actuación administrativa no puede ser cuestionada por operar la caducidad y, respecto de la misma, se desee incoar un proceso constitucional. Claro está que, somos conscientes que cada proceso obedece a razones distintas y busca una finalidad distinta también, empero en la ardua labor del litigio, es cierto también que se ven diferentes actitudes por parte, no solo de los abogados litigantes, sino

también de los magistrados, por diferentes razones, como descongestión de la carga procesal, entre otros.

4.2.3. Falta de agotamiento de la vía administrativa

La falta de agotamiento de la vía administrativa tiene, al menos, dos razones o fundamentos de ser: con relación a la potestad de la administración pública y, en segundo orden, en cuanto a la sujeción del administrado a dicha potestad, en tanto aquella es parte del Estado. En otras palabras, diríamos en cuanto a la administración y en cuanto al administrado.

Respecto a la primera razón, como ya se señaló, la administración pública tiene la posibilidad de resolver, en su interior, todas las incidencias que sucedan, en virtud del concepto de autotutela administrativa que posee, en tanto es manifestación o exteriorización de un poder del Estado.

En cuanto al segundo sentido, se ha dicho que tal agotamiento de la vía administrativa como paso previo a la vía contencioso-administrativa, no es más que la obligación impuesta legalmente al recurrente de agotar los medios administrativos útiles que tiene a su disposición ante la misma administración¹⁹ para poder dilucidar el derecho o interés que pretende o exige.

Como quiera, el agotamiento de la vía administrativa está previsto en el artículo 22 inciso 3 del T.U.O. de la Ley 27584, como un requisito procesal de procedencia de la demanda, según el cual el administrado debe, previó a recurrir al órgano jurisdiccional, recurrir el tramo administrativo (lo

que supone que se haya presentado la solicitud administrativa correspondiente y seguir el procedimiento o cauce administrativo, haciendo uso de los recursos administrativos²⁰ o no, cuando cabe conforme a la Ley 27444) para efecto de que la demanda sea admitida a trámite, caso contrario como se declara su improcedencia.

Es conveniente anotar que, el agotamiento de la vía administrativa está regulada como regla general o constituye la regla, a la cual hay excepciones, según dicta la norma citada, empero para ello la norma es remisiva y nos reconduce al artículo 20 del ya mencionado cuerpo normativo, a cuyos supuestos, en todo caso por la premura, nos remitimos.

4.2.4. Identidad de proceso judicial o arbitral

La norma (inciso 4 del artículo 23 del T.U.O. de la Ley 27584) señala que, no es procedente la demanda cuando la pretensión que demanda el administrado y, por tanto, el proceso judicial que intenta incoar, ya está siendo ventilada en otro proceso judicial o en un procedimiento arbitral idéntico, conforme a los supuestos establecidos en el Artículo 452 del Código Procesal Civil.

De aquí se desprende, en primer lugar, el concepto de la identidad procesal, que hace referencia al supuesto en que existen dos procesos idénticos según la denominada triple identidad, esto es, en cuanto al objeto, a las partes o sujetos y a la causa o fundamentos fácticos y jurídicos. Ello, entonces, presupone la existencia de un proceso judicial anterior al proceso contencioso administrativo que se desea iniciar, en el cual se ventiló la misma pretensión a plantearse en este último; es sabido que la pretensión tiene una estructura interna²¹

19 Brewer Carias, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 52.

20 Decimos recursos administrativos, debido a que, en doctrina se suele decir que los recursos pueden tener una concepción amplia, en la que se comprenderían a todos los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos -lato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y, en general, para defender sus derechos respecto de la administración pública, por lo que abarcaría tanto a los recursos del procedimiento administrativo como a los recursos del proceso judicial; sin embargo, es claro que, en este punto, nos referimos a los primeros que, son los que se tramitan en el procedimiento administrativo y se resuelven por autoridades administrativas (o que no lo sean, pero que ejerza la función administrativa). Gordillo, Agustín, *Teoría general del derecho administrativo - Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. 8. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 489.

21 O estructura interna de la pretensión procesal, como la denomina Monroy, aunque con la consideración de que esta tendría dos elementos: i) la fundamentación jurídica y los fundamentos de hecho, llamados también, y en conjunto, como la causa petendi, iuris petitum o iuris petitio, o castellanizado por algunos autores como la causa o razón de pedir; y, ii) el elemento central llamado pedido concreto o petitorio o petitum o petitio. Monroy Gálvez, Juan, *Teoría General del Proceso*, Lima - Perú: Editorial Communitas, 2009, pp. 501-502.

integrada por los elementos objetivos (*petitum* y la *causa petendi*) y subjetivos (las partes procesales) antes señalados; por lo tanto, se tiene en ambos procesos un mismo *petitum* o *petitorio*, a las mismas partes o sujetos procesales enfrentados con las mismas calidades jurídicas, y la discusión sobre los mismos hechos, donde, además, se esgrimen los mismos argumentos jurídicos.

Ahora bien, el inciso mencionado dice «proceso judicial» idéntico, no dice explícitamente proceso contencioso administrativo, por lo que, siempre tentados por el juego interpretativo, podría tratar de insinuarse que se haga una comprensión amplia, en el sentido de que debe entenderse a cualquier clase de proceso judicial, no sólo contencioso administrativo; sin embargo, en atención a una interpretación por especialidad y sistemática de la norma, además del artículo 3 del T.U.O. precitado -principio de exclusividad-, se debe entender que se hace referencia a otro proceso contencioso administrativo, pues sólo a través de este se puede impugnar las actuaciones administrativas, salvo los procesos constitucionales.

En cuanto al proceso arbitral, se debe efectuar el mismo razonamiento jurídico para que opere el supuesto al que alude la norma, esto es la triple identidad, según los apuntes que acabamos de anotar.

4.2.5. Prescripción de la nulidad de oficio

Una de las figuras jurídicas importantes en el derecho, es la prescripción, en la medida que por el transcurso del tiempo es factible que, o se pierdan o se adquieren derechos, qué duda cabe. Ella permite que las situaciones jurídicas subjetivas (en una acepción amplia de la misma, que describe a los derechos, facultades, potestades, etc., como un tipo de estas) no permanezcan inciertas, que las mismas sean definidas. Esto, evidentemente, permite, además, que las mismas no se encuentren estancadas y puedan continuar su cauce. En lo que respecta al tema, la administración pública tiene la potestad de declarar la nulidad de oficio de cualquier pronunciamiento que haya emitido, posibilidad que se le concede como consecuencia

del concepto de autotutela que le asiste, por cuya virtud aquella, que constituye uno de los poderes del Estado, tiene la facultad de resolver todas las incidencias que se suscitan en su interior, antes de que se pueda someter su actuación al fuero jurisdiccional, fuera del ámbito de su competencia.

Por ello, entonces, la administración pública puede anular de oficio sus propias actuaciones (según lo previsto en el artículo 11.2 del T.U.O. de la Ley 27444), para lo cual se ha establecido un plazo, de modo genérico en dicho cuerpo normativo, y que se aplica de modo supletorio, cuando no haya un plazo especial previsto por alguna normativa administrativa del sector de la administración pública en la que se produzca dicha actuación que se anula. Es menester indicar que la prescripción que se produce es la prescripción negativa o extintiva del derecho potestativo que tiene la administración pública para efectuar dicho pronunciamiento de nulidad.

Así, según lo indicado y lo previsto en el supuesto del inciso 5 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley 27584, no se admite a trámite la demanda contenciosa administrativa si es que dicho plazo aún no ha transcurrido, por lo que, en coherencia con la autotutela a la que se hizo referencia, y en garantía de la división de poderes, no es factible que haya intromisión o intervención en una determinada situación jurídica subjetiva que aún está bajo la competencia de la administración pública, pues hacer lo contrario, sería, en modo alguno, negarle dicha facultad y desconocer la división de poderes (y con ello el reparto de competencias constitucionales que se hace a los poderes del Estado). Aquí debemos precisar que, en este caso, es una norma que se refiere al supuesto en que la administración pública actúa como legitimado activo en el proceso contencioso administrativo, conforme al artículo 13 del T.U.O. de la Ley 27584.

4.2.6. No expedición de resolución motivada que identifica agravio a la legalidad administrativa y el interés público

Ahora bien, correlacionado al supuesto anterior, en el inciso 6 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley 27584,

en concordancia con el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, la demanda será improcedente también, en el caso que la administración pública que pretende incoar un proceso contencioso administrativo, no haya emitido la resolución administrativa correspondiente, en la que de manera debida haya motivada que tal o cual actuación administrativa afecta a la legalidad administrativa y al interés público, habiendo vencido el plazo legal para poder declarar de oficio la nulidad de dicha actuación, razón por la cual pretende lograr su impugnación en sede judicial.

De la lectura, entonces, de dicha disposición normativa, se concluye que la misma indica dos condiciones para su verificación: i) que, la ley faculte a la entidad administrativa la posibilidad de impugnación de una actuación administrativa que declara derechos subjetivos; y, ii) la emisión de resolución motivada que precise la existencia de afectación a la legalidad administrativa y al interés público, por parte de dicha actuación administrativa que se pretende cuestionar.

Tanto la primera condición, así como el primer concepto de la segunda condición (o sea, la legalidad administrativa), se enmarcan dentro del concepto del principio de legalidad en las actuaciones de la administración pública, aspecto que es bastante conocido, por lo que no repararemos mucho en ello.

Ahora bien, en el caso de la segunda condición, el supuesto de la norma procesal es clara al señalar y exigir la emisión de dicha resolución administrativa, como requisito sine qua non para poder actuar como parte demandante, ergo, ante su omisión la administración no podrá iniciar proceso judicial, aspecto en el cual haremos alguna precisión. La razón de ello obedece a fundamentos que trascienden el sólo interés particular del administrado, es decir, que la situación jurídica administrativa del administrado involucra conceptos de injerencia de corte público, por lo que, es una circunstancia que no puede ni debe pasarse por alto, en tanto que la misma no afecta la esfera jurídica del individuo

sino el interés público o conceptos públicos. Como ya se anotó, el tema del principio de legalidad es bastante conocido, por tanto, sólo cabe hacer alguna precisión en cuanto al interés público.

El interés público es un concepto que, a veces (conforme ha ocurrido también con otros conceptos como sociedad), es entendido como la mixtura o fusión de intereses individuales, de manera que aparece en frente de los intereses individuales o en oposición a estos, lo cual es incorrecto, en tanto que el «interés general» es la suma de una mayoría (o de la totalidad de los miembros de la sociedad) de interés individuales coincidentes (aunque debe tratarse, también, de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos), por lo que, se sostiene que la referida contraposición entre interés público y derecho o interés individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad; de tal manera que, sólo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su interés individual, de tal suerte, se colige que el «interés público» en el que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia²² Siendo así, la invocación de la afectación del interés público, en la resolución ya mencionada, debe ser en tales condiciones o referido a lo precisado en el párrafo precedente.

4.2.7. Supuestos de improcedencia del Código Procesal Civil aplicables

Conforme al inciso 7 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley 27584 se prevé como supuestos de improcedencia de la demanda contenciosa administrativa, los regulados en el artículo 427 del Código Procesal Civil, por lo que, dicha norma es una de carácter remisivo.

Por la premura no desarrollaremos en el presente espacio dichas causales de improcedencia, conforme al cometido del presente trabajo; siendo así, enseguida, según nuestro interés, abordaremos

²² Gordillo, Agustín, *Teoría general del derecho administrativo*, p. 408.

a continuación solo dos de los supuestos que en dicha disposición jurídica se prevén.

V. La imposibilidad jurídica

5. 1. Concepto

Como es harto conocido este supuesto de improcedencia tiene su correspondencia con el artículo 219 inciso 3 del Código Civil, donde, además de la imposibilidad física, se prevé la causal de nulidad del acto jurídico por imposibilidad jurídica del mismo, lo cual es también traducido en el ámbito procesal, específicamente, en el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 427 inciso 5, se establece la causal de improcedencia de la demanda por imposibilidad jurídica de la pretensión. Conforme se ha afirmado, este supuesto nos reconduce al caso justiciable, el cual se da cuando concurren al menos tres requisitos, los cuales son: i) que se refiera a un conflicto intersubjetivo de intereses; ii) que dicho conflicto tenga relevancia jurídica; y, iii) y que el mismo pueda ser ventilado y resuelto en sede jurisdiccional, lo que quiere decir que en el ordenamiento jurídico no debe existir disposición que prohíba su encasamiento a dicha sede; siendo que si la pretensión no es jurídicamente posible, estamos ante un caso no justiciable²³.

Esta causal supone que la pretensión que se efectúa mediante el escrito de demanda no está contemplada por ley (de ahí que, en un trabajo anterior hayamos hecho referencia al principio de predeterminación de la pretensión²⁴), es decir, que la situación cuya tutela se solicita en sede judicial no está reconocida por el ordenamiento jurídico, ya por no tener relevancia jurídica, ya por contradecir al mismo, ya por no estar contemplado, ya por no haberse previamente ventilado en sede administrativa, etc.

5.2. Naturaleza jurídica

Conforme se puede notar de lo descrito, la naturaleza jurídica de la figura jurídica analizada es la

de ser una causal o supuesto de improcedencia de la demanda, esto es, que genera el efecto jurídico negativo de no permitir el inicio o establecimiento válido del proceso, en la medida que constituye un vicio o defecto grave o no subsanable en cuanto a la validez del proceso o de la relación jurídica procesal.

5.2. Características

Son las siguientes: i) como dijimos, es una causal de improcedencia; ii) constituye un vicio o defecto de validez del proceso originario o ad initio (no se debe confundir con el momento en el cual se lo detecta); iii) está relacionada positivamente a la cuestión de fondo del proceso o, en otros términos, a la pretensión; iv) su acaecimiento está vinculada con la posibilidad de reclamo de la pretensión.

5.3. Supuestos

Conforme a lo indicado por Ticona Postigo parafraseando a Monrroy Gálvez, se tendrían los siguientes supuestos de casos no justiciables o que adolecen de imposibilidad jurídica: a) derechos no justiciables, como es el caso de deudas provenientes de juegos no autorizados, por lo que, el ordenamiento jurídico niega la posibilidad de reclamarlo en la vía judicial; b) cuestiones no justiciables, es decir, asuntos que por su propia naturaleza no pueden ser judicializados, como son los asuntos estrictamente políticos como la declaración del estado de emergencia, entre otros; c) la falta o inexistencia de fundamentación jurídica, esto es, cuando no se tenga sustento jurídico-normativo para demandar o exigir algo judicialmente, como sería el caso en el que en concubino demanda divorcio²⁵.

VI. La sustracción de la materia

6. 1. Concepto

Ad initio es conveniente precisar que esta figura jurídica procesal no es una causal de improcedencia de la demanda, sino que está prevista en nuestro

23 Ticona Postigo, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, p. 520.

24 Véase: Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang, «Ubicuidad y especialidad de la pretensión: entre el Proceso Civil y el Proceso Contencioso Administrativo». En: *Actualidad Civil*, del Instituto del Pacífico, Tomo N.º 32-2017.

25 Ticona Postigo, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, p. 523.

ordenamiento jurídico procesal como un supuesto de conclusión del proceso. Este sindicaría que el interés que subyace a la situación jurídica conflictiva ya ha sido satisfecho en el ámbito de las relaciones jurídicas sustantivas, esto es, fuera del ámbito jurisdiccional²⁶, de tal manera que ya no es necesario que el juez emita pronunciamiento por cuanto el conflicto fue atendido; en el caso del ámbito del contencioso administrativo, muy bien puede significar que el derecho o interés legítimo fue satisfecho en el ámbito o sede administrativa.

En una concepción, un tanto más amplia, se ha dicho que, la sustracción de la materia se presentaría cuando en un proceso pendiente, debido a hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener²⁷.

Una cosa es hablar del interés para obrar y que este desaparezca a hablar de la desaparición de la cosa sobre la cual versa el interés. No obstante, como se ve en la doctrina hay posición que considera que la desaparición del bien sobre el cual versa el interés, también (aparentemente) generaría la desaparición de éste último; sin embargo, consideramos que ello no debiera ser así, en la medida en que, en todo caso, si se prueba que se tuvo razón y que la contraparte debió cumplir con la entrega de dicho bien, quizá se podría fijar una indemnización al respecto para poder atender dicho interés, que por lo demás, no habría desaparecido, sino preguntásele al demandante. No ahondaremos, ya que, en todo caso, ello da cabida a otro trabajo o espacio de estudio.

6.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza de esta categoría jurídica-procesal conceptual es la de ser un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo.

6.3. Características

Esta muestra los rasgos que a continuación se detalla: i) es un supuesto de conclusión del proceso sin decisión de fondo; ii) es sobreveniente; iii) está vinculada negativamente con la pretensión; iv) su incidencia está engarzada a la posibilidad de realización (o decisión) de la pretensión.

6.4. Supuestos

Los supuestos en que se produce la sustracción de la materia son tres: i) cuando de manera sobrevenida (a la presentación de la demanda) desaparecen los supuestos en los que se sustenta el reclamo de un derecho o interés legítimo (por ejemplo, cuando se satisfizo la pretensión, en cuyo caso desaparece el interés para obrar); ii) cuando de manera sobrevenida (a la presentación de la demanda) desaparecen los hechos u objetos en los que se sustenta el reclamo de un derecho o interés legítimo (por ejemplo, cuando en un proceso de divorcio se produce el deceso del demandante o demandado o si el bien materia de litigio desaparece); y, iii) cuando de manera sobrevenida (a la presentación de la demanda) desaparecen las normas jurídicas en las que se sustenta el reclamo un derecho o interés legítimo (verbigracia, cuando una norma que permitía exigir o reclamar una determinada pretensión es derogada).

VII. Diferencia entre ambas figuras jurídicas

La diferencia es que el supuesto de imposibilidad jurídica es una causal de improcedencia de la demanda, en cambio la sustracción de la materia es una forma especial de conclusión del proceso, de donde se advierte la distinta naturaleza jurídica entre ambas, razón por la cual nuestro ordenamiento jurídico procesal las ha regulado de forma diferenciada. Al respecto, conviene hacer recuerdo que, la sustracción de la materia o sustracción de la pretensión (*nomen iuris* con el que se lo regula),

26 Ledesma Narváez, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, T. I. Lima - Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2008, p. 1098.

27 Ariano Deho, Eugenia. «Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm. 11 (2012), pp. 143-154. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13551>, p. 146.

está prevista como un supuesto de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, regulada en el inciso 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil; mientras que, la imposibilidad jurídica, está sancionada como una causal de improcedencia en el inciso 5 del artículo 427 del mismo cuerpo normativo.

De este modo, como se aprecia, la distinción entre ambas figuras jurídicas procesales estriba, fundamentalmente, en que en el caso de la imposibilidad jurídica del petitorio, la situación cuya tutela se reclama no está prevista para su exigencia «jurídica», en cambio, en el caso de la sustracción, se tiene que en esta dicha situación sí está prevista por ley para su reclamo, empero la misma es atendida en el ámbito extrajudicial, de modo tal que ya no es necesario ni el pronunciamiento o intervención del juez para su satisfacción.

VIII. Análisis de la Casación N.º 16742-2017-Cusco

De la revisión de la Casación se advierte que, en suma, se trata de una demanda interpuesta por Carlos Augusto Soto Castillo, en contra de la Municipalidad Distrital de San Jerónimo, cuya petitorio es la declaración de: i) nulidad de la Resolución de Alcaldía N.º 330-2014-A-MDSJ del 30 de junio del 2014, por el cual se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra el otorgamiento de la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N.º 023-2014-MDSJ-CUSCO, Primera Convocatoria, para la Contratación del Servicio de Consultoría de Obra para la elaboración del Expediente Técnico del Proyecto «Mejoramiento de Espacios Deportivos en el Local de la Piscina Municipal del Distrito de San Jerónimo, Cusco, Cusco»; y, ii) la nulidad del Acta de Apertura de Sobres, Calificación de Expedientes y Otorgamiento de la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N.º 023-2014-MDSJ-CUSCO); dicha pretensión es declarada fundada en primera instancia por el A quo, siendo que, en segunda instancia es declarada por el Ad quem, mediante sentencia de vista, improcedente la demanda de marras por las causales de sustracción de la materia y por imposibilidad jurídica; interpuesto el recurso extraordinario de casación, el superior

declara infundado el recurso de casación, porque la imposibilidad jurídica producida (consistente en que era imposible para la judicatura impedir la ejecución del anotado servicio más aún cuando este ya había ocurrido y hasta conformidad tenía, esto es, que a la fecha ya se ha ejecutado el servicio de consultoría de obra para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto «Mejoramiento de los Espacios Deportivos en el local de la Piscina Municipal del Distrito de San Jerónimo», objeto del proceso de adjudicación de menor cuantía, deviniendo la pretensión en irreparable, ya que existe la imposibilidad jurídica de retrotraer el estado de las cosas al momento de la emisión de la Resolución de Alcaldía N.º 330-2014-A-MDSJ) trajo como consecuencia la sustracción de la materia del ámbito jurisdiccional.

8.1. Análisis genérico (derecho procesal)

Como se puede observar de la descripción hecha, las razones por las cuales se declara la improcedencia de la demanda, y por las cuales no se declara fundada la casación, son porque al haberse ejecutado el servicio de consultoría al que se hace referencia, se daría la imposibilidad jurídica de retrotraer ello, por lo que, además, se da la sustracción de la materia. Son dos, entonces las figuras jurídicas procesales a las que se invocan para emitir dicha decisión; sin embargo, a primera vista hay un indebido manejo de las referidas figuras jurídicas, como son la imposibilidad jurídica y de la sustracción de la materia. Como vimos en los ítems anteriores de este trabajo, ambas figuras procesales son diferentes, no son lo mismo, como tampoco se pueden dar de forma simultánea, pues esto último, incluso, denota un indebido estudio de la causa (y con ella de los hechos para su debida cualificación jurídica).

La imposibilidad jurídica de la pretensión, según anotamos, tiene que ver con la viabilidad del reclamo jurisdiccional que hace el demandante a propósito del conflicto en el que se encuentra inmerso, en atención a la relevancia jurídica y su previsibilidad normativa por parte del ordenamiento jurídico procesal; como vemos, la imposibilidad jurídica no tiene que ver con la posibilidad fáctica de la pretensión.

En cuanto a la sustracción de la materia, conforme (y nuevamente) a lo apuntado reglones atrás, se advierte que la misma se verifica siempre en forma posterior a la interposición de la demanda, es decir, cuando ya existe un proceso en curso o trámite.

Así, tenemos que, a nivel de la ciencia procesal, no es posible que ambas figuras se confundan o se haga una equiparación de las mismas, puesto que, como vimos también, en el caso de las causales o supuestos de improcedencia, se activa el juicio de procedibilidad, el cual tiene que ver con la validez del proceso o de la relación jurídica procesal, con ciertas exigencias y sin las cuales el proceso no puede (no debería) incoarse, razón por la cual se han señalado en la normativa los supuestos de tales causales, que son taxativas, además; por su parte, la sustracción de la materia, más bien, se relaciona con la posibilidad de satisfacción del interés o pretensión invocados, lo que no es factible por las razones y supuestos ya enconados.

8.2. Análisis específico (contencioso administrativo)

En el caso analizado, no existe norma que prohíba demandar la pretensión que se solicitó, tampoco se advierte que no tenga relevancia jurídica, ni que no se trate de un conflicto, de donde se concluye claramente que no opera dicha figura jurídica procesal; siendo así, no opera la figura de la imposibilidad jurídica de la pretensión, la cual, además, debió ser declarada en la etapa correspondiente o, en todo caso, en una sentencia inhibitoria, empero, de con una debida motivación (esto es conforme a derecho -normado y no normado-).

Decimos que no hay imposibilidad jurídica, también por lo siguiente: si bien en la casación in comento se señala que, por el hecho de la ejecución del servicio prestado a la entidad demandada, que ya está en ejecución, no se podría retrotraer las cosas, no obstante, surge de inmediato la siguiente interrogante: ¿Es el hecho señalado un supuesto de imposibilidad jurídica o física? La respuesta es clara, esto es, que no se trata lo afirmado de un caso de imposibilidad jurídica, sino física, pues

allí se hace referencia a la ejecución del servicio contrato, y como sabemos muy bien los actos de ejecución en cualquier tipo de acto celebrado, son actos materiales o físicos, objetivos, en virtud de título que los habilita. Esta diferencia no es una ocurrencia nuestra, sino incluso de modo objetivo está establecido tanto por el Código Civil y como por el Código Procesal Civil, cuerpos normativos que, a su turno, regulan de manera diferenciada la imposibilidad jurídica y física, según vimos con las disposiciones normativas citadas de ambos en reglones atrás.

De otra parte, siempre en el caso materia de comentario, tampoco se puede admitir la figura de la sustracción de la materia, al invocar (dicho sea de paso, erróneamente) el supuesto de que no se puede retrotraer las cosas al estado anterior por la ejecución del servicio a la entidad demandada, ya que al hacerlo se estaría convalidando la afectación del derecho o interés legítimo del administrado, pues se le estaría negando la revisión o control de la actuación administrativa que está impugnando y que es, precisamente, para lo que está el proceso contencioso administrativo, tanto más, si no se olvida que estamos en un sistema de plena jurisdicción en donde el proceso es el principal mecanismo de tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos. En nuestra modesta opinión, esto ocurre porque se olvida la particular naturaleza de este tipo de proceso y se lo piensa como si se tratase de un proceso civil, lo cual es un craso error. En efecto, en esta clase de proceso se controla (es más, nació, justamente, para ello) la actuación de la administración pública; pues se debe recordar que aquella ejerce el poder público y lo que se haga con el mismo importa a todos, de modo que no se puede tolerar so pretexto del interés particular de alguien que se ejerza el poder de manera irregular, arbitraria, etc., en cuyo caso ni siquiera estaríamos en un estado de derecho. Para ilustrar lo que decimos y no sea una cuestión muy teórica, piénsese en lo siguiente: qué pasa si una entidad administrativa contrata un determinado servicio bajo actos de corrupción, no obstante, como se sostiene que el servicio ya se está ejecutando, quiere decir ello que no se debe revisar o emitir pronunciamiento

al respecto, la respuesta en sentido negativo salta a la vista.

Otro aspecto a resaltar, concatenado a lo recientemente afirmado, es el hecho de que, en todo caso, en el supuesto de sustracción de la materia únicamente (adaptándolo a las particularidades del proceso contencioso administrativo) se debe admitir en casos en los que no se impida la revisión de la actuación administrativa, como es el caso en el que la administración pública satisfaga el derecho o interés legítimo del administrado, y no se podría admitir casos en los cuales se impida dicha revisión, pues, como anotamos, se estaría dando cabida a la realización de una serie de actos que luego convaliden hechos irregulares.

Por último, la precitada casación, con todo lo anotado, habría incurrido en indebida motivación, al haber hecho indebido de las referidas figuras jurídicas procesales, incurriendo en error al haberlas interpretado de manera indebida y aplicarlas al caso *sub judice*, cuando no correspondía, según vimos.

IX. Conclusión

La naturaleza jurídica conceptual de la improcedencia, es la de ser un concepto jurídico negativo y procesal, distinto de la inadmisibilidad, en atención a la gravedad de la irregularidad que afecta a la validez de la relación jurídica procesal o del proceso (de los actos procesales), que no pueden ser subsanados y que, en definitiva, impide ya el acceso a la tutela jurisdiccional (al no permitir incoar un proceso a través de la improcedencia de la demanda) o ya el corte de la misma (esto es, que impide la continuación del trámite del proceso ya incoado), por lo que, teniendo en cuenta, precisamente, dicha implicancia, el manejo de las causales de la improcedencia debe ser riguroso, para evitar su uso indebido o confusión, lo cual sólo se logra con el uso debido y técnico de las categorías jurídicas conceptuales contenidas en las normas, pues ello puede evitar generar la comisión de errores en la praxis jurídica, de tal manera que aquellas permiten efectuar una adecuada interpretación de las diferentes normas jurídicas; ello, justamente, no ha ocurrido en el caso analizado, conforme a los argumentos esgrimidos

en el presente trabajo, debido a que, además de que indebidamente se comprendió a la sustracción de la materia como una causal de improcedencia no siéndolo, tampoco correspondía declarar la improcedencia de la demanda, sino que se debió emitir pronunciamiento de fondo garantizando el control de las actuaciones de la administración pública y la tutela efectiva de los derechos e interés legítimo de los administrados.

Referencias

Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte General, Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1956, V. I.

Ariano Deho, Eugenia. «Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm. 11 (2012), Pp. 143-154. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13551>

Brewer Carias, Allan R., Tratado de Derecho Administrativo - Derecho Público en Iberoamérica - La Jurisdicción Contencioso Administrativa, Vol. VI, Caracas - Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

Calamandrei, Piero, Derecho Procesal Civil, en Biblioteca Jurídica Virtual, 08-08-2007. Recuperado de: <file:///G:/%C2%A0derecho%20procesal/DER.%20PROC.%20CIVIL.%20CALAMANDREI..pdf>

Carnelutti, Francesco, Instituciones del Proceso Civil, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, V. I.

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang, «Las vías en el proceso contencioso administrativo - Pautas para determinar la vía a elegir en el proceso contencioso administrativo, atendiendo a las pretensiones planteadas; ¿Qué vía corresponde, especial o urgente?», en *Actualidad Jurídica*, N.º 244, Lima: marzo del 2014.

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang. «Principios del Proceso Contencioso Administrativo». En: *Administración Pública & Control* - Gaceta Jurídica, Número 26, edición febrero del año 2016.

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang. «Ubicuidad y especialidad de la pretensión: entre el Proceso Civil y el Proceso Contencioso Administrativo». En: *Actualidad Civil*, del Instituto del Pacífico, Tomo N.º 32, 2017.

De pina, Rafael y José Castillo Larráñaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México: Editorial Porrúa, 2007.

Didier JR., Fredie, *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*, Lima - Perú: Raguel Ediciones, 2015.

García Máynez, Eduardo, *Lógica del concepto jurídico*, México: Fondo de Cultura Económica, 1959.

Gordillo, Agustín, *Teoría general del derecho administrativo - Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. 8, Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

Guerrero, Víctor Anacleto, *Proceso Contencioso Administrativo*, Perú: Grupo Editorial Lex & Iuris, 2016, p. 119.

Huapaya Tapia, Ramón Alberto, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Perú: Jurista Editores, 2006.

Ledesma Narváez, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil, T. I*, Lima - Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2008.

Monrroy Gálvez, Juan, *Teoría General del Proceso*, Lima - Perú: Editorial Communitas, 2009.

Monrroy Palacios, Juan José, «Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano», en *Revista Oficial del Poder Judicial* N.º 1, Lima: enero del 2007.

- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

Tamayo Yáñez, Sergio, *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*, Lima - Perú: Ara Editores, 2009.

Ticona Postigo, Víctor, *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, Lima - Perú: Editora Jurídica Grijley, 2009.

El embargo retentivo a cuentas bancarias en la República Dominicana: problemas críticos y recomendaciones de reforma

Orlando Gómez Torres*

Recibido: 1 de mayo de 2022 - Aceptado: 12 de junio de 2022

Resumen

El embargo retentivo sobre cuentas bancarias en la República Dominicana presenta problemas críticos en la manera en que ha sido moldeado normativamente y cómo es ejecutado en la práctica. La figura del embargo retentivo a cuentas bancarias está siendo objeto de un uso abusivo que amerita una modificación del procedimiento. Para el presente análisis se realizó una encuesta a entidades de intermediación financiera para producir datos estadísticos de recepción de embargos retentivos, levantamientos e intimaciones de pago sobre fondos retenidos por embargos, así como informaciones del Poder Judicial. Este artículo hace un análisis estadístico y verifica los efectos en el sistema financiero, el Poder Judicial e incluye recomendaciones para atender este tema.

Palabras clave: Embargos, cuentas, bancos, usuarios, estadísticas.

Abstract

The attachment of bank accounts in the Dominican Republic presents critical issues as it has been shaped by the law and how it's executed in practice. The process for the attachment of bank accounts is being used in an abusive manner which requires a change in the procedure. For this analysis a poll was conducted with Dominican banks to generate statistical data of bank account attachments, the ceasing of such actions, and the delivery of funds in attached banks accounts towards creditors, in addition to data from the Judicial Branch. This article makes an statistical analysis and reviews its effects on the financial system, the Judicial Branch and includes recommendations regarding this issue.

Keywords: Attachment, accounts, banks, consumers, statistics.

* Orlando Gómez Torres, abogado graduado de Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. República Dominicana. El autor desea declarar que al momento de presentar este artículo es Gerente Legal en el Banco de Reservas de la República Dominicana, Banco de Servicios Múltiples, y miembro del Comité Legal de la Asociación de Bancos Múltiples de la República Dominicana, de las que no ha recibido contribuciones de carácter pecuniario para la preparación del presente estudio y que el mismo fue elaborado sin intervención alguna por parte de su empleador o de terceros. orlando.gomez@gmail.com.

I. Fijación temática

El embargo retentivo es «el procedimiento mediante el cual un acreedor intercepta sumas de dinero o cosas mobiliarias debidas a su deudor por una tercera persona, y se hace pagar sobre el valor de los bienes embargados»². En la República Dominicana el embargo retentivo se rige de conformidad a los artículos 557 y siguientes del Código de Procedimiento Civil modificado por la Ley 1457 del 2 de julio de 1947³.

Hay abundante material jurisprudencial y doctrinario relativo al embargo retentivo en la República Dominicana, y no es la intención del presente análisis llover sobre mojado respecto de la naturaleza de este, las partes intervinientes, sus efectos jurídicos y los procesos judiciales alrededor de su validación, levantamiento o anulación, aunque algunos de estos aspectos sí serán resaltados y analizados para determinar cómo estos inciden en la problemática que este estudio busca examinar.

Adicionalmente, el presente estudio estará enfocado primordialmente en el embargo retentivo sobre cuentas bancarias en entidades de intermediación financiera⁴ figura legal y procedimentalmente comparable al embargo de cuentas bancarias previsto en otras jurisdicciones⁵ No se tendrán en cuenta otras modalidades de embargo retentivo que dada la redacción del Código de Procedimiento Civil⁶ son o pudieran ser admitidas en la República Dominicana u otras jurisdicciones con similar lenguaje normativo.

Como indica Froilán Tavares, el objeto del embargo retentivo es solicitar «de la justicia que ordene le sean atribuidos el dinero o el valor de

los objetos mobiliarios venidos a ser indisponibles en manos del deudor de su deudor»⁷. Por lo que estaremos analizando si estadísticamente el objeto ejecutorio detrás de los embargos retentivos sobre cuentas bancarias en la República Dominicana es efectivamente perseguido por los acreedores.

El estudio se enfocará en los efectos prácticos de la aplicación de la normativa actual, tomando la ley como está escrita junto a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria predominante, determinar si su uso es el apropiado para la protección de los créditos por parte de acreedores o si, en cambio, la figura como está siendo aplicada en la práctica ha sido desnaturalizada, convirtiéndose en un factor de inseguridad jurídica que amerita una drástica reforma.

Partiendo de lo anterior, hay dos elementos del procedimiento del embargo retentivo en la República Dominicana que deben ser resaltados y considerados al momento de realizarse el presente análisis. En primer lugar, están los requerimientos básicos exigidos a los acreedores para poder realizar un embargo retentivo y el rol pasivo de los terceros embargados respecto de la regularidad o validez de los embargos retentivos que les son notificados. Esto así, ya que estos factores diferencian el embargo retentivo sobre cuentas bancarias en la República Dominicana del de otras jurisdicciones, en adición que a nuestro juicio estas tienen una incidencia material en el enfoque del presente estudio.

Estaremos viendo y haciendo un análisis de los embargos retentivos sobre cuentas bancarias en las entidades de intermediación financiera y sus

2 Pérez Méndez, Artagnan. «Procedimiento civil tomo III: Las vías de ejecución y las vías de distribución. Santo Domingo, D. N., República Dominicana». Amigo del Hogar (s.f), p. 142.

3 Ver Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana.

4 Conforme a la definición dada a dicho término por la Ley No. 183-02, Código Monetario y Financiero de la República Dominicana.

5 Ver por ejemplo el Reglamento (UE) No. 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de mayo de 2014.

6 El artículo 557 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: «Todo acreedor puede, en virtud de títulos auténticos o bajo firma privada, embargar retentivamente en poder de un tercero, las sumas y efectos pertenecientes a su deudor u oponerse a que se entreguen a este». Esto, en principio, permite al acreedor a trabar embargo retentivo sobre cualquier tercero detentador de sumas y efectos pertenecientes a su deudor, no limitado a entidades de intermediación financiera.

7 Tavares, Froilán. Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, p. 208. Editora Tiempo, 1989.

procesos derivados en la República Dominicana durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Aunque en circunstancias ordinarias entendemos que un análisis de datos recabados en un período de 3 años sería suficiente, para mitigar cualquier impacto de los efectos de la pandemia por el COVID-19 en los datos para los años 2020 y 2021⁸ se recaba la información estadística de los años 2018 y 2019 para así poder contrastarlos, evaluar si esta produjo un desvío material respecto a años anteriores y ver si esta representa un factor relevante en las informaciones arrojadas para el análisis objeto del presente estudio.

De manera específica veremos los datos respecto al número de actos de embargo retentivo recibidos por entidades de intermediación financiera para determinar la cantidad de acciones de esta naturaleza intentada por acreedores en contra de sus deudores en los períodos definidos.

Para determinar el resultado habitual de este tipo de acciones veremos en el número de actos de intimación de pago recibidos por las entidades de intermediación financiera sobre montos retenidos por embargos retentivos en dicho período, por ser esta la manifestación de la ejecución del objeto de los embargos retentivos conforme a lo previsto en la ley y la jurisprudencia. Adicionalmente veremos el total de actos solicitando el levantamiento de los embargos retentivos notificados a las entidades de intermediación financiera, considerando que

dicha acción puede ocurrir como resultado de una sentencia de tribunal competente que ordene el levantamiento o por acción directa del acreedor ordenándolo al tercero embargado mediante acto procesal, por tratarse de la otra alternativa que pone fin a la acción y a los efectos del embargo retentivo.

Para poder dimensionar cualquier diferencia entre la totalidad de embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera y el total de mandamientos de pago sobre montos retenidos por embargos retentivos más el total de solicitudes de levantamiento de los embargos retentivos, trataremos de verificar aquellos embargos retentivos sobre cuentas bancarias que las entidades de intermediación financiera mantengan registrados como vigentes⁹ por un período mayor a 2 años desde su notificación, como indicador de añejamiento por estar estos en espera de una resolución judicial o por falta de interés de las partes en poner fin a la acción.

A los fines de mejor constatar la judicialización del proceso del embargo retentivo y reducir cualquier sesgo que pudiera derivar del uso de los datos recabados con las entidades de intermediación financiera, asociado a la falta de visibilidad que puedan tener estas del proceso judicial, por estas cuantificar puramente datos de inicio y fin de las acciones asociadas a un embargo retentivo sobre cuentas, veremos la totalidad de demandas en validación de embargo retentivo y de demandas

8 El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la situación de emergencia de salud provocada por el virus COVID-19 un estado de pandemia. En la República Dominicana el Congreso Nacional atendiendo a la solicitud recibida el 17 de marzo del 2020 del Poder Ejecutivo mediante Resolución 62-20 del 19 de marzo de 2020 autorizó al Poder Ejecutivo a realizar la declaratoria de Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, medida que fue acatada y confirmada mediante el Decreto 139-20 de esa misma fecha. Por su lado el Consejo del Poder Judicial en su Acta Extraordinaria N.º 01-2020 del 18 de marzo del 2020, atendiendo a la solicitud que el Poder Ejecutivo realizó al Poder Legislativo, procede a anunciar sus medidas preventivas frente a la situación de salud provocada por el COVID-19, entra las que se incluye la suspensión de todas las audiencias y la mayoría de las actividades del Poder Judicial durante el período en el que se mantuviera declarado el Estado de Emergencia. Mediante Acta Extraordinaria N.º 02-2020 del 19 de marzo del 2020 el Consejo del Poder Judicial modificó ciertos aspectos de las resoluciones contenidas en el Acta Extraordinaria N.º 01-2020 y procedió a suspender todas las actividades administrativas y jurisdiccionales del Poder Judicial y las actividades judiciales y extrajudiciales de los alguaciles por un período de hasta 3 días hábiles posteriores al fin de la Declaratoria del Estado de Emergencia. Mediante Resolución No. 04-2020 del 19 de mayo del 2020 el Consejo del Poder Judicial establece el Plan de Continuidad de Labores del Poder Judicial que ordena la reapertura de los servicios judiciales por fases conforme a la evolución de la situación de salud pública en el territorio nacional y en virtud de la cual se estableció la reanudación de los plazos procesales y las actividades judiciales y extrajudiciales de los alguaciles a partir del 6 de julio del 2020. La República Dominicana se mantuvo en formal Estado de Emergencia hasta el 11 de octubre del 2021 cuando dicho estado fue levantado conforme al Decreto N.º 622-21 del 8 de octubre de 2021. Al momento de elaborarse el presente estudio, el mundo sigue en estado de emergencia de salud por el virus COVID-19 conforme a la Organización Mundial de la Salud.

9 Se entiende que para una entidad de intermediación financiera un embargo retentivo se mantiene vigente hasta tanto los montos retenidos no hayan sido pagados a favor del acreedor en atención a un mandamiento de pago debidamente documentado o hasta tanto el embargo no haya sido levantado por una sentencia de un tribunal o por notificación voluntaria de levantamiento por parte del acreedor.

en levantamiento de embargo retentivo recibidas por el Poder Judicial de la República Dominicana durante el mismo período.

Luego de una búsqueda exhaustiva al respecto, no se ha podido constatar un estudio previo respecto del total de embargos retentivos notificados a las entidades de intermediación financiera, el total de intimaciones de pago sobre los montos retenidos por esos embargos, el total de levantamientos de esos embargos y los datos estadísticos de estos procesos en las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana.

Adicionalmente no se ha podido constatar un estudio previo que atienda de manera específica la cantidad de acciones judiciales por ante los tribunales en la República Dominicana, derivadas de los embargos retentivos en cuentas bancarias.

Dado lo anterior, el presente análisis se documentó a través de encuestas a las entidades de intermediación financiera cursada a través de la Asociación de Bancos Múltiples de la República Dominicana (en lo adelante ABA), solicitudes de libre acceso de la información pública dirigidas a la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana (en lo adelante Suprema Corte de Justicia o Poder Judicial) a través del Portal Único de Solicitud de Acceso a la Información Pública (SAIP) y parte del análisis comparado se documentó con una encuesta dirigida a la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Bancos (en lo adelante FELABAN) a través de la ABA.

II. El embargo retentivo a cuentas bancarias en la República Dominicana

El embargo retentivo a cuentas bancarias en la República Dominicana se rige por las mismas disposiciones del artículo 557 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que rigen a todos los embargos retentivos.

Como se indicara en la introducción de este artículo, el embargo retentivo es un procedimiento «mediante el cual un acreedor intercepta sumas de dinero o cosas mobiliarias debidas a su deudor por una tercera persona, y se hace pagar sobre el valor de los bienes embargados»¹⁰ El efecto práctico que tiene el proceso de embargo retentivo cuando este es aplicado a cuentas bancarias es inmovilizar, por cuenta del acreedor, los valores numerarios objeto del embargo en la cuenta bancaria que su deudor mantenga en una entidad de intermediación financiera.

La jurisprudencia y la doctrina dominicana han venido realizando un análisis amplio sobre los efectos legales del embargo retentivo y la naturaleza de la acción. Estos elementos escapan al alcance del presente estudio y no buscaremos analizar o dar opinión relativa a estos aspectos de los embargos retentivos, aún sobre aquellos aplicados en cuentas bancarias.

En cambio, nos enfocaremos en la forma en que son realizados los embargos retentivos sobre cuentas bancarias en la República Dominicana, la ejecución práctica de su objeto, sus efectos en el sistema financiero y el Poder Judicial, así como cualquier impacto sobre el clima de seguridad jurídica en el país.

En la República Dominicana es posible para los acreedores embargar retentivamente en manos de un tercero los montos que estos tengan o deban a sus deudores, por virtud de un acto auténtico, bajo firma privada o con la autorización de un tribunal¹¹ Esto es reafirmado por la Suprema Corte de Justicia que al interpretar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil indica que «el acreedor podrá embargar retentivamente si tiene título escrito, sea auténticos (sic) o bajo firma privada, acto notarial, sentencia condenatoria, aun cuando no haya sido notificada, aun cuando esta haya sido impugnada por un recurso cualquiera en el plazo en que no

10 Cfr. Pérez Méndez, Artagnan. «Procedimiento civil tomo III: Las vías de ejecución y las vías de distribución. Santo Domingo, D. N., República Dominicana». *Amigo del Hogar* (s.f).

11 Ver artículos 557, 558 y 559 del Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana.

puede ser ejecutada, pagaré, letra de cambio aceptada, póliza de seguro, testamento. Cuando el acto auténtico ha sido motivo de inscripción en falsedad, o cuando el acto bajo firma privada ha sido motivo de verificación de escritura, el acreedor tiene que asegurar el resultado de esos procedimientos, antes de embargar retentivamente, pero él puede prescindir de dichos títulos, hacerse considerar como acreedor sin título y embargar con autorización de un juez»¹².

Las implicaciones prácticas de la lectura de los artículos 557, 558 y 559 del Código de Procedimiento Civil y la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia sobre estos es que los acreedores pueden trabar un embargo retentivo sobre cuentas bancarias directamente en manos de las entidades de intermediación financiera sin la autorización previa de un tribunal cuando el acreedor tenga «un título escrito, sea auténticos (sic) o bajo firma privada, acto notarial, sentencia condenatoria(...)», siendo la autorización judicial previa legalmente requerida solo en aquellos casos en los que el acreedor decida «prescindir de dichos títulos»¹³.

Los embargos retentivos sobre cuentas bancarias en República Dominicana son trabados por los

acreedores mediante actos de alguacil¹⁴ o por acta notarial¹⁵ con un proceso verbal de embargo o el levantamiento de un acta de embargo, sujetos a las formalidades previstas para los actos de alguacil¹⁶ y los actos notariales¹⁷ según corresponda.

El acto que recoge el proceso verbal de embargo o el levantamiento del acta de embargo debe venir acompañado por el «título en base al cual se realiza el embargo»¹⁸ o por el auto del tribunal autorizando la medida en caso de no haber un título.

Luego del proceso verbal de embargo o el levantamiento de un acta de embargo, el acreedor debe realizar la denuncia del embargo, la demanda en validez del embargo retentivo, la contradenuncia del embargo retentivo y la demanda en declaración afirmativa¹⁹. Estas acciones pueden realizarse por distintos actos o recogidas todas en un mismo acto con sus correspondientes traslados.

El acreedor, bajo pena de nulidad²⁰, está en la obligación²¹ de denunciar el embargo retentivo al deudor embargado y citarle en demanda en validez de embargo. La inmediatez del apoderamiento de un tribunal de fondo para conocer de la demanda en validez de un embargo retentivo es algo a lo que la Suprema Corte de Justicia le ha dado particular importancia para la validez de los

12 Suprema Corte de Justicia, 5 de octubre de 1983, Boletín Judicial 875, p. 3013.

13 Ídem.

14 El artículo 81 de la Ley 821-27 del 21 de noviembre de 1927 y sus modificaciones establece que «sólo los alguaciles tienen calidad para hacer notificaciones de actos judiciales o extrajudiciales, con excepción de aquellas que por disposición expresa de la ley pueden y deben ser hechas por otros funcionarios». La notificación de medidas conservatorias y ejecutorias, como los embargos, incluyendo los embargos retentivos sobre cuentas bancarias que, dependiendo de las circunstancias en las que sea trabado, se consideran actos extrajudiciales o judiciales cuya notificación corresponde a las funciones de los alguaciles.

15 El numeral 2 del artículo 51 de la Ley 140-15 del 7 de agosto del 2015 establece que «En los términos y alcances de la presente ley se consideran asuntos comprendidos en la facultad exclusiva del notario, mediante el ejercicio de su fe pública:(...) La instrumentación o levantamiento del acta de embargo de cualquier naturaleza». Esto es una contradicción del artículo 81 de la Ley 821-27 del 21 de noviembre de 1927 que no fue expresamente derogado. Mediante Sentencia Núm. 026-02-2017-SCIV-00168 del 7 de marzo del 2017 la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional declaró la inconstitucionalidad por control difuso Del artículo 51 citado en esta nota aduciendo el «régimen de absoluta exclusividad» como motivo de dicha declaratoria. En la práctica, los embargos a cuentas bancarias están siendo trabados ante las entidades de intermediación financiera y admitidos por los tribunales indistintamente de si son trabados por alguaciles o notarios. Al momento de escribirse el presente análisis el Tribunal Constitucional de la República Dominicana tiene pendiente de fallo varias acciones directas de inconstitucionalidad en contra de la Ley 140-15 y de manera específica a su artículo 51, ver ejemplo Expediente TC-01-2016-0005.

16 Ver artículo 61 del Código de Procedimiento Civil.

17 Ver artículo 30 y siguientes de la Ley 140-15 del 7 de agosto del 2015.

18 Germán Mejía, Mariano. *Conferencias Sobre Vías de Ejecución. Dictadas del 30 de octubre al 1 de noviembre de 1987*. Editora Dalis, 2002, p. 60.

19 Germán Mejía, Mariano, *Conferencias Sobre Vías de Ejecución*, pp. 59-60.

20 Ídem, pp. 64-65.

21 Ver artículo 563 del Código de Procedimiento Civil.

embargos retentivos ya que esta ha determinado que al no haber «un tribunal de fondo que verificara la regularidad del embargo retentivo, (...) convertía el mismo en una medida de carácter indefinido, lo que está vedado por la ley específicamente en el artículo 563 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, dicha situación justifica el cese de la turbación manifiestamente ilícita(...)»²²

Esto implica que no sólo basta para el acreedor que, al momento de trabar la medida de embargo retentivo, deba tener un título expresamente admitido para tales fines por la legislación y la jurisprudencia o un auto de un tribunal autorizando la medida, sino que adicionalmente, dentro de los plazos de ley²³, este debe denunciar la medida al deudor embargado y citar en demanda de validez del embargo retentivo a dicho deudor, a pena de nulidad del embargo retentivo trabado en caso de omitir este procedimiento.

El deudor embargado, por su lado, puede perseguir el levantamiento o la nulidad de un embargo retentivo trabado en sus cuentas bancarias a través de una demanda en levantamiento o nulidad de embargo retentivo ante el juez de los referimientos o, si ya un tribunal ha sido apoderado para conocer de la demanda en validez del embargo, mediante una demanda reconventional de levantamiento o nulidad del embargo en el curso de dicha demanda²⁴

El levantamiento de embargo retentivo sobre cuentas bancarias también puede ocurrir mediante un acto de levantamiento o cese de la acción realizado por el mismo acreedor embargante. Las razones del acreedor para realizar el levantamiento de la medida pueden ir desde el haber arribado a un acuerdo extrajudicial con su deudor hasta

una corrección de la medida procesal iniciada, siendo una acción ejecutada a la total voluntad del acreedor. Partiendo de los datos tomados para el presente estudio, se debe notar la considerable falta de correlación entre el número de actos de levantamiento de embargo retentivo notificados a las entidades de intermediación financiera²⁵ y el de las demandas en levantamiento o nulidad de embargo retentivo conocidas por el Poder Judicial durante los años 2018, 2019 y 2020²⁶; es evidente que, en dicho período, los levantamientos realizados por voluntad del propio acreedor embargante suponen una mayoría significativa del total de levantamiento de embargos retentivos realizados por ante las entidades de intermediación financiera.

Respecto del rol que juegan los terceros embargados, que en el caso específico de cuentas bancarias son las entidades de intermediación financiera, tanto para los embargos retentivos como para las oposiciones a pago²⁷, la Suprema Corte de Justicia ha sido consistente en determinar que «el tercero a quien se notifica una tal oposición o tercero embargado, por asimilación, no es Juez de la validez de la oposición, ni tiene que apreier (sic) su érito (sic) o buen fundamento y en esta virtud (...), por analogía con el embargo retentivo en cuanto a los efectos de la indisponibilidad de los bienes, (...) dicho terceron (sic) no incurre en responsabilidad si en caso de una oposición rehúsa el pago de cheues (sic) o la entrega de valores que les hayan sido confiados en depósito, aun cuando la oposición fuera irregular o no estuviera justificada, hasta que no se haya presentado su levantamiento judicial o amigable, señalando a este respecto (sic) que este tercero juega un papel pasivo (...)»²⁸.

22 Suprema Corte de Justicia, Sentencia Núm. 2474-2021 del 19 de octubre del 2021, pp. 8 y 9.

23 Ver artículo 563 del Código de Procedimiento Civil.

24 Ver más en Subero Isa, Jorge A. «Competencia del Juez de los Referimientos para Ordenar el Levantamiento de un Embargo Retentivo». Cuadernos Jurídicos. Universidad Pedro Henríquez Ureña, 1978-03, pp. 25-28.

25 Ver Tabla 2.

26 Ver 3.º cuadro suministrado por el Poder Judicial respecto de demandas de levantamiento de embargo y validez de embargo en sección 3.2 del presente artículo.

27 Las oposiciones a pago se rigen por el artículo 1242 del Código Civil de la República Dominicana. Por la similitud de sus efectos al de los embargos retentivos tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen establecer algunos paralelismos entre ambas acciones aún estas estar definidas como dos medidas claramente distintas.

28 Suprema Corte de Justicia, 27 de enero de 1984, Boletín Judicial 878, Sentencia N.º 27.

El rol pasivo que debe jugar el tercero embargado en el proceso de embargo retentivo sobre cuentas bancarias, donde este no puede juzgar la validez del acto que se le ha sido notificado también ha sido reconocido por la doctrina preponderante²⁹.

Es evidente que si el tercero embargado asumiera un rol más activo en el proceso de embargo retentivo, juzgando la validez de los actos que les son notificados sin determinación previa de los tribunales, este estaría prejuzgando aspectos de fondo y forma de la acción que no le corresponden determinar y pudiera, al hacer su determinación, asumir una posición que expondría su responsabilidad civil frente al embargante o embargado.

Esto implica que, en todo caso, las entidades de intermediación financiera frente a un embargo retentivo sobre cuentas bancarias deben mantener un rol pasivo en la acción y deben dejar surtir los efectos de la medida sin hacer juicio alguno sobre la validez de esta³⁰.

III. Señales de problemas

Como determinamos anteriormente, en la República Dominicana el embargo retentivo sobre cuentas bancarias puede ser realizado por los acreedores en virtud de un acto auténtico o bajo firma privada, requiriendo la autorización previa de un tribunal para tales fines sólo en aquellos casos en los que el acreedor decida «prescindir de dichos títulos»³¹ Esto le diferencia a países como Brasil³², Bolivia³³, Costa

Rica³⁴, El Salvador³⁵, Guatemala³⁶, Paraguay³⁷ y Uruguay³⁸ que siempre requieren la autorización previa de un tribunal para trabar este tipo de medidas.

Una de las señales más llamativas de la existencia de problemas prácticos con el procedimiento actual para trabar embargos retentivos sobre cuentas bancarias en la República Dominicana se refleja en la Ley No. 86-11 promulgada en fecha 13 de abril del 2011 sobre embargos retentivos a Fondos Públicos.

La ley recoge, con inusual candor, la posición del legislador respecto de la aplicación del procedimiento de embargo retentivo sobre cuentas bancarias en perjuicio de entidades del Estado y fondos públicos al referirse a la misma como una «práctica perniciosa a los intereses públicos»³⁹ y luego afirmar que «los intermediarios financieros se escudan en la condición de terceros para retener los fondos públicos asignados a los órganos y entidades públicas, hasta tanto intervenga un levantamiento judicial o amigable, con el consiguiente perjuicio para la colectividad»⁴⁰, en una crítica abierta a dicho proceso conforme ha sido delimitado no sólo por la doctrina y la jurisprudencia sino también el mismo Código de Procedimiento Civil.

Para deshacer el impacto de los embargos retentivos a cuentas bancarias de entidades del Estado o sobre fondos públicos la ley expresamente establece que:

29 Ver ejemplo Germán Mejía, Mariano. *Conferencias Sobre Vías de Ejecución*, pp. 71-72.

30 Ver supra nota 28.

31 Ver supra nota 12.

32 Ver artículo 854 y siguientes del Código de Proceso Civil, Ley No. 13.105 del 16 de marzo del 2015 de la República Federativa de Brasil.

33 Ver artículo 310 y siguientes del Código Procesal Civil, Ley No. 439 del 19 de noviembre del 2013 del Estado Plurinacional de Bolivia.

34 Ver artículo 86 y siguientes del Código Procesal Civil No. 9342 de la República de Costa Rica.

35 Ver artículo 457 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Mercantil, Decreto Legislativo No. 319 del 15 de abril del 2010 de la República de El Salvador.

36 Ver artículo 294 y siguiente del Código de Procedimiento Civil y Mercantil, Decreto-Ley No. 107 de la República de Guatemala.

37 Ver artículo 439 y siguientes del Código Procesal Civil, Ley No. 1.337/88 de la República de Paraguay.

38 Ver artículo 379 y siguientes de la Ley No. 15.982 del 18 de octubre de 1988 de la República de Uruguay.

39 Ver Considerando Sexto de la Ley 86-11 del 13 de abril del 2011.

40 Ver Considerando Séptimo de la Ley 86-11 del 13 de abril del 2011.

los fondos públicos depositados en entidades de intermediación financiera o asignados en subcuentas especiales de la Tesorería Nacional en provecho de los órganos del Estado, el Distrito Nacional, los municipios, los distritos municipales y los organismos autónomos y descentralizados no financieros, así como las sumas que les adeuden personas físicas o morales por concepto de tributos o cualquier otra causa, no podrán ser retenidos como consecuencia de embargo retentivo u oposición de cualquier naturaleza⁴¹.

Más aún la ley libera de responsabilidad civil a las entidades de intermediación financiera por ejecutar pagos sobre cuentas del Estado detentadoras de fondos públicos «no obstante el embargo retentivo u oposición que en sus manos haya sido practicado»⁴², de esta forma aniquilando los efectos del embargo retentivo sobre cuentas bancarias en perjuicio del Estado y de fondos públicos, y eximiendo de responsabilidad a las entidades de intermediación financiera por no ejercer el rol dadas a esta por la jurisprudencia.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (en lo adelante Tribunal Constitucional) en el año 2015 conoció una acción directa en inconstitucionalidad en contra de la Ley N.º 86-11 la cual declaró conforme a la Constitución⁴³, posición que ha reiterado en subsiguientes oportunidades⁴⁴.

Curiosamente, en el mismo Tribunal Constitucional se manifestó otra de las señales de problemas con el procedimiento vigente para los embargos retentivos de cuentas bancarias, en su fallo TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015 frente a un recurso en revisión

constitucional en materia de amparo contra una sentencia de la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional.

El caso involucró a la Sra. Marie Martha Valme Vda. Torre como embargante, a los Sres. Elena Traggiai, Riccardo Torre y Graziano Torre como embargados, y al Banco Central de la República Dominicana como tercero embargado⁴⁵. El Tribunal Constitucional describió el caso en su síntesis del conflicto indicando que el mismo «se origina por una oposición de pago trabada en contra de los recurridos, la cual fue levantada por ordenanza en referimiento que no fue ejecutada por la parte recurrente, el Banco Central de la República Dominicana, en cuyas manos se había trabado dicha oposición, porque la embargante, siete días antes de pronunciado el levantamiento de la misma, notificó nuevamente oposición de pago contra los recurridos, quienes interpusieron la acción de amparo que dio como resultado la sentencia objeto del dicho recurso de revisión»⁴⁶.

En efecto, sobre la oposición sobre cuentas trabada por la parte embargante fue ordenado su levantamiento por la vía del referimiento⁴⁷, pero antes de que se produjera dicho levantamiento el embargante notificó un nuevo acto de oposición⁴⁸, siendo esta una acción procesal distinta que imposibilitó el levantamiento efectivo de la oposición por esta no haber sido conocida como parte de esa demanda en referimiento que buscaba el levantamiento de la medida inicial.

Esto degeneró en la interesante circunstancia donde los embargados buscaron el levantamiento de la afectación sobre sus cuentas mediante una acción

41 Ver artículo 1 de la Ley 86-11 del 3 de abril del 2011.

42 Ver artículo 2 de la Ley 86-11 del 3 de abril del 2011.

43 Ver Sentencia TC/0048/15 del 30 de marzo del 2015.

44 Ver por ejemplo Sentencia TC/0374/20 del 29 de diciembre del 2020.

45 Ver Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015.

46 Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015, p. 8.

47 Ver Ordenanza 1276/13 del 22 de octubre del 2013 dictada por la Presidencia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional.

48 Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015, p. 7.

en amparo. El Tribunal Constitucional determinó que la acción del embargante «no obstante exhibir la forma de medida cautelar, tiene la finalidad añadida de ser instrumento para impedir la ejecución de una sentencia, como expresión de la conducta de un litigante recalcitrante que ante la emergencia de una decisión en su contra quiere evitar su ejecución, insistiendo, con un nuevo acto, en una oposición de pago que dicha decisión ha descartado»⁴⁹.

Al evaluar la admisibilidad de la acción desde la perspectiva de si existe otra vía judicial efectiva para conocer el caso, el Tribunal Constitucional determinó que el amparo es admisible en los casos donde se presente un «litigante recalcitrante que elude el deber de sujetarse al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales» ya que la vía ordinaria, a través del referimiento, «pierde su eficacia»⁵⁰.

Esta decisión del Tribunal Constitucional ha movido a tribunales en atribución de amparo y en materia de referimientos a cuidar la efectividad de sus acciones frente a las acciones temerarias de algunos embargantes, ordenando «a las instituciones financieras (...) hacer caso omiso a futuras oposiciones que pueda interponer (...), que tengan como causa idéntica la (sic) que ha sido objeto de levantamiento por esta misma vía»⁵¹.

Sin hacer juicio de valor sobre el razonamiento legal de los tribunales para juzgar la validez de actos jurídicos futuros, es importante resaltar que esto representa una contradicción con el precedente establecido por la Suprema Corte de Justicia de que el tercero embargado no es juez de la validez de los embargos que les son notificados⁵², ya que para determinar que un embargo u oposición se realiza con una «causa idéntica» que ya fue objeto

del levantamiento de un embargo anterior, el tercero embargado debe hacer juicio de la validez del embargo que estaría recibiendo.

El análisis y las opiniones respecto a algunos de los problemas con los embargos retentivos en cuentas bancarias en República Dominicana no se han limitado a los casos conocidos y las sentencias emanadas del Poder Judicial. Como dice Jaime M. Senior Fernández «el abuso de los embargos retentivos es un elemento preocupante en la comunidad empresarial»⁵³ o como por su lado recientemente indicara Jesús Geraldo Martínez «el tema de los embargos de cuentas bancarias está afectando a muchas personas en la República Dominicana, y debería llamar la atención de la Superintendencia de Bancos»⁵⁴.

Es evidente que el procedimiento actual para realizar un embargo retentivo sobre cuentas bancarias está llamando la atención partiendo de los puntos levantados en este capítulo, entre otros. Por lo que para analizar la naturaleza del problema en su justa escala debemos complementar el análisis jurídico del problema con un análisis estadístico del uso de la figura en la República Dominicana.

IV. Análisis estadístico de los embargos retentivos sobre cuentas bancarias en la República Dominicana

Para analizar el impacto práctico del proceso de embargo retentivo sobre cuentas bancarias en la República Dominicana se considerarán múltiples formas en la que dicho proceso puede manifestarse y como este puede ser medido. En ese tenor, hay un enfoque en considerar el impacto económico del proceso determinado por el valor de los

49 Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015, p. 11.

50 Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015, p. 13.

51 Ver por ejemplo Sentencia Núm. 035-2021-SCON-00554 de la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional del 19 de mayo del 2021.

52 Ver supra nota 28.

53 Senior Fernández, Jaime M. «El abuso de los embargos». 22 de febrero del 2018. El Dinero. <https://eldinero.com.do/55421/el-abuso-de-los-embargos/>

54 Martínez, Jesús G. «El drama de quienes toman préstamos en empresas no reguladas o supervisadas». 14 de febrero del 2022. Acento. <https://acento.com.do/el-financiero/el-drama-de-quienes-toman-prestamos-en-empresas-no-reguladas-ni-supervisadas-9032587.html>

montos retenidos por embargos retentivos en el sistema financiero de la República Dominicana, una aproximación del volumen sistémico de embargos retentivos sobre cuentas bancarias y sus procesos vinculados, tales como actos de levantamientos de embargos e intimaciones de pago, la judicialización de los procesos de embargos retentivos y una vista comparada del proceso con países de Latinoamérica.

Recordando que la Suprema Corte de Justicia determinó que la inmediatez del apoderamiento de un tribunal de fondo para conocer de la demanda en validez de un embargo retentivo es de importancia para la validez del mismo ya que, a su juicio, sin «un tribunal de fondo que verificara la regularidad del embargo retentivo, (...) convertía el mismo en una medida de carácter indefinido» y, por ende, una «turbación manifiestamente ilícita»⁵⁵, resulta evidente que la información recabada será de relevancia para el análisis del proceso de embargo retentivo sobre cuentas bancarias ya que de la comparación de la cantidad de embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera como terceros embargados con el comportamiento estadístico del proceso, tanto en las entidades de intermediación financiera como en el Poder Judicial, se puede establecer una comparación entre la cantidad de embargos retentivos recibidos por la entidades de intermediación financiera y las demandas relacionadas a embargos retentivos conocidas por el Poder Judicial.

Adicionalmente se podrá determinar de forma aproximada el valor nominal de los montos inmovilizados en el sector bancario de la República Dominicana por diferentes motivos, incluyendo por embargos retentivos a cuentas bancarias y su comportamiento en el período analizado, información que puede ser útil para otros estudios que deseen evaluar el impacto económico de esta actuación procesal.

4.1. El proceso del embargo retentivo dentro de las entidades de intermediación financiera

A los fines de recabar la información sobre el comportamiento del proceso de los embargos retentivos en cuentas bancarias dentro de las entidades de intermediación financiera, se envió un cuestionario de preguntas relativas a dicho proceso a la Asociación Dominicana de Bancos Múltiples, Inc. que aglomera a los Bancos Múltiples de la República Dominicana (en lo adelante ABA) con un total de 16 miembros registrados al mes de abril del año 2022⁵⁶.

La elección de concentrar la búsqueda en los bancos múltiples deriva de que del total de las captaciones del Sistema Financiero Consolidado de la República Dominicana al cierre del año 2021 ascendente a la suma de DOP 2,144,187,710,528.96⁵⁷ las captaciones de este subgrupo representan la suma de DOP 1,915,000,432,448.53⁵⁸ o un 89 % del total de las captaciones del sistema.

En el cuestionario se realizaron preguntas relativas al total de embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera para los años 2018, 2019, 2020 y 2021, el total de levantamientos de embargos retentivos recibidos en los años 2018, 2019, 2020 y 2021, así como el total de intimaciones a pago de fondos retenidos por embargos retentivos durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Estas preguntas buscan dar constancia del inicio de los procesos de embargo retentivo con la recepción de estos por las entidades de intermediación financiera, y verificar los procesos recibidos por estas tendentes a finalizar los mismos como lo son el levantamiento del embargo retentivo, indistintamente de la vía empleada para ello, y el acto de intimación por parte del embargante a pagar los fondos retenidos por dichos embargos.

55 Ver supra nota 22.

56 Ver Asociación Dominicana de Bancos Múltiples, Miembros. <https://www.aba.org.do/index.php/home/miembros>

57 Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. Estadísticas, Series Mensuales «Captaciones del Público por Sector y Tipo de Depositante al 31 de diciembre de 2021, Sistema Financiero Consolidado».

58 Ver supra nota 56.

Considerando que al momento de realizarse este estudio no fue posible determinar el criterio empleado por cada entidad de intermediación financiera de manera individual para el registro y el control estadístico de los embargos retentivos, levantamientos de embargo e intimaciones de pago recibidas, y que los datos al respecto no constan en algún registro público, se incluyeron preguntas para estimular un análisis más pormenorizado por parte de cada entidad sobre la información suministrada, solicitando indicar el porcentaje que representan las oposiciones a pago frente a los embargos retentivos dentro del universo suministrado, el porcentaje de actos de embargo que incluyen un título ejecutivo conforme a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil⁵⁹ y reafirmado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina aplicable⁶⁰, entre otras preguntas para guiar a las entidades participantes hacia un criterio similar en la forma en que captan y reportan los datos para el presente estudio.

Adicionalmente, considerando que no existe mucha literatura disponible al público al respecto, se aprovechó el escenario para incluir algunas preguntas adicionales en las que las entidades de intermediación financiera pudieran identificar algunos de los criterios que emplean en el manejo de los embargos retentivos que reciben, en particular sobre la expedición de la declaración de montos embargados⁶¹, la notificación a los embargantes preexistentes de un deudor de un nuevo embargo trabado en perjuicio de este, y los efectos de los embargos retentivos sobre fondos depositados por los clientes con posterioridad al embargo retentivo, detalles que podrían ser empleados en un estudio posterior relativo a dichos temas.

Se recibieron las respuestas de 6 bancos múltiples que en conjunto suman un total de DOP 1 193 019 518 305.68 en captaciones o un 56 % del total de las captaciones del Sistema Financiero

Consolidado. De estos, 5 pudieron facilitar información estadística suficiente respecto a embargos retentivos, levantamientos de embargo e intimaciones a pago en el período de estudio (Muestra A).

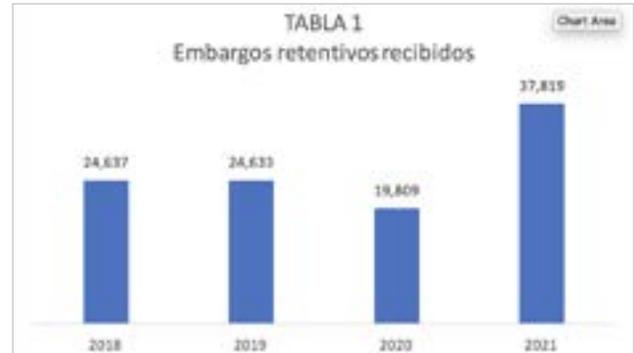


Tabla 1: Se muestra el total de embargos retentivos reportados como recibidos por las entidades de intermediación financiera de la Muestra A durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021.

En la evaluación de las informaciones relativas a los embargos retentivos no es posible determinar si estos están siendo reportados por acto de embargo, por total de clientes afectados por embargos o por total de embargos registrados. Tampoco es posible verificar si los actos de embargo dirigidos a dos o más supuestos deudores están registrados como un solo embargo o como un embargo por cada cliente embargado. Adicionalmente es probable que un acto de embargo sea notificado a dos o más entidades de intermediación financiera pudiendo registrarse duplicidades en el reporte que resulte de dos o más entidades de la Muestra A, reportando el mismo embargo retentivo como parte de sus registros.

Para fines de controlar, ante la posibilidad de que en el muestreo las oposiciones a pago estuvieran en el mismo registro que los embargos retentivos, se les solicitó a las entidades de intermediación financiera identificar qué porcentaje de los actos

59 Ver supra nota 11.

60 Ver supra nota 18.

61 Conforme el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil los terceros embargados deben suministrar una declaración de los fondos retenidos como resultado del embargo una vez cumplidas las circunstancias definidas para tales fines por el Código y la jurisprudencia en la materia.

de esta naturaleza correspondían a oposiciones de pago o que, en caso de no tener el detalle, indicar el porcentaje empleando un muestreo que a criterio de la entidad fuera suficiente para establecer un aproximado. La mayoría de las entidades de intermediación financiera de las cuales recibimos respuesta indicaron haber realizado un análisis muestral y en todos los casos estas reportaron que las oposiciones a pago representan menos de un 2 % (bajo) del total de actos de esta naturaleza recibidos, una de las entidades reportó el total de embargos retentivos recibidos separados del total de oposiciones recibidas, excluyéndose este último del total para el presente análisis.

Analizando los datos reportados, los indicadores estadísticos publicados por la Superintendencia de Bancos y los estados financieros auditados de las entidades de intermediación financiera de la Muestra A en los años objeto de estudio, pudimos constatar que es posible realizar un análisis de la correlación entre los embargos retentivos recibidos por dichas entidades y la distribución de sus captaciones por sector y tipo de depositante, el cual pudiera ser objeto de estudios adicionales para profundizar en los detalles de los sectores más afectados por este proceso, el impacto y cumplimiento de la Ley N.º 89-11 dentro de las entidades de intermediación financiera, entre otros análisis derivados de esta información.

Vista la cantidad de embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera de la Muestra A como indicador de la cantidad de estos procesos que fueron iniciados durante cada año, ahora veamos la cantidad de levantamientos de embargo retentivo recibidas por estas en el mismo período como una de las vías que dan por terminado el proceso.

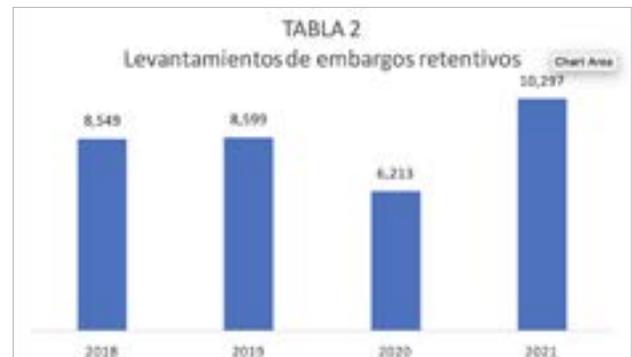


Tabla 2: Se muestran el total de actos de levantamiento de embargo retentivo recibidos por las entidades de intermediación financiera de la Muestra A para los años 2018, 2019, 2020 y 2021⁶².

Las informaciones relativas a los levantamientos de embargo tienen las mismas limitaciones que las indicadas anteriormente sobre los embargos retentivos. Adicionalmente, respecto a los levantamientos de embargos retentivo, no se puede constatar si lo reportado corresponde a actos de levantamiento de embargos retentivos efectivamente realizados⁶³ o a todos los actos de levantamiento de embargo retentivos indistintamente de si tuvieron o no efecto.

Es importante destacar que los levantamientos de embargos retentivos recibidos en cada año objeto del presente estudio no necesariamente corresponden a embargos retentivos trabados en el mismo año, pudiendo registrarse los levantamientos de embargos trabados en años anteriores, por esto no se recomienda ver esta información necesariamente como una correlación directa de ambos datos, sino como un registro de una actividad con ocurrencia efectiva en el período reportado.

A los fines de completar la visión del proceso de embargos retentivos en las entidades de

62 Una de las entidades de la Muestra A reportó este dato con un error que fue detectado y confirmado por esta y otra no reportó el dato, la corrección de la información errada o incompleta no fue remitida a tiempo para la publicación del presente artículo, el total de actos de levantamiento de embargos recibidos para esos casos se estimó empleando la cantidad de embargos retentivos recibidos por dicha entidad y aplicando el promedio de la proporción embargos/levantamientos reportados por las otras entidades de la Muestra A.

63 No basta con la simple notificación de un acto de levantamiento de embargo retentivo para que se produzca el levantamiento efectivo del mismo. Este debe ser realizado por voluntad del embargante u ordenado por un tribunal. Ver supra nota 24.

intermediación financiera, ahora veamos la cantidad de intimaciones a pago de fondos embargados por embargos retentivos. Este dato es de particular importancia ya que, conforme a la doctrina, el objeto del embargo retentivo es solicitar «de la justicia que ordene le sean atribuidos el dinero o el valor de los objetos mobiliarios venidos a ser indisponibles en manos del deudor de su deudor»⁶⁴, lo que se materializa de forma efectiva cuando el acreedor intima al tercero embargado, en este caso las entidades de intermediación financiera, mediante acto que incluya la orden de tribunal competente para que dichas sumas de dinero les sean entregadas.



Tabla 3: Se muestra el total de intimaciones a pago de fondos retenidos por embargos retentivos reportados como recibidos por las entidades de intermediación financiera de la Muestra A durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021⁶⁵.

Al igual que con los datos sobre los levantamientos de embargo retentivo, las intimaciones a pago de fondos retenidos por embargos retentivos estudio no necesariamente corresponden a embargos retentivos trabados en el mismo año, por esto no se recomienda ver esta información como una correlación directa entre ambos datos, sino como un registro de una actividad con ocurrencia efectiva

en el período reportado. Adicionalmente es probable que un acto de intimación a pago o entrega de valores de fondos embargados retentivamente sea notificado a dos o más entidades de intermediación financiera pudiendo registrarse duplicidades en el reporte que resulte de dos o más entidades de la Muestra A, reportando la misma intimación a pago como parte de sus registros. Más aún, el registro de «intimaciones a pago» se hizo a criterio de cada entidad no pudiéndose determinar si las mismas son exclusivas a intimaciones a pago de fondos retenidos por embargos retentivos o si estas incluyen otro tipo de intimaciones o de intimaciones a pago derivadas del curso ordinario de las operaciones de dichas entidades.

Se debe tener en cuenta que la intimación a pago no necesariamente genera a cargo del tercero embargado, en este caso las entidades de intermediación financiera, la obligación de pagar por sí sola, ya que esta debe venir acompañada de una sentencia definitiva con carácter de lo irrevocablemente juzgado, ordenando dicho pago o que legalmente genere a cargo del tercero embargado la obligación de pagar, por lo que la información tampoco puede entenderse como un pago ejecutado a favor del acreedor. Tampoco puede ser descartado que queden registradas como recibidas dos o más intimaciones a pago realizadas por acreedores relativas a un mismo embargo por motivo de una regularización de la documentación aportada.

Para fines de mejor ilustrar todo el proceso de los embargos retentivos en las entidades de intermediación financiera desde su inicio, con la notificación del acto de embargo, hasta su final, con el levantamiento del embargo o la intimación a pago por parte del acreedor, incluimos la siguiente tabla comparativa.

64 Ver supra nota 6.

65 Una de las entidades de la Muestra A reportó este dato como parte de una clasificación llamada «otras notificaciones» la cual no fue utilizada por esta incluir registros adicionales distintos a intimaciones de pago de fondos retenidos por embargos retentivos, el total de intimaciones para ese caso se estimó empleando la cantidad de embargos retentivos recibidos por dicha entidad y aplicando el promedio de la proporción embargos/intimaciones reportadas por las otras entidades de la Muestra A.



Tabla 4: Se comparan los datos de embargos retentivos recibidos de la Muestra A (Tabla 1), los levantamientos de embargos retentivos de la Muestra A (Tabla 2) y las intimaciones a pago de la Muestra A (Tabla 3) para los años 2018, 2019, 2020 y 2021.

Resulta evidente desde los datos aportados que la mayoría de los embargos retentivos recibidos por dichas entidades terminan por efecto de un acto de levantamiento de embargo, sean estos por acción directa del embargante o por orden de un tribunal competente y no por el pago de los fondos retenidos al embargante que tanto el Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia y la doctrina definen como el objeto del proceso de embargo retentivo.

De hecho, la relación de intimaciones de pago sobre el total de embargos retentivos recibidos durante el período es de 0.59 % en 2018, 0.54 % en 2019, 0.63 % en 2020 y 0.55 % en 2021; ello representa un promedio anual de 0.58 %, lo que debe ser un punto llamativo al que volveremos más adelante en el análisis.

Para complementar estas informaciones, el cuestionario remitido a las entidades de intermediación financiera incluyó la pregunta sobre el total de embargos vigentes a diciembre de 2021 con más de 2 años desde la fecha de su recepción. Esto implica embargos retentivos que aún no han sido objeto de un levantamiento o cuyos fondos aún no han sido pagados a sus acreedores por un período igual o mayor a 2 años⁶⁶.

La razón para la inclusión de dicha pregunta es para tener un control que tome en cuenta factores como: i) la inacción del embargante en perseguir la validación del embargo, ii) inacción del embargado en perseguir el levantamiento del embargo, y iii) el tiempo que puede tomar el proceso jurisdiccional de validación de embargo o levantamiento una vez este entra al Poder Judicial.

El período de 2 años se tomó partiendo del reporte «Ease of Doing Business» del Banco Mundial para el año 2020 en su medición sobre ejecución de contratos, en específico al tiempo de ejecución de contratos a través de las cortes que indica que el tiempo para lograr dicha ejecución en las cortes en República Dominicana es de 590 días calendarios⁶⁷. A esto se le agrega un margen adicional de 24 % de tiempo para controlar cualquier error en la medición realizada por el reporte que empleamos como base.

Sólo una entidad de intermediación financiera de las que suministraron informaciones pudo incluir el dato de los embargos vigentes. Esta entidad reportó 1702 embargos vigentes con más de 2 años desde su registro. Para agregar perspectiva, esta misma entidad reportó 2,217 embargos retentivos y 0 intimaciones de pago en 2018, 2,021 embargos retentivos y 1 intimación de pago en 2019; 1,978 embargos retentivos y 1 intimación de pago en 2020 y 3,452 embargos retentivos y 2 intimaciones de pago en 2022.

El dato anterior es de alta importancia ya que implica que las entidades de intermediación financiera estarían manteniendo embargos retentivos sobre cuentas bancarias por períodos que exceden los 2 años; ello por razones que podrían ser: i) Las medidas de embargos retentivos no están siendo conocidas en los tribunales lo que les supone caer en un estado «manifiestamente ilícito»⁶⁸; ii) La actuación procesal no está avanzando de manera adecuada por desinterés de las partes; iii) Los fondos retenidos por embargos retentivos a cuentas bancarias no están siendo pagados a

66 Ver supra nota 8.

67 Ver, Ease of Doing Business Report, Dominican Republic (2020). Banco Mundial.

68 Ver supra nota 22.

los embargantes por ineffectividad de la acción en justicia; o iv) La mora judicial está teniendo un impacto material en los procesos de embargos retentivos sobre cuentas bancarias.

Para fines de monitoreo de este dato pudiera ser útil crear un coeficiente de añejamiento de los embargos retentivos en las cuentas bancarias que mida la proporción de embargos retentivos de este tipo y que excedan un umbral de tiempo como vigentes en los registros de las entidades de intermediación financiera. Información como el total de embargos retentivos vigentes en las entidades de intermediación financiera, el total de embargos retentivos trabados por año, así como de levantamientos y de entrega de valores embargados pudieran ser útiles en la creación de una fórmula matemática que adecuadamente defina ese coeficiente de añejamiento, partiendo de la premisa que las expectativa del Poder Judicial, conforme la Suprema Corte de Justicia ha definido el proceso de los embargos retentivo y su enfoque para combatir la mora judicial, el valor debería tender a cero.

Como control adicional y para mitigar el impacto de cualquier sesgo que pueda estar asociado a la información recaba de las entidades de intermediación financiera, y considerando que el proceso de validación o levantamiento de los embargos retentivos deben ser judicializados, para los fines del presente estudio también se incluye información del Poder Judicial.

4.2. El proceso del embargo retentivo en el Poder Judicial

A los fines de recabar información sobre los procesos asociados a embargos retentivos dentro del Poder Judicial se hizo una solicitud de acceso a la información pública al Poder Judicial a través del Portal Único de Solicitud de Acceso a la Información Pública (SAIP)⁶⁹.

El contenido de la solicitud se enfocó en los procesos judiciales que involucran a los embargos retentivos, por lo cual la misma consistió en el total

de demandas en validez de embargo retentivo y demandas en levantamiento de embargo retentivo en los Juzgados de Primera Instancia, las Cortes de Apelación y la Suprema Corte de Justicia en todo el territorio nacional durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021. Respecto de la cual recibimos las siguientes informaciones a través del SAIP:

CATEGORÍA	AÑOS			TOTAL
	2018	2019	2020	
EMBARGO RETENTIVO	44	35	15	94
LEVANTAMIENTO DE EMBARGO RETENTIVO	245	229	129	593
NULIDAD DE EMBARGOS CONSERVATORIOS, RETENTIVOS E INMOBILIARIOS	11	0	0	11
SUSPENSIÓN DE EMBARGO RETENTIVO	22	22	12	56
TOTAL GENERAL	282	286	146	714

Cuadro 1. Suministrado por el Poder Judicial relativo a las demandas que este define como «embargo retentivo», «levantamiento de embargo retentivo», «nulidad de embargos conservatorios, retentivos e inmobiliarios» y «suspensión de embargo retentivo» en los Juzgados de Primera Instancia para los años 2018, 2019 y 2020.

CATEGORÍA	AÑOS			TOTAL
	2018	2019	2020	
EMBARGO RETENTIVO	0	0	0	0
LEVANTAMIENTO DE EMBARGO RETENTIVO	0	0	0	0
NULIDAD DE EMBARGOS CONSERVATORIOS, RETENTIVOS E INMOBILIARIOS	0	0	0	0
SUSPENSIÓN DE EMBARGO RETENTIVO	0	0	0	0
TOTAL GENERAL	0	0	0	0

Cuadro 2. Suministrado por el Poder Judicial relativo a las demandas que este define como «embargo retentivo», «levantamiento de embargo retentivo», «nulidad de embargos conservatorios, retentivos e inmobiliarios» y «suspensión de embargo retentivo» en las Cortes de Apelación para los años 2018, 2019 y 2020.

Debido a las inconsistencias respecto de lo solicitado con lo recibido, y considerando la

69 Ver <https://sajp.gob.do/>

discrepancia material que mostró esta información frente a las informaciones recibidas de parte de las entidades de intermediación financiera detalladas en la Tabla 1, 2 y 3, se realizaron contactos adicionales con el equipo del Poder Judicial para establecer la metodología empleada por estos para generar la información, facilitando mayores referencias y empleando ejemplos de expedientes y sentencias asociados a demandas en validez de embargo y levantamiento de embargo en cada una de las instancias solicitadas. Sobre ese ejercicio de verificación de la información no recibimos informaciones actualizadas, por lo cual, a los fines de determinar la consistencia de la información que estaría siendo empleada para este análisis se decidió realizar una segunda consulta a través del SAIP repitiendo la misma solicitud e incluyendo las referencias y ejemplos para facilitar el criterio de búsqueda de la Oficina de Libre Acceso a la Información Pública del Poder Judicial. Respecto de la segunda consulta se recibió la siguiente información en la respuesta:

INFORMACIÓN DE ANÁLISIS Y POLÍTICA PÚBLICA
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
ENTRADA DE CASOS RELATIVOS A DEMANDAS SELECCIONADAS
Años: 2018 a 2020. Datos a nivel nacional

Información por Meses seleccionados

Categoría	PERIODO 2018 (Año)			TOTAL PERIODO
	2018	2019	2020	
Levantamiento de embargo	784	792	810	2.386
Levantamiento de embargo retentivo	287	300	300	887
TOTAL	1.071	1.092	1.110	3.273

Nota: El total de casos no representa registros o modificaciones. Referencias: SAIP 007 001 00000 en el expediente con datos del año 2021 en trámite de acceso a la información pública.
Módulo: Sistema de Integración de Datos (SISIDAT)

Cuadro 3. Suministrado por el Poder Judicial relativo a las demandas que este define como «levantamiento de embargo» y «levantamiento de embargo retentivo», en los Juzgados de Primera Instancia para los años 2018, 2019 y 2020.

INFORMACIÓN DE ANÁLISIS Y POLÍTICA PÚBLICA
CORTES DE APELACIÓN
ENTRADA DE RECURSOS RELATIVOS A DEMANDAS SELECCIONADAS
Años: 2018 a 2020. Datos a nivel nacional

Información por Meses seleccionados

Categoría	PERIODO 2018 (Año)			TOTAL PERIODO
	2018	2019	2020	
Levantamiento de embargo	286	277	25	588
Levantamiento de embargo retentivo	220	220	120	560
Validez de embargo	100	90	20	210
TOTAL	606	587	165	1.358

Nota: El total de casos no representa registros o modificaciones. Referencias: SAIP 007 001 00000 en el expediente con datos del año 2021 en trámite de acceso a la información pública.
Módulo: Sistema de Integración de Datos (SISIDAT)

Cuadro 4. Suministrado por el Poder Judicial relativo a las demandas que este define como «levantamiento de embargo», «levantamiento de embargo retentivo» y «validez de embargo», en las Cortes de Apelación para los años 2018, 2019 y 2020.

En ninguna de las solicitudes se nos pudo suministrar la información relativa al año 2021, en la segunda solicitud se nos indicó que la información de 2021 está en proceso de recopilación y procesamiento de la información sin que se nos indicara un tiempo estimado del fin del proceso. Respecto a las demandas en validez de embargo en los Juzgados de Primera Instancia se nos indicó que las mismas no se encuentran disponibles con las especificaciones en nuestra solicitud, no obstante, esta tener las mismas especificaciones a la de las Cortes de Apelación la cual sí fue suministrada.

No es posible determinar si todas las demandas identificadas por el Poder Judicial como «levantamiento de embargo» y «levantamiento de embargo retentivo» tanto en los datos reportados para los Juzgados de Primera Instancia como en las Cortes de Apelación están asociadas al proceso de levantamiento de embargos retentivos de cuentas bancarias o si en estas están incluidos procesos relativos al levantamiento de otras modalidades de embargo. Tampoco es posible determinar si el levantamiento de la información en ambos casos incluye información relativa a demandas de levantamiento de embargo retentivo o las demandas en validez de embargo retentivo en jurisdicciones distintas a la civil.

En todo caso, verificando el comportamiento de las demandas identificadas como «levantamiento de embargo retentivo» en Primera Instancia y luego a nivel de las Cortes de Apelación e infiriendo un comportamiento similar para las demandas en validez de embargo a través de esas instancias, entendemos que estos datos son consistentes con los hallazgos generales de la información recibida por las entidades de intermediación financiera.

Considerando estas informaciones y viendo el comportamiento interanual de la relación entre

embargos retentivos recibidos frente a intimaciones de pago recibidas, así como tomando las informaciones del Poder Judicial como han sido presentadas, aun teniendo en cuenta el potencial impacto derivado de las medidas tomadas por el Poder Judicial durante el Estado de Emergencia declarado en el año 2020 a raíz de la pandemia por el COVID-19⁷⁰, podemos afirmar con alta seguridad que en la República Dominicana menos del 1 % de los embargos retentivos a cuentas bancarias culminan con el pago de los fondos retenidos a favor de los acreedores como resultado del proceso establecido en la normativa.

Más aún, de las informaciones, tanto del Poder Judicial como la recibida de las entidades de intermediación financiera, resulta evidente que la resolución más común al proceso de embargo retentivo de cuentas bancarias tiende a ser el levantamiento de este, sea por orden de un tribunal o por acción del embargante.

Se debe resaltar que mientras las entidades de intermediación financiera de la Muestra A registraron 24 637, 24 633 y 19 809 embargos retentivos para los años 2018, 2019 y 2020, los casos de demandas en validez reportados por el Poder Judicial en las Cortes de Apelación a nivel nacional fueron de 110, 93 y 36 respectivamente para el mismo período, lo que pareciere ser consistente con los datos recibidos de las entidades de intermediación financiera respecto de la poca cantidad de intimaciones de pago de montos retenidos por embargos retentivos recibidas durante el mismo período que fueron 146, 133 y 125⁷¹.

Aun asumiendo errores en los datos reportados por el Poder Judicial y haciendo un ajuste de un improbable margen de 10 casos de demandas en

validez de embargo en los Juzgados de Primera Instancia por cada caso de demanda en validez de embargo reportado en las Cortes de Apelación⁷², en la abrumadora mayoría de los embargos recibidos por las entidades en la Muestra A no hay un tribunal de fondo que verifique la regularidad de los embargos retentivos conforme a lo que define nuestra Suprema Corte de Justicia como «una medida de carácter indefinido, lo que está vedado por la ley específicamente en el artículo 563 del Código de Procedimiento Civil»⁷³. De eventualmente poder levantarse los datos sobre embargos retentivos registrados en el Sistema Financiero Consolidado, entendemos que la disparidad entre estos y los casos de demandas en validez registrados en el Poder Judicial a nivel nacional será significativamente mayor que el hasta ahora determinado en el presente estudio.

Para mayor claridad, del ejercicio realizado en el presente estudio se desprende la alta probabilidad de que entre 85 % a 99 % de los embargos retentivos trabados en la República Dominicana en manos de las entidades de intermediación financiera no se hacen conforme a la ley, tal y como lo ha definido la Suprema Corte de Justicia.

Esto supone un reto tanto desde la perspectiva del cumplimiento del procedimiento para trabar embargos retentivos conforme está definido en el Código de Procedimiento Civil que debe ser de interés del Poder Judicial, así como de la protección a los usuarios de los servicios financieros que compete a la Junta Monetaria y a la Oficina de Servicios y Protección al Usuario de la Superintendencia de Bancos⁷⁴, y del Estado dominicano por su impacto en el clima de seguridad jurídica del país y su impacto en la economía y las inversiones.

70 Ver supra nota 7.

71 Ver tabla 3.

72 Ver Cuadro 4.

73 Ver supra nota 21.

74 El artículo 53 de la Ley 183-02, Código Monetario y Financiero crea el régimen de Protección al Usuario Financiero que complementa a la normativa general de protección al consumidor en la República Dominicana que se rige por la Ley No. 358-05. El Reglamento de Protección al Usuario Financiero en su última versión aprobada por la Primera Resolución de la Junta Monetaria de fecha el 5 de febrero de 2015 funge como la normativa especializada de protección al usuario de los servicios financieros en la República Dominicana.

A los fines de asistir en el ejercicio de dimensionar el potencial impacto económico de los embargos retentivos en cuentas bancarias en la República Dominicana, el presente estudio incluye un análisis de los montos retenidos por este concepto en una muestra de entidades de intermediación financiera dentro del Sistema Financiero Consolidado.

4.3. Montos retenidos por embargos retentivos en cuentas bancarias en la República Dominicana

A los fines de considerar compilar la información sobre montos retenidos por embargos retentivos en cuentas bancarias, el presente análisis tomó en consideración el total de captaciones del público en el sistema financiero de la República Dominicana que al 31 de diciembre del 2021 ascendió a un total de DOP 2 144 187 710 528.96⁷⁵. De dicho total, el detalle del análisis se concentra en 20 entidades de intermediación financiera, 18 Bancos Múltiples y 2 Asociaciones de Ahorro y Crédito que mantienen o mantuvieron operaciones en o durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021, que al 31 de diciembre del 2021 tienen captaciones del público ascendentes a la suma de DOP 2 041 664 420 000⁷⁶ o el 95.218 % del total de las captaciones del público en el sistema financiero de la República Dominicana.

Para el análisis se revisaron los estados financieros auditados de las 20 entidades de intermediación financiera antes indicadas en los años 2018, 2019, 2020, 2021 (en lo adelante Muestra B). Es importante destacar que para el reporte de estados financieros auditados del año 2020 se registra la formalización de una fusión de dos de las entidades financieras analizadas⁷⁷, y previo a los reportes

de estados financieros auditados del año 2021 una de las entidades de intermediación financiera fue disuelta administrativamente por la Junta Monetaria⁷⁸. Los estados financieros auditados para el año 2021 al momento de someterse el presente artículo no han sido publicados por todas las entidades de intermediación financiera, para cada dato en el que esta limitación se manifieste se indica en conjunto con el mismo.

Tomando en consideración las variaciones indicadas anteriormente la Muestra B incluye a 20 entidades de intermediación financiera para los años 2018 y 2019, a 19 entidades en 2020 y a 18 en el año 2021.

Antes de verificar y analizar los montos retenidos por embargos retentivos dentro de las entidades objeto de la Muestra B, se debe tomar en cuenta que en el Manual de Contabilidad emitido por la Superintendencia de Bancos⁷⁹, las captaciones del público en las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana se dividen en 2 grupos (Depósitos del Público y Valores en Poder del Público) y 11 subgrupos contables (Depósitos a la Vista, Depósitos de Ahorro, Depósitos a Plazo, Depósitos del Público Restringidos, Fondos Interbancarios, Reinversión de Intereses por Depósitos del Público, Cargos por Cargar en Depósitos del Público, Valores de Exigibilidad Inmediata, Valores de Exigibilidad Hasta Un Año de Plazo, Valores de Exigibilidad A Más de Un Año de Plazo, Valores en Poder del Público Restringidos, Cargos por Pagar por Valores en Poder del Público) los cuales tienen distintos niveles de detalle para su reporte regulatorio y en la forma que son presentados en los estados financieros auditados de las entidades de intermediación financiera.

75 Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. Estadísticas, Series Mensuales «Captaciones del Público por Sector y Tipo de Depositante al 31 de diciembre de 2021, Sistema Financiero Consolidado».

76 Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. Estadísticas, Series Mensuales «Captaciones del Público por Sector y Tipo de Depositante al 31 de diciembre del 2021, por Tipo de Entidad».

77 Ver Segunda Resolución de la Junta Monetaria de fecha 28 de diciembre de 2018 que autoriza el traspaso de acciones de los principales accionistas del Banco Dominicano del Progreso, S.A. a The Bank Of Nova Scotia of Canada.

78 Ver Segunda Resolución del 28 de enero del 2022 de la Junta Monetaria que ordena la disolución del Banco Múltiple de las Américas, S.A., entidad sujeta a régimen especial de supervisión desde 2019.

79 Ver Circular 013/21 de septiembre 2021 de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana contentiva del Manual de Contabilidad para Entidades Supervisadas.

Esto incide en el detalle de la información contenida en los estados financieros auditados de las entidades de intermediación financiera y en la capacidad de precisión del presente análisis respecto de las captaciones del público y los montos afectados por embargos retentivos a cuentas bancarias. No hay uniformidad de detalle en los reportes de montos restringidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en los distintos grupos y subgrupos contables reportados por las entidades de intermediación financiera analizadas para todas las captaciones del público, por lo que, por el momento, se descartó el análisis del impacto de los embargos retentivos sobre cuentas bancarias respecto del total de captaciones del público en las entidades de intermediación financiera objeto del muestreo.

Dicho lo anterior, sí se pudo constatar un nivel de detalle aceptable en los estados financieros auditados de una cantidad significativa de las 20 entidades de intermediación financiera durante el período analizado (en lo adelante Muestra C) respecto de los embargos de terceros en la Nota contable Obligaciones con el Público (Depósitos del Público dependiendo de la fuente), que abarca algunos subgrupos dentro del grupo contable Depósitos del Público, el cual nos permite hacer un análisis estadísticamente relevante sobre el monto de depósitos del público afectados por embargos de terceros en las entidades de intermediación financiera.



Tabla 5. Se compara el Total de Captaciones del Público del Sistema Financiero Consolidado con el monto que representa el Total de Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) conforme se reporta en los estados financieros del Sistema Financiero Consolidado para determinar la relevancia del muestreo estadístico de las informaciones derivadas del Total de Obligaciones con el Público respecto del Total de Captaciones del Público⁸⁰.

La Muestra C se refiere a las entidades de intermediación financiera dentro de la Muestra B que reportaron el detalle de montos retenidos por embargos de terceros dentro de las Obligaciones con el Público. Esto corresponde a 14 entidades de intermediación financiera de la Muestra B en el año 2018, 14 en el año 2019, 11 en el 2020 y 11 en el 2021.

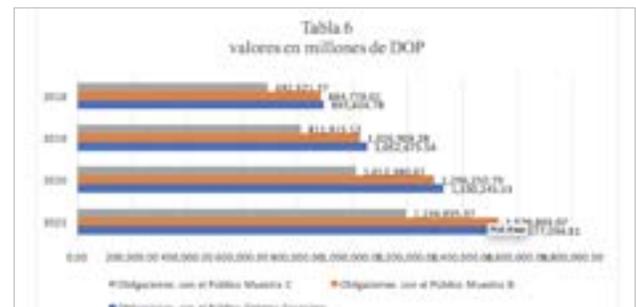


Tabla 6. Se compara el Total de Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) del Sistema Financiero Consolidado con el Total de Obligaciones con el Público de la Muestra B⁸¹ y el Total de Obligaciones con el Público de la Muestra C⁸² con el propósito de mostrar el alcance del muestreo estadístico en ambos casos, en la medida que estos sean referidos en el curso del presente escrito.

80 Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. Estadísticas, Series Mensuales «Captaciones del Público por Sector y Tipo de Depositante al 31 de diciembre de 2021, Sistema Financiero Consolidado» y Series de Tiempo «Estados Financieros Consolidados (Mensual)»

81 Ver Estados Financieros Auditados del Banco de Reservas de la República Dominicana, Banco de Servicios Múltiples, Banco Dominicano del Progreso, S.A. – Banco Múltiple, Banco Activo, Banco Múltiple Activo Dominicano, S.A., Banco Múltiple Ademi, S.A., Banco Múltiple BDI, S.A., Banco Múltiple Bellbank, S.A., Banco Múltiple BHD León, S.A., Banco Múltiple Caribe Internacional, S.A., Banco Múltiple de las Américas, S.A., Banco Múltiple LAFISE, S.A., Banco Múltiple López de Haro, S.A., Banco Múltiple Promérica de la República Dominicana, S.A, Banco Múltiple Santa Cruz, S.A., Banco Múltiple Vimenca, S.A., Banco Popular Dominicana, S.A. – Banco Múltiple, BANESCO Banco Múltiple, S.A., Citibank N.A., The Bank Of Nova Scotia, Asociación Popular de Ahorros y Préstamos y Asociación Cibao de Ahorros y Préstamos en los años 2018, 2019, 2020 y 2021.

82 Ver Estados Financieros Auditados del Banco de Reservas de la República Dominicana, Banco de Servicios Múltiples, Banco Dominicano del Progreso, S.A. – Banco Múltiple, Banco Múltiple Ademi, S.A., Banco Múltiple BDI, S.A., Banco Múltiple Caribe Internacional, S.A., Banco Múltiple de las Américas, S.A., Banco Múltiple LAFISE, S.A., Banco Múltiple López de Haro, S.A., Banco Múltiple Promérica de la República Dominicana, S.A, Banco Múltiple Vimenca, S.A., Banco Popular Dominicana, S.A. – Banco Múltiple, BANESCO Banco Múltiple, S.A., Citibank N.A. y The Bank Of Nova Scotia, en los años 2018, 2019, 2020 y 2021.

El subsecuente análisis sobre montos retenidos en cuentas bancarias como resultado de embargos de terceros, depositantes fallecidos, pignoraciones y por cuentas inactivas o abandonadas se realiza de los valores reportados por las entidades de intermediación financiera de la Muestra B y la Muestra C dentro de sus Obligaciones con el Público, conforme estos han sido reportados en sus estados financieros auditados en los períodos correspondientes.

Como indicáramos anteriormente, la Muestra C se construye con las entidades de intermediación financiera que reportaron el detalle de los montos embargados por terceros durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021⁸³. El número de entidades que reportaron dicho detalle para cada año fue de 14 en el año 2018, 14 en el año 2019, 11 en el 2020 y 7 en el 2021. La variación en el número de entidades de intermediación se debe a procesos de fusión⁸⁴ o a que los datos no fueron reportados para el tiempo correspondiente por cualquier razón⁸⁵. Al momento de la fecha límite para someter el presente artículo a publicación las entidades de intermediación financiera aún se encuentran dentro del plazo para publicar el informe de los auditores, los estados financieros auditados y notas⁸⁶ para el 2021, por lo que sólo son incluidas las que al momento del envío de este artículo ya han realizado la publicación de dichas informaciones.



Tabla 7. Se refleja el Total de los montos embargados en la Muestra C. Los valores resultan de la suma

de los montos reportados por cada entidad de intermediación financiera de la Muestra C en sus estados financieros auditados como montos retenidos por embargos de terceros dentro de la Nota Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) correspondiente a cada entidad durante cada año del período.

La tabla 7 se limita a los montos reportados como embargados por terceros en la Nota Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) de las entidades de intermediación financiera de la Muestra C por lo que debe ser menor a la totalidad de los montos retenidos por embargos de terceros en el sistema financiero de la República Dominicana. Es posible hacer un estimado más aproximado del total de los montos embargados por terceros en el sistema financiero verificando el porcentaje que representan los montos embargados por terceros dentro del total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra C para utilizarlo como base para aplicarlo sobre el total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra B.

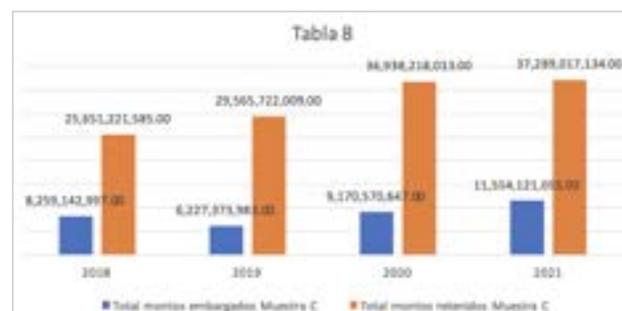


Tabla 8. Se visualizan el total de montos embargados por terceros en la Nota Obligaciones con el Público

83 Ver supra nota 63.

84 Ver supra nota 58.

85 Ver por ejemplo supra nota 59.

86 Ver Calendario de Actualización de Publicaciones Estadísticas.

de la Muestra C junto al total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra C.

De la tabla 8 se puede verificar que los montos embargados por terceros dentro del total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra C fue de 32 % en 2018, 21 % en 2019, 25 % en 2020 y 31 % en 2021 para un promedio durante el período analizado de 27%. Veamos el total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra B⁸⁷.

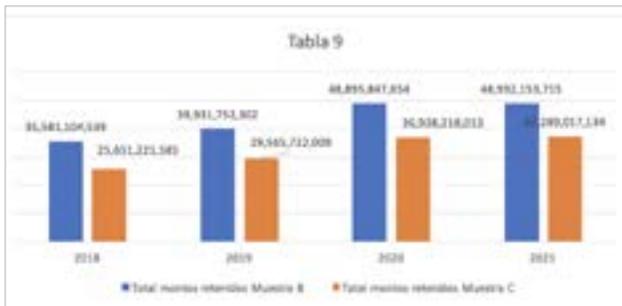


Tabla 9. Se presenta el total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) de las entidades de intermediación financiera en la Muestra B junto al total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas en la Nota Obligaciones con el Público de las entidades de intermediación financiera en la Muestra C.

De la tabla 9, y tomando en consideración los hallazgos mostrados en la tabla 8, se puede estimar que para el cierre del año 2021 los montos retenidos por embargos de terceros dentro de la Nota de Obligaciones con el Público (Depósitos del Público) en la Muestra B pudieron haber oscilado entre DOP 12 mil millones y DOP 18 mil millones. Tomando en consideración que en ambas muestras no se incluyen a todas las entidades de intermediación financiera en el Sistema Financiero y que los montos se limitan a los declarados en la Nota de Obligaciones con el Público de la Muestra B, si el resto de las captaciones del público en las entidades de intermediación financiera reciben un tratamiento similar, el total de los fondos retenidos por embargos de terceros en el sistema financiero de la República Dominicana para el cierre del año 2021 puede estar oscilando la suma de entre DOP 14 mil millones y DOP 20 mil millones.

No obstante lo anterior, se deben tener en cuenta las limitaciones ya detalladas sobre la información recabada para el presente estudio que representa un reto en la precisión de estos estimados, adicionalmente el uso de promedios crea un margen de error difícil de medir ya que variables como el foco estratégico del negocio de las entidades, la proporción de captaciones por tipo de clientes, entre otros aspectos particulares a cada entidad pueden tener un impacto material en la cantidad de embargos que estas reciben y los montos de estos, entre otros aspectos que no pueden ser considerados debido a las limitaciones de la información disponible. A los fines de tener el dato con mayor precisión, las entidades de intermediación financiera deben incluir el detalle de los montos retenidos por embargos retentivos de forma desagregada del total de montos retenidos por embargos de terceros, por fallecimiento del titular, por pignoración, inactividad o abandono de cuentas para la totalidad de sus captaciones del público o que la Superintendencia de Bancos establezca un estándar de reportería de esta

87 Ver supra nota 62.

información para la creación de una serie estadística continua con dichos datos.

V. Conclusiones

El presente estudio presenta evidencias de que el proceso de embargo retentivo a cuentas bancarias en la República Dominicana tiene problemas críticos respecto a la relación entre la forma en como ha sido estructurado normativamente y como es ejecutado en la práctica. Llegamos a la conclusión de que entre 85 % y 99 % de los embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera no se ajustan al objeto definido para el embargo retentivo conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil y se ha definido en la jurisprudencia y la doctrina relevante a este tema.

La anterior conclusión se apoya en los datos del total de embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera que pudieron facilitar informaciones para el presente análisis, comparado con los actos de intimación a pago de los montos retenidos por dichos embargos que manifiestan la intención del acreedor de hacer efectivo el objeto del embargo retentivo frente al tercero embargado, así como por el total de demandas en validez de embargo reportado por el Poder Judicial.

Más aún, las informaciones captadas por el presente estudio claramente evidencian que el levantamiento del embargo retentivo, por orden de tribunal o acción directa del embargante, representa la resolución más común, por abrumadora mayoría, de los embargos retentivos recibidos por las entidades de intermediación financiera.

Adicionalmente, se pudo comprobar que una entidad de intermediación financiera reportó 1702 embargos vigentes con más de 2 años desde su recepción inicial. Esta misma entidad reportó 2 217 embargos retentivos y 0 intimaciones de pago en

2018; 2 021 embargos retentivos y 1 intimación de pago en 2019; 1 978 embargos retentivos y 1 intimación de pago en 2020, y 3 452 embargos retentivos y 2 intimaciones de pago en 2022. Lo que habla de un potencial añejamiento sustancial de los procesos de embargos retentivos en manos de las entidades de intermediación financiera, lo que supone potenciales problemas en el proceso de los embargos retentivos en cuentas bancarias o en el estado de la situación de la mora judicial acumulada.

Adicionalmente, se pudo identificar una proporción material del total de los fondos retenidos en las entidades de intermediación financiera por concepto de embargos retentivos, lo que nos permitió estimar el monto total de dinero retenido por este concepto en el sistema financiero de la República Dominicana dentro del rango de DOP 14 mil millones y DOP 20 mil millones para el cierre del año 2021.

El embargo retentivo a cuentas bancarias en la República Dominicana, en la forma actualmente normado en la legislación, no parece ser un proceso adecuado para la ejecución del cobro por parte de los acreedores, no ofrece protección o seguridad a los deudores frente a potenciales acciones abusivas de los acreedores y, por el volumen de acciones, representa una carga operativa significativa para los terceros embargados y potencialmente para el Poder Judicial.

5.1 Recomendaciones legislativas

Recomendamos la modificación del proceso de embargo retentivo en el Código de Procedimiento Civil para que la acción de embargar retentivamente cuentas bancarias sea a través de un proceso administrativo por ante el Poder Judicial como ya ocurre en Brasil⁸⁸, Bolivia⁸⁹, Costa Rica⁹⁰, El Salvador⁹¹, Guatemala⁹², Paraguay⁹³ y Uruguay⁹⁴,

88 Ver supra nota 31.

89 Ver supra nota 32.

90 Ver supra nota 33.

91 Ver supra nota 34.

92 Ver supra nota 35.

93 Ver supra nota 36.

94 Ver supra nota 37.

no pudiendo el acreedor embargar directamente en manos de los terceros embargados sin la revisión y autorización administrativa previa de un tribunal.

Favorecemos que la legislación introduzca un sistema electrónico de notificaciones entre el Poder Judicial y la Superintendencia de Bancos, donde el primero pueda notificar al segundo las acciones de embargo retentivo sobre cuentas bancarias para que este último a su vez instruya la acción a todas las entidades dentro del sistema financiero, debiendo estas informar a la Superintendencia de Bancos los montos retenidos por dicha acción para que esto pueda ser puesto en conocimiento del Poder Judicial dentro de un plazo breve.

La introducción de este sistema lograría múltiples objetivos: i) permitir la revisión administrativa de la actuación de los acreedores, lo que facilitaría al Poder Judicial establecer un control preventivo de las actuaciones abusivas y temerarias por parte de estos; ii) reducir los costos a los acreedores del proceso de notificación de los embargos retentivos así como de la gestión de recepción de las declaraciones de fondos retenidos que actualmente deben emitir las entidades de intermediación financiera; iii) permitir al Poder Judicial a que, de forma administrativa, pueda corregir cualquier situación de desprotección de los derechos de los deudores que resulte de la acción del embargo retentivo sobre sus cuentas (por ejemplo: un embargo que afecte a cuentas del deudor en múltiples entidades de intermediación financiera que de forma consolidada presenten un exceso del monto por el cual originalmente fue trabado el embargo); iv) facilitar la inmediatez del proceso de ejecución asociado a los embargos retentivos, pudiendo el Poder Judicial asignar un tribunal para conocer la validez del embargo, así como de cualquier acción de impugnación del proceso, haciendo la denuncia del proceso al deudor y notificar tanto a este como al acreedor de la fijación de audiencia una vez sea agotado el proceso administrativo; y v) brindar al Poder Judicial un control más detallado sobre el proceso, incluyendo el registro de inicio y fin del mismo lo que le permitirá establecer un seguimiento estadístico

más robusto y poder determinar el impacto de este en la administración de sus recursos.

Estimamos que al introducirse este mecanismo, el total de embargos retentivos sobre cuentas bancarias que se realizan en la República Dominicana tendería hacia una baja material en el corto, mediano y largo plazo, junto a esto también la entrada de demandas en levantamiento de embargos retentivos al Poder Judicial, lo que pudiera tener un impacto neto positivo en los esfuerzos de reducir la mora judicial.

Otras oportunidades que pueden ser consideradas para mejorar el proceso de los embargos retentivos sobre cuentas bancarias es la creación de un patrimonio autónomo bajo la administración del Poder Judicial que reciba y administre los valores que resulten retenidos por embargos retentivos. Esto tenderá a reducir los costos y facilitar el proceso de ejecución de los fondos retenidos a favor de los acreedores, a asegurar la cobertura de los gastos en los que incurra el Poder Judicial y a garantizar el pago de los honorarios de representación de los abogados resultantes de estos procesos, lo que resulta de eliminar la multiplicidad de entes actuando en calidad de terceros embargados y ejecutarse todo el procedimiento ante una sola sede bajo un único procedimiento administrativo ya definido.

5.2. Recomendaciones al Poder Judicial

En la elaboración del presente trabajo pudimos detectar oportunidades de mejoras en la metodología y generación de las informaciones de carácter estadístico dentro del Poder Judicial. Entendemos que la información suministrada y empleada por el actual estudio pudiera estar sujeta a correcciones por parte del Poder Judicial que, aunque no creemos que tendrán suficiente materialidad como para variar de manera sustancial nuestras conclusiones, sí podrían arrojar una perspectiva más clara y completa de los procesos de embargos retentivos dentro de dicho ente.

Como dice Pacheco (2013) «la obtención de información completa, oportuna y confiable a

través de las herramientas estadísticas se vuelve imprescindible para la dirección integral de las organizaciones»⁹⁵, por lo que es importante para el Poder Judicial poder capturar, procesar, almacenar y generar informaciones como las solicitadas en esta investigación de manera sencilla y clara para el uso interno y externo de la misma.

El Poder Judicial ha dado pasos importantes en esa dirección con la implementación de su Plan Estratégico del Poder Judicial Visión 20-24⁹⁶ que, en gran medida, ya le permite monitorear la demanda de sus servicios por jurisdicción. Los avances en las siguientes fases de implementación de este proyecto serán cruciales para maximizar los beneficios que ya están derivando de su introducción.

El Poder Judicial debe considerar la implementación de un catálogo de acciones judiciales divididos por jurisdicción, tipo de acción y el proceso legal, en la forma en que esté definido en la legislación, que estandarice el registro de estas acciones dentro de las informaciones recabadas por el Poder Judicial. En el caso de este estudio, sería beneficioso que las demandas en validez de embargo retentivo y las demandas en levantamiento de embargo retentivo estuvieran identificadas dentro de una categoría definida para cada una, y que las mismas puedan ser consultadas a través de todas las jurisdicciones, en especial la jurisdicción civil y comercial, así como la laboral, donde este tipo de acciones legales tienden a ser más comunes, para poder determinar con mayor precisión su incidencia.

La creación y estandarización de un catálogo de esta naturaleza le permitirá al Poder Judicial determinar con aún mayor profundidad la distribución de sus recursos. Si bien visualizar la distribución jurisdiccional de la carga de sus servicios es una información muy valiosa y un excelente punto de partida, determinar con precisión las acciones legales que generan mayor

demanda de sus servicios crearía a favor del Poder Judicial una herramienta invaluable para no sólo hacer un uso más efectivo de sus recursos, sino para determinar de forma objetiva los puntos de estrés legislativos y normativos e informar, en el proceso de su toma de decisiones, el mejor curso de acción para atenderles, incluyendo para documentar sus propuestas de modificaciones legislativas o sustentar algunas de sus decisiones jurisprudenciales.

Adicionalmente el Poder Judicial puede considerar el establecimiento de una norma y estándar interno para el uso de hashtags y otras técnicas de optimización de búsquedas (SEO)⁹⁷ dentro del proceso de elaboración de sentencias y otros documentos del Poder Judicial, que permita extraer información estadística más precisa y en detalle de sus actividades.

La introducción de una norma y la estandarización del uso de técnicas de optimización de búsquedas dentro de los documentos emanados del Poder Judicial, especialmente en las sentencias de los tribunales, no sólo probaría ser una herramienta efectiva para las actividades administrativas del Poder Judicial, sino que podría probar ser un recurso invaluable para jueces, abogados, investigadores, auxiliares de la justicia y para la ciudadanía en general, que les permitiría conocer mejor las actividades de la institución, pero muy especialmente para dar seguimiento jurisprudencial de las decisiones emanadas de los distintos tribunales.

5.3. Recomendaciones a la Superintendencia de Bancos

La Superintendencia de Bancos debe considerar, como parte del rol puesto a su cargo por la Junta Monetaria de salvaguardar la protección de los usuarios de los servicios financieros a través de la Oficina de Servicios y Protección al Usuario

95 Pacheco Espejel, Arturo A. «La estadística aplicada como herramienta para la dirección integral de las organizaciones». Revista Gestión y Estrategia Núm. 44, Julio/Diciembre 2013, p. 132.

96 Ver el Plan Estratégico del Poder Judicial de la República Dominicana 2020-2024. <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/78807>

Financiero⁹⁸, coordinar junto al Poder Judicial cualquier acción tendente a modificar la legislación vigente relativa al proceso de embargos retentivos e impulsar la creación del sistema de notificaciones electrónicas sugerido en el punto 4.1. del presente análisis, para tener un mayor control de esta actividad en el sistema financiero y determinar con mayor precisión su impacto sistémico y sobre los derechos de los usuarios de los servicios financieros.

Adicionalmente la Superintendencia de Bancos puede coordinar acciones junto a las entidades de intermediación financiera para establecer un estándar de reportería de las informaciones relativas al proceso de los embargos retentivos que permita documentar el impacto de este en todas las captaciones, determinar la cantidad de acciones de esta naturaleza recibidas en el sistema financiero, y contabilizar los usuarios de los servicios financieros afectados por estas acciones.

Para determinar, analizar y cuantificar el impacto de los embargos retentivos tanto en el sistema financiero, en las actividades de captación de inversión extranjera, así como en los esfuerzos de bancarización de la población dominicana, se debe estandarizar la forma de captación, almacenamiento y reportería de la misma para facilitar la publicación de reportes estadísticos de esos datos que pudieran ser cruciales para realizar estudios adicionales que profundicen en este tema.

Adicionalmente la Superintendencia de Bancos pudiera crear una guía para el cálculo de un coeficiente de añejamiento de los procesos de embargos retentivos en manos de las entidades de intermediación financiera, basado en las informaciones estandarizadas que esta recabe, para mejor comunicar al Poder Judicial el impacto de este proceso sobre los usuarios y la efectividad de los controles que puedan ser implementados.

Más aún, la Superintendencia de Bancos puede a través de su participación en la Junta Monetaria, promover mayor coordinación entre los distintos reguladores sectoriales del sistema financiero, con especial énfasis en la Superintendencia del Mercado de Valores de la República Dominicana, para evaluar el impacto de este tipo de acciones en todo el mercado y definir estándares de reportería y seguimiento de estas a nivel consolidado de todo el sistema financiero, seguros y de valores.

5.4. Recomendaciones a las entidades de intermediación financiera

De la solicitud a la ABA de informaciones relativas a los embargos retentivos a cuentas bancarias sólo se pudo obtener información de parte de 6 de sus 16 miembros⁹⁹. A los fines de que este tema pueda ser profundizado, las entidades de intermediación financiera, incluyendo a las Asociaciones de Ahorros y Préstamos, Bancos de Ahorro y Crédito y las Corporaciones de Créditos, deben recabar y catalogar las informaciones estadísticas respecto de los embargos retentivos, levantamientos de embargo, intimaciones a pago sobre fondos retenidos por embargos retentivos y demás acciones procesales que les sean notificadas que deriven de embargos retentivos.

Considerando el impacto que tiene el proceso de embargo retentivo para sus clientes es importante que las entidades de intermediación financiera puedan proveer información clara, completa y actualizada a los actores involucrados en los procesos de revisión y modificación de las normas, para que estos puedan juzgar estas situaciones en su adecuada dimensión.

Como primera acción recomendamos que por intermedio de la Asociación de Bancos Múltiples de la República Dominicana, la Liga Dominicana de Asociaciones de Ahorros y Préstamos y la Asociación de Bancos de Ahorro y Crédito y

98 Ver artículo 8 del Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros aprobado mediante Primera Resolución del 5 de febrero del 2015 de la Junta Monetaria.

99 Ver supra nota 56.

Corporaciones de Crédito, se haga un catálogo de definiciones para fines estadísticos donde quede definido lo que debe ser registrado como embargo retentivo, oposición a pago, levantamiento de embargo retentivo sin efecto, levantamiento de embargo retentivo efectivo, intimación a pago de valores retenidos por embargo retentivo sin efecto, intimación a pago de valores retenidos por embargo retentivo con efecto, entre otros términos estadísticamente relevantes para dar monitoreo continuo al proceso de embargos retentivos a cuentas bancarias en el sistema financiero.

En el levantamiento de la información para el presente análisis notamos que las entidades de intermediación financiera reportan informaciones en sus estados financieros auditados relativos a otros procesos de naturaleza legal que pudieran ser de interés normativo y de investigaciones de procesos legales, como los procesos de naturaleza sucesoral asociados a los montos retenidos como resultado del fallecimiento de clientes.

Las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana están sujetas a obligaciones de cumplimiento legal, regulatorio, tributario y en materia de prevención de lavado de activos de los cuales hay poca o ninguna estadística disponible al público que pueda ser analizada, evaluada o considerada para fines de investigación o para consideración de los actores del proceso de elaboración de normas. Poder estandarizar, catalogar y reportar algunas de estas informaciones, en efecto, creando un hub de información de cumplimiento normativo desde el sistema financiero, podría ser decisivo para la estructuración de leyes y regulaciones a futuro en beneficio del sistema y los usuarios.

5.5. Consideraciones finales

Si bien hay doctrina y jurisprudencia abundante respecto a los embargos retentivos en la República Dominicana, en el curso del presente estudio no nos fue posible encontrar material similar o comparable que hiciera un análisis estadístico de esta acción legal que nos sirviera de base para la realización de este estudio.

Sugerimos que sean realizados estudios e investigaciones adicionales respecto al tema considerado en el presente escrito que se pueda documentar aún más el análisis estadístico de este proceso en la práctica jurídica ordinaria. Igualmente sugerimos que sean sometidos a similar escrutinio todos los procesos legales y normativos para mejor documentación de su impacto real en la sociedad y agregar valor al proceso de toma de decisiones de los hacedores de normativas.

Los procesos de creación y ejecución de normativas legales no deben ser considerados inerrantes y estáticos, meramente moldeables con maquillajes jurisprudenciales, sino que estos deben estar sometidos a constante escrutinio sobre su ejecución en la realidad y mantenerse abiertos a cambios cuando estos no cumplan el rol para el cual fueron creados. Alcanzar un nivel adecuado de análisis de esos cambios siempre estará sujeto a la capacidad de generar y brindar acceso a más y mejores informaciones de carácter estadístico sobre todas las actividades alrededor del derecho y sus ramas.

Referencias

Banco Mundial. Ease of Doing Business Report, Dominican Republic (2020).

Germán Mejía, Mariano. *Conferencias Sobre Vías de Ejecución. Dictadas del 30 de octubre al 1 de noviembre de 1987*. 2002. Editora Dalis.

Martínez, Jesús G. «El drama de quienes toman préstamos en empresas no reguladas o supervisadas». 14 de febrero del 2022. Acento.

Pacheco Espejel, Arturo A. «La estadística aplicada como herramienta para la dirección integral de las organizaciones». *Revista Gestión y Estrategia* Núm. 44, Julio/Diciembre 2013.

Pérez Méndez, Artagnan. «*Procedimiento civil tomo III: Las vías de ejecución y las vías de distribución*. Santo Domingo, D.N., República Dominicana». *Amigo del Hogar* (s.f.).

Presidencia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional. Ordenanza 1276/13 del 22 de octubre del 2013.

Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional. Sentencia Núm. 026-02-2017-SCIV-00168 del 7 de marzo del 2017.

Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional. Sentencia Núm. 035-2021-SCON-00554 del 19 de mayo del 2021.

Senior Fernández, Jaime M. «El abuso de los embargos». *El Dinero*, 22 de febrero del 2018.

George S. Spais (2010). *Search Engine Optimization (SEO) as a dynamic online promotion technique: The implications of activity theory for promotion managers*. *Innovative Marketing*, 6(1).

Subero Isa, Jorge A. «Competencia del Juez de los Referimientos para Ordenar el Levantamiento de un Embargo Retentivo». *Cuadernos Jurídicos. Universidad Pedro Henríquez Ureña*, n.º 03 (1978).

Suprema Corte de Justicia, 5 de octubre de 1983, Boletín Judicial 875.

Suprema Corte de Justicia, 27 de enero de 1984, Boletín Judicial 878, Sentencia No. 27

Suprema Corte de Justicia, Sentencia Núm. 2474-2021 del 19 de octubre del 2021.

Tavarez, Froilán. *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*. Editora Tiempo, 1989.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0048/15 del 30 de marzo del 2015.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0049/15 del 30 de marzo del 2015.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0374/20 del 29 de diciembre del 2020.

Logros y retos de la inclusión de la cláusula de exclusión en la prueba digital o electrónica en el Código General Disciplinario de Colombia

Michael Oyuela Vargas*

Recibido: 13 de mayo de 2022 - Aceptado: 12 de julio de 2022

Resumen

Luego de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 o Código General Disciplinario y su modificación por la Ley 2094 de 2021, se vislumbró que una de las modificaciones hechas al régimen disciplinario anterior se centró en la inclusión de la regla de exclusión como principio y norma rectora de la nueva ley, además de la incorporación de las excepciones a su aplicabilidad en el caso de que, en ejercicio de la acción disciplinaria, se corroborara la ilicitud o ilegalidad de la prueba. Aunado a lo anterior y frente a los retos actuales que ha asumido la humanidad entera en lo que respecta a la conservación de la salud pública, así como el auge de la utilización de las tecnologías de la información, este documento pretende encausar la valoración de la prueba digital o electrónica en los procesos disciplinarios, así como la aplicabilidad de la cláusula de exclusión de aquellas que atenten contra derechos fundamentales.

Palabras clave: Regla de exclusión, aplicación, prueba ilegal, prueba ilícita, debido proceso, excepciones, principio, tecnología.

Abstract

After the entry into force of Law 1952 of 2019 or the General Disciplinary Code and its modification by Law 2094 of 2021, it was glimpsed that one of the modifications made to the previous disciplinary regime focused on the inclusion of the exclusion rule as a principle and governing rule of the new law, in addition to the incorporation of the exceptions to its applicability in the event that, in the exercise of disciplinary action, the illegality or illegality of the test is confirmed. In addition to the foregoing and in the face of the current challenges that humanity as a whole has assumed with regard to the conservation of public health, as well as the rise in the use of information technologies, this document aims to channel the assessment of the digital or electronic evidence in disciplinary processes, as well as the applicability of the exclusion clause of those that violate fundamental rights.

Keywords: *Exclusion rule, application, illegal evidence, illicit evidence, due process, exceptions, principle, technology.*

* Abogado, Egresado de la Universidad Libre, estudiante de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, Magister en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia y de la Escuela de Asuntos Públicos e Internacionales de la Universidad de Columbia, Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado y en Derecho Administrativo, Gerencia Pública y Control Fiscal de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Con más de 17 años de experiencia como profesional como asesor de distintas entidades públicas como Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Alcaldía Mayor de Bogotá, Alcaldías Locales y del orden Municipal, Conjuez de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Juez Administrativo de Bogotá y Profesor Universitario en pregrado y posgrado.

I. Introducción

Teniendo en cuenta el largo camino que ha recorrido la inclusión de la cláusula de exclusión para que se vuelva ley de la república en el Código General Disciplinario con el objeto de propender porque la protección a los derechos de los servidores públicos se convierta en un gran avance, en el que no se tendría que seguir aplicando la jurisprudencia, sino que como ley se deberá hacer cumplir la norma. El reto significa su circunstancial implementación en la pospandemia cuando el uso de la tecnología se ha convertido en la forma más eficiente para acelerar los procesos judiciales en general (dentro de lo que se incluye la consolidación de la prueba digital o electrónica), superando las barreras de acceso que se traducen en una cobertura de internet limitada y deficiente de algunos departamentos del país que en últimas constituye un peligro para la equidad de los ciudadanos. Con este artículo pretendo, de manera sencilla y concisa, hacer una descripción del proceso y de su implementación.

1. Prueba digital y evidencia electrónica en la época actual poscovid-19

1.1 Avances en materia procedimental

La pandemia del COVID-19 marcó un hito en el mundo. Su repercusión fue más dramática debido a la lentitud o inexistencia de implementación de las tecnologías en los procesos judiciales. La presencialidad como única forma de acceder a los estrados judiciales y su ruptura por los aislamientos obligatorios generaron la parálisis de muchos procesos que afectaron a ciudadanos de manera muy grave. A pesar de tener tantas implicaciones el poder judicial no se tuvo en cuenta como una actividad esencial, se suspendieron las actividades judiciales y los plazos procesales. La poca o nula utilización de la tecnología por parte de muchos jueces, la falta de capacitación también ahondó la problemática. La falta de normativas regulatorias y en casos que están regulados, la discrecionalidad de los magistrados por encima de la ley ha generado más injusticia (Bohórquez 2020).

Debido a la pandemia y teniendo en cuenta que, en la Constitución Política, el artículo 215 otorga al presidente de la República la potestad de dictar

decretos legislativos en estados de excepción sin mayúscula, se expidió el decreto 806 de 2020 por el cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia con el objetivo de eliminar las barreras que imposibilitaban la virtualidad en los trámites procesales y principios rectores de la implementación de las tecnologías de información para facilitar el acceso a la justicia de manera virtual. Así mismo, poder continuar con el servicio de la rama judicial a través de los municipios y personerías para participar en las actuaciones virtuales del país.

El uso de la tecnología en los procesos judiciales no es una potestad de los funcionarios, es un deber. Las autoridades judiciales están obligadas a informar a sus usuarios sobre las formas tecnológicas de comunicación que van a tener, y eso va más allá del uso del correo electrónico. La presencialidad ya no es importante, la intermediación no puede ser física, es sensorial. A través de video conferencias por ejemplo puede lograrse quizá más cercanía que en un salón. Ya no se requieren firmas notariales, las firmas electrónicas son aceptadas y en muchos casos ya no se piden siquiera poderes. Los trámites burocráticos deben minimizarse, no se puede imaginar la modernización del sistema judicial a la velocidad que marchaba antes del COVID-19 (Quiróz 2020).

El uso de las herramientas electrónicas tales como el correo electrónico, redes sociales o teléfonos celulares han conducido a una transformación que exige que estas nuevas tecnologías sean incluidas en la legislación colombiana de tal forma que de manera segura puedan proteger las pruebas digitales en el ámbito probatorio en los procesos.

Los principales problemas que han impedido el acceso a la modernización en Colombia a la velocidad que se requiere, se agrupan en dos:

Organización desfasada del sistema judicial, carente de recursos financieros, tecnológicos, materiales y humanos con insuficiente cobertura geográfica, problemas logísticos, limitaciones en el acceso a la información y la falta de transparencia.

Obstáculos legales y procedimentales: excesivos formalismos procesales, normas rígidas en materia de notificación, plazos, legitimación y admisibilidad, producción de pruebas y carga probatoria legítimas, seguras, confiables y ausencia de tribunales especializados (Forenza 2020).

En consecuencia, se deben fortalecer y garantizar la seguridad de las herramientas tecnológicas garantizando su legitimidad y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Cano J.J.C (2015) entiende que la evidencia electrónica es «cualquier información que, sujeta a una intervención humana u otra semejante, ha sido extraída de un medio informático» o sea que cualquier registro que se encuentre almacenado en un computador puede utilizarse como prueba en un proceso judicial. La prueba digital es la especie y la evidencia electrónica es el género, esto significa que la evidencia digital incluye la prueba digital y la solicitud a través de medios análogos, como por ejemplo la grabación de una conversación telefónica en una cinta de audio.

Para poder confirmar la validez de la prueba digital y la evidencia electrónica que se pueden definir como elementos intangibles se deben tener en cuenta varias características.

1.1.1 Evidencia electrónica

En el marco jurídico, la evidencia se define como un modo en el que un hecho está probado o refutado por un juez de la república. La evidencia electrónica se define como la información que ha sido extraída de un computador la cual puede ser usada como evidencia en cualquier proceso judicial (Cano 2015).

1.1.2 Evidencia digital

Es la materia prima para los investigadores en la que la tecnología informática es la parte fundamental del proceso donde las características de la evidencia digital son: volátiles, anónimas, suplicables, alterables y modificables, eliminables.

1.1.3 Tipos de pruebas digitales o electrónicas

Hay dos tipos de pruebas, las digitales o volátiles ya que están en un computador alojada en una memoria RAM o CACHE que se pierden cuando el computador se apaga y las pruebas electrónicas o constantes que se guardan en un medio informático y se preserva, así el computador se apague.

II. Enaltecimiento de la cláusula de exclusión en el nuevo régimen disciplinario

La cláusula o regla de exclusión corresponde, en términos generales, al deber que tiene la autoridad disciplinaria en su ejercicio de valoración del material probatorio recaudado en el curso del proceso, de expulsar toda prueba que ha transgredido manifiestamente el derecho al debido proceso y otros tantos de rango constitucional.

En la sentencia unificada C- 159 del 2002, la Corte Constitucional clarifica el aspecto teleológico inherente a la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas e ilegales, exponiendo que se trata sin más, de un auxilio de orden constitucional con miras a preservar las garantías mínimas de las que gozan los participantes de los procesos judiciales y administrativos, pero también a limitar el ejercicio probatorio a la dignidad humana, al estado social de derecho y a la priorización del interés general en la función pública.

2.1 Derecho al debido proceso como principio de la cláusula de exclusión

Como se sabe, todo sistema jurídico está configurado grosso modo por valores, principios y reglas. Sobre los segundos, se ha entendido que corresponde a «mandatos de optimización» (Robert 1993) o normas generales (en menor grado que los valores que son más abstractos y abiertos) que irradian la aplicabilidad y la interpretación del sistema de las reglas y que, en palabras de la Corte Constitucional, alcanzan por sí mismas una proyección normativa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 1287 de 2001). Bajo ese mismo postulado, funcionan las diferentes ramas del derecho y, por lo tanto, el derecho disciplinario

tal y como lo señaló en su momento el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 refiriéndose a la prevalencia de los principios rectores contenidos en la Constitución Política, en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia y en la ley referida y que así mismo lo refrenda la Ley 1952 de 2019.

La actividad probatoria materializada en el marco del procedimiento disciplinario está del todo supeditada al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, que a su vez esboza ciertos principios directamente vinculantes en lo que respecta a la producción, práctica y contradicción de la prueba. Sobre el particular, se insertó expresamente la nulidad de pleno derecho de toda prueba obtenida con violación al debido proceso que, en el ordenamiento jurídico colombiano, constituiría la base constitucional sobre la que descansa la cláusula de exclusión.

En consecuencia, el Código General Disciplinario introdujo tal regla de exclusión en su artículo 21, esto es, justo dentro de su parte dogmática con el fin de precisar que, en el ejercicio de la investigación y juzgamiento de toda falta disciplinaria emprendida por la autoridad competente, no se puede desconocer la obligación de observarla con rigurosidad.

2.1.1. Distinción entre la prueba ilícita y la prueba ilegal

Uno de los principios del derecho disciplinario que cobijan el ejercicio de valoración probatoria es el de investigación integral, contenido en el artículo 13 de la Ley 1952 de 2019. Código General Disciplinario que corresponde a la obligación de realizar una investigación acuciosa de los hechos que demuestren la configuración de la falta disciplinaria y, por ende, la responsabilidad del sujeto disciplinable, así como de los hechos tendientes a probar la ausencia de la conducta disciplinable. Este mandato se une propiamente con la finalidad de la prueba que consiste en la certeza a la que arriba una autoridad luego de la valoración integral de los elementos probatorios sobre unos hechos concretos que le permitirán decidir.

No obstante, y tal como se ha precisado, no es posible valerse de cualquier medio para la producción

u obtención de la prueba que se pretenda aportar en el curso del proceso, siendo aún más gravoso que para ese cometido, se atente contra el debido proceso y los demás derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues de ser este el proceder, la consecuencia jurídica por regla general será la exclusión del proceso.

De las múltiples irregularidades detectadas por las autoridades con potestad disciplinaria, la doctrina y la jurisprudencia colombiana han diferenciado la prueba ilícita y la prueba ilegal, ambas prohibidas por mandato constitucional y sobre las cuales, en principio, debe recaer la eliminación o excusión del proceso.

Tratándose de la prueba ilegal, se entiende que es aquella que se produce o practica sin la estricta adecuación a las formas que la ley establece para ese determinado medio probatorio. En otras palabras, es una afectación a las reglas formales propias de la prueba, como en el caso de la confesión, que según lo establecido en el artículo 161 de la Ley 1952 de 2019, deberá practicarse ante la autoridad competente. Ahora bien, en lo que respecta a la prueba ilícita, hay que decir que es la que se obtiene con ocasión a la violación, vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales o garantías constitucionales como la intimidad, la integridad personal, la vida, etc. También se le ha denominado a esta como prueba inconstitucional, pues constituye una violación al debido proceso, pero desde su perspectiva sustancial, desconociendo los preceptos constitucionales (Sánchez 2021, 272).

2.2 Modulación en el ejercicio de aplicación de la regla de exclusión

Aun cuando no esté permitido obviar la aplicación de esta regla probatoria, sí es importante tener en cuenta que no toda anomalía encontrada en la producción de una prueba constituye certeramente una violación de la cual sea predicable la exclusión, por lo que, en palabras del Consejo de Estado (Sentencia del 10 de octubre de 2019, Rad. 2012-0582, Consejero ponente: William Hernández Gómez), su aplicación no es «sencilla ni mecánica», debido a que, si se trata de alteraciones puramente formales, no habrá lugar a considerar lo prescrito

por el artículo 29 de la Constitución Política, último inciso. De tal manera, sólo se excluirá el material probatorio, cuando haya sido obtenido con afectación a «las normas sustantivas que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o cuando se desconocen formalidades esenciales que aseguran su confiabilidad».

Eso significa que el marco normativo, flexibiliza la exclusión de la prueba producida con irregularidades, toda vez que de ser homogénea su aplicación, se desvalorizaría la finalidad del derecho disciplinario, que en esencia equivale a orientar la conducta de los sujetos disciplinables con el objeto de que el cumplimiento de sus funciones guarde concordancia con lo establecido en la Constitución, la Ley y los Reglamentos buscando en últimas la protección de la función pública (González 2016, 23).

Por otra parte, la Corte Constitucional (Sentencia C-591 del 2005) exaltó el principio de dignidad humana con relación a la prueba ilícita y, en ese sentido, consideró que toda prueba obtenida con ocasión a la perpetración de actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, actos equivalentes a crímenes de lesa humanidad, engendra no sólo la exclusión de la referida, sino que además provoca la contaminación de todo lo actuado y, por ende, la nulidad del proceso por tratarse de un vicio insubsanable ya que ante este tipo de situaciones debe ser tajante y sin lugar a ningún tipo de ambigüedad en favor de la dignidad humana.

2.2.1 Evolución legal de la cláusula de exclusión (Ley 734 de 2002 y Ley 1952 de 2019)

Aparte de lo consagrado por el artículo 29 de la Carta Política, en el derogado código único disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002, el legislador ya se había puesto en la tarea de enunciar que en el caso de no respetar las formalidades sustanciales o de desconocer los derechos fundamentales del sujeto disciplinable en lo que respecta a la recaudación de la prueba, era imperativo tenerla como inexistente.

Del nuevo procedimiento disciplinario integrado mediante la Ley 1952 de 2019, se deja entrever

que no sólo se apuntó a la sistematización de un régimen probatorio propio del derecho disciplinario con reglas específicas para cada medio probatorio, sino que también se elevó el nivel de trascendencia del postulado que se ha venido desarrollando en lo que concierne a las pruebas ilícitas o ilegales, al punto de inscribirla en el acápite de principios y normas rectoras de la ley disciplinaria que influyen la interpretación y aplicación de las otras disposiciones procedimentales.

Si bien, la cláusula de exclusión es por regla general, el efecto que se le atribuye a las pruebas contrarias al ordenamiento, el legislador procuró incluir las excepciones de su aplicabilidad, que han venido desarrollando la jurisprudencia y la doctrina, como la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la posibilidad de incluir otros por mandato de la ley, sin que haya sido del todo posible establecer una justificación precisa de la incorporación del artículo 21 al Código General Disciplinario y de la inclusión de las excepciones referidas luego de revisar las gacetas del Congreso de la República.

En palabras del profesor Esiquio Manuel Sánchez, no queda aún claro después de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 y de su modificación hecha por la ley 2094 del 2021 la cual es la etapa procesal oportuna para darle aplicabilidad a la regla de exclusión posterior al hallazgo de ilicitud o ilegalidad que cobija la prueba, sugiriendo de todos modos que dicha actuación pueda realizarse en la etapa de calificación de la investigación disciplinaria previa a la formulación de cargos o en los alegatos de conclusión propios de la etapa de juicio (Sánchez 2021).

2.2.2 Excepciones en cuanto a la aplicabilidad de la cláusula de exclusión

El derecho procesal ha concebido a la prueba derivada o prueba reflejo como aquella que encuentra su fuente o causa próxima en la prueba ilícita o ilegal, por lo que, de la primera no podría predicarse su existencia sin la otra. Por regla general, la exclusión se endilgaría a ambos en virtud de lo que la doctrina ha denominado «teoría del fruto del árbol envenenado», que en síntesis determina la

sustracción de la prueba derivada de otra obtenida ilícitamente, puesto que la contaminación o vicio se transmite por el nexo causal que existe entre ambas. El sistema anglosajón hizo suya esta conjetura en lo que concierne a la apreciación probatoria evidenciado, entre otras, en la resolución *Silversthone Lumber Co. vs. US* de 1920 en la que se prohíbe la valoración de una prueba aparentemente pura, pero derivada de una irregular. De la misma manera, la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia SU- 159 de 2002, acogió expresamente la formulación descrita, concluyendo que el efecto expansivo de la ilicitud con la que se obtuvo o practicó una prueba alcanza aún a aquellas que de ella se derivan, salvo en casos excepcionales.

Es importante precisar que, en otros sistemas jurídicos, la posibilidad de admitir o no una prueba reflejo está cobijada por otras teorías: en Alemania, el planteamiento acogido corresponde a la «teoría de la proporcionalidad» en la que primará la ponderación entre los intereses que están en conflicto dentro del proceso que hace el juez para determinar la viabilidad o no de la exclusión (Giacomette F. 2022, 172). La doctrina también se ocupó de definir a la «teoría de la fruta podrida dentro del canasto» en la cual, la ilicitud de la prueba no sólo contamina a las otras pruebas que de ella nazcan, sino que también vicia todo el proceso y, por lo tanto, deberá declararse la nulidad de este (Giacomette F. 2022, 172).

Dicho lo anterior y tal y como se enunció de manera precedente, el artículo 21 del Código General Disciplinario incorporó las siguientes excepciones:

- a. La fuente independiente: la autoridad disciplinaria tendrá permitido inaplicar la exclusión de una prueba derivada o reflejo cuando no exista ninguna relación causal entre esta y la ilícita, justificado en el hecho de que el material probatorio al que en principio se extiende la ilicitud, encuentra su origen en una fuente limpia, legal y permitida.
- b. El vínculo atenuado: tal y como su denominación lo refiere, la relación causal que existe entre la prueba ilícita y la refleja se ve fracturada por ser esta tan ligera, leve o

tan poco perceptible que no se transmite la ilicitud y se descarta su exclusión. Para ello, es importante apelar al principio de la buena fe, así como realizar un análisis profundo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que finalmente hagan desaparecer todo vicio.

- c. El descubrimiento inevitable: se produce cuando la autoridad disciplinaria logre justificar que la prueba derivada de la ilícita se hubiere descubierto inevitablemente por otro medio permitido, legítimo y válido, aún en la ausencia del medio ilícito.

Queda claro hasta este punto que aun teniendo la convicción de la ilicitud con la que se obtuvo o practicó una prueba, se requiere de la valoración exhaustiva de quien promueva la acción disciplinaria que velará, además, por que la finalidad de la falta disciplinaria no se desdibuje ni se reduzca a vetar del proceso a una prueba que siendo en principio ilícita o ilegal, se logre encuadrar dentro de las excepciones ya desarrolladas.

III. Adecuación de la regla de exclusión en el marco de la implementación de las tecnologías de la información en los procesos disciplinarios

La ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció la vigencia permanente del Decreto Legislativo N.º 806 de 2020, por medio del cual se adoptaron todas las medidas pertinentes para la adecuada implementación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, tanto en las actuaciones judiciales, incluidas las que pertenecen al derecho disciplinario, con miras a facilitar el acceso a la justicia y la protección de la salud tanto de los servidores públicos como de los particulares. En ese contexto, es válido cuestionarse sobre la posible alteración del análisis que la autoridad disciplinaria haga de una prueba digital o tecnológica para, finalmente tener la convicción de su inconformidad con respecto al debido proceso y otras garantías de rango constitucional.

3.1.1 Ilicitud de la prueba digital

La consolidación de las tecnologías de información y de las comunicaciones han jugado un rol

determinante en todos los aspectos del desarrollo humano en la última década. En concreto, las políticas de modernización del Estado, del gobierno digital y de la nueva gestión pública, llevan intrínseco la utilización de medios tecnológicos con la finalidad de agilizar los procedimientos de mejorar el servicio público, de facilitar la planificación y ejecución de las decisiones administrativas y de reforzar el control de las funciones atribuidas a las entidades, órganos u organismos que componen el Estado. Un ejemplo de ello sería el Modelo Integrado de Planeación y Gestión –MIPG- que corresponde al instrumento de referencia del sector público.

Este modelo fue diseñado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, para dirigir la gestión institucional, que incorpora dentro de sus políticas de gestión y desempeño institucional la racionalización de trámites, el gobierno digital, la transparencia y acceso a la información pública, la seguridad digital, entre otras, o la puesta en marcha del sistema electrónico para la contratación pública (SECOP I y II) de la cual se vale el Estado para realizar todos sus procesos de contratación estatal.

Aterrizando este escenario a la función pública, hay que decir que la consolidación de políticas, planes, programas o actividades que cuentan con el uso de las tecnologías de la información para su funcionamiento, también han incidido automáticamente en la transformación de la labor emprendida por aquellos que las dirigen, elaboran ejecutan o controlan, esto es, por los que fungen como servidores públicos o como particulares con funciones públicas.

Todo este panorama altera indefectiblemente el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado que, en los términos del artículo 2 de la ley 1952 de 2019, modificado por la ley 2094 del 2021, busca vigilar la conducta de los sujetos que desempeñen funciones públicas con el objeto de investigar los hechos potencialmente sancionables que, en muchos casos de ahora en adelante, seguramente se verificarán a través de las redes, plataformas o dispositivos electrónicos de los que el sujeto disciplinable se valga para el cumplimiento de sus deberes funcionales.

Es por ello que cada vez es más recurrente que en las etapas de instrucción como en la fase de indagación previa o en la fase de investigación y en el eventual juzgamiento, se analicen las «trazas tecnológicas» (Pérez Bes 2016, 23) que permitan la individualización del presunto autor de la falta disciplinaria, de la ocurrencia de los hechos, de su adecuación típica, de la incursión en alguna de las causales de exclusión de responsabilidad y, por qué no, de la verificación de los medios empleados para la obtención, práctica o aducción de la prueba.

Frente a la escasez de conceptualización de lo que significa la prueba digital o electrónica y bajo la apreciación de los aspectos más importantes se colige que esta hace referencia a todo medio informático a través del cual se consuma una infracción disciplinaria o a toda información o material contenido en un medio tecnológico por medio del cual se pueda acreditar la identificación de un sujeto, la ocurrencia de unos hechos jurídicamente relevantes o cualquier situación que requiera probarse en el curso del proceso, y de la cual se desprenden dos modalidades (Armenta 2018, 67).

La información contenida en un dispositivo electrónico o sistema informático o los datos que son comunicados a través de las redes de comunicación, sean abiertas o restringidas como la telefonía móvil o el internet (Armenta 2018, 71).

De la recolección, conservación y análisis de la información contenida tanto en dispositivos digitales, aparatos terminales o redes de comunicación, deben asegurarse plenamente los derechos fundamentales de los sujetos disciplinables vinculados al proceso en aras de revestirlos de todas las garantías fundamentales mínimas, tanto sustanciales como procesales. En el ámbito tecnológico, pueden verse transgredidos derechos inherentes al ser humano como la dignidad humana, la integridad física, la libertad, el debido proceso y con mayor frecuencia, el derecho a la intimidad personal y familiar, a la privacidad de toda información o comunicación personal, además de la inviolabilidad del domicilio para lo cual, con excepción a la existencia de una orden judicial que lo permita.

En el derecho penal colombiano, el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal señala que podrá omitirse la orden escrita de la Fiscalía general de la nación en caso de registro o allanamiento, cuando exista consentimiento del propietario del bien objeto de la diligencia, cuando «no exista una expectativa razonable de intimidación» o tratándose de situaciones urgentes o que deban ser atendidas con urgencia, como un incendio. En la legislación española, la obtención de la prueba se libera de todo vicio cuando quien se vea directamente implicado en la investigación, consienta de manera libre y espontánea en su realización, cuando exista mandamiento de un juez o en una situación de flagrancia en un contexto de urgencia.

En ámbitos como el laboral en el seno de la administración pública, podría pensarse que la esfera íntima del personal es de fácil identificación, esto es, que son susceptibles de control y vigilancia las actividades realizadas en las inmediaciones de la entidad u organismo y, por lo tanto, públicas; y que todo lo que se desarrolle afuera compete exclusivamente al servidor y hará parte de su intimidad. No obstante, el asunto merece más precisión porque, en efecto, en el sitio de trabajo hay ciertas barreras físicas que permitirán distinguir lo público de lo privado, como las oficinas, los baños, los elementos de uso personal, entre otros; pero en lo digital, es más complejo llevar a cabo esa distinción.

El riesgo de una potencial afectación al derecho de intimidad se ve fuertemente morigerado en lo que respecta a las actuaciones públicas que emprenden los servidores públicos, puesto que en la cotidianidad el funcionario se sirve constantemente de dispositivos digitales que conforman la masa de bienes muebles de propiedad de la entidad, en los que almacena información pública, conserva la trazabilidad de sus actividades funcionales o se relaciona con otros sujetos vinculados a la entidad.

No obstante, la distinción entre las fronteras de lo público y lo privado (Cuvillo 2020, 279) en aquellos dispositivos digitales, reviste una extrema complejidad debido a las actividades de giro personal que el funcionario pueda realizar; por

ejemplo, en sus tiempos libres o concerniente a las modalidades de trabajo en casa que tomaron fuerza legal en la crisis sanitaria actual en donde el servidor público, en cumplimiento de sus deberes funcionales, realizó y aún realiza actividades laborales en su domicilio privado.

En otras palabras, «los trabajadores pueden llevar a cabo prestaciones laborales a través de dispositivos de su propiedad y al mismo tiempo, desarrollar interacciones no profesionales a través de los dispositivos de la empresa» y, en este caso, de la entidad pública (Cuvillo 2020, 281).

En escenarios como el descrito, se hace entonces más compleja la tarea de la autoridad disciplinaria para realizar la adecuada valoración con el fin de excluir una prueba que pudo haber violentado el derecho a la intimidad del servidor público. En todo caso, sigue estando vigente la posibilidad de ponderar la irregularidad, con la finalidad del derecho disciplinario, que busca en últimas la protección de la función pública y la prevalencia del interés general cumpliendo de esta manera los fines esenciales del Estado.

En ese contexto se ha pensado, incluso en utilizar mecanismos de inteligencia artificial en el análisis de la prueba y, sobre todo, en la aplicación de la regla de exclusión. Sin embargo, recurrir a estos medios no presenta alteraciones significativas en lo que corresponde a la evidencia de ilicitud o ilegalidad de la prueba. En realidad, es poco probable que, en el ejercicio de la acción disciplinaria, se pueda recurrir a la orientación automática a través de algoritmos, en el entendido de que como ya se estudió previamente, la aplicación de la regla de exclusión no procede de manera automática, siendo necesaria la valoración que haga la autoridad disciplinaria conforme los principios probatorios.

Lo anterior permitirá a los sujetos procesales investigados realizar un mejor ejercicio de su derecho de defensa, garantizando de esta manera el derecho al debido proceso, conminando de manera tácita a dichos sujetos a que su actividad probatoria en desarrollo de su estrategia jurídica sea eficiente, eficaz y leal con el procedimiento

disciplinario. Esto mismo ocurrirá en los casos en que se admita a la víctima como sujeto procesal interviniente ya que podrán concurrir a través de todos los medios tecnológicos y aportar los mismos con tranquilidad y seguridad que todos los argumentos que se esgriman serán tenidos en cuenta y debidamente aportados al proceso conforme a los parámetros establecidos para cada caso en cabeza del instructor y/o juzgador del proceso disciplinario.

IV. Recomendaciones y conclusiones

El cuidado que merece la obtención, práctica o abducción de la prueba digital que potencialmente pueda ser ilícita o ilegal por menoscabar el derecho a la intimidad del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, requiere la puesta en práctica de ciertas medidas dentro del procedimiento administrativo para evitar la exclusión del material probatorio en pro de proteger la gestión pública, así como el cumplimiento de los fines del Estado, sugiero deben tener las siguientes pautas preliminares:

- a. En primer lugar, es necesario evaluar la pertinencia, la conducencia y la utilidad de la prueba digital, evitando a toda costa que, por error, el funcionario decreta una prueba inoperante dentro del proceso que además comprometa la intimidad de los funcionarios públicos investigados. En cuanto a la pertinencia, habrá que analizar si lo que se pretende demostrar en el curso del procedimiento disciplinario, guarda relación con el objeto del debate. Sobre la conducencia, se empleará el medio probatorio idóneo que el hecho relacionado exija y finamente, en lo que concierne a la utilidad de la prueba, habrá que examinar el verdadero servicio que le aporte el medio de prueba a las resultas del proceso, evitando caer en redundancias o en superfluidad. El artículo 225-C de la ley 1952 de 2019 indica en ese sentido que posterior a la etapa de descargos, de la solicitud y el aporte de pruebas se ordenarán las pruebas que cumplan con dichos criterios.

- b. De todos los medios probatorios contemplados en el Código General Disciplinario, será útil circunscribir el análisis a la prueba documental o al dictamen pericial informático, pues dentro de todos, son lo que más fácil pueden estar contenidos en dispositivos digitales o en redes de conexión, aun cuando puedan ser complementados por los otros medios de prueba como la confesión, el testimonio o la inspección disciplinaria (Simarro 2020, 406).

Delimitar de la esfera íntima o lo que es igual, establecer la llamada expectativa de privacidad. Pese a que, en medios digitales, no hay fronteras físicas entre lo público y lo privado, si es posible establecer barreras simbólicas en las que se entienda que el objeto o la actividad realizada por el funcionario son personales e íntimas. Esto es lo que se ha concebido como expectativa de privacidad por parte de la Corte Constitucional, concepto que refiere a expresiones o actividades que están comprendidas dentro de la esfera íntima, o si, por el contrario, las mismas puedan ser «conocidas o interferidas por otros» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-094. , 3 de marzo de 2020). En esa vía, la misma Corte advierte lo siguiente: «Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si (i) quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros; y (ii) si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla». (Cuvillo 2020, 277).

Celebro la inclusión expresa de la cláusula de exclusión en el Código General Disciplinario, que promueve el desarrollo de un procedimiento más garantista y, en ese sentido, la adaptación a la era digital es imprescindible y, en efecto, debe estar enmarcada en el buen ejercicio de todos los derechos y garantías que existen en nuestro sistema jurídico cuando se realiza una acertada valoración de la prueba en el ámbito disciplinario.

Es fundamental que las pruebas digitales y electrónicas cumplan con todos los requisitos para que sean admitidas en los procesos disciplinarios,

de otra forma la resistencia al cambio del papel por los documentos electrónicos tendrá problemas probatorios y se entorpecerán los trámites que a la postre redundarán en un debilitamiento del sistema de justicia.

Conocer el origen de la prueba, el responsable del documento y la certeza de que se hayan realizado y conservado de manera íntegra son bastiones fundamentales para que sean válidos y poco vulnerable a la duda razonable sobre su legitimidad y garantía de los derechos de los intervinientes en el proceso.

Referencias

Alexy Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, centro de estudios constitucionales.

Armenta Deu Teresa. Universitat de Girona. (2018). Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes. *Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre*, 71.

Armenta Deu Teresa. Universitat de Girona.. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Derecho y política* No. 27, 67-69.

Bohorquez Varela. (07 de 05 de 2020). *La crisis de la nueva ley procesal del trabajo en tiempos de pandemia*. Obtenido de <https://actualidadlaboral.com/la-crisis-de-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-en-tiempos-de-pandemia/>

Cano, J. (2015). *Computación forense Descubriendo los rastros informáticos*. Bogotá, Colombia: Alfaomega.

- CANO, J. (2015). *Computación forense, descubriendo los rastros informáticos*. BOGOTÁ, COLOMBIA: ALFAOMEGA.

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de octubre de 2019, rad 2012-00582-00, (s. s. Sala de lo contencioso administrativo, Intérprete). Consejero ponente: William Hernández Gómez.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-1287 de 2001. En Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (3 de marzo de 2020). Sentencia C-094. Magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo.

Del Cuvillo Alvarez Antonio. (2020). La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales. En L. d. economía., *La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales* (pág. 279). Cádiz: Universidad de Cádiz.

Del Cuvillo Alvarez Antonio. (2020). La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales. En A. d. Alvarez, Trabajo realizado en el contexto del grupo de investigación DER2017-83488-C4-1-R, *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*. (pág. 281). Cadiz: Universidad de Cádiz.

Del Cuvillo Alvarez Antonio. Universidad de Cádiz Antonio. (2020). Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía. En Antonio del Cuvillo Alvarez, *La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales* (pág. 277). Universidad de Cádiz.

Forenza, N. (29 de 4 de 2020). El acceso a la justicia en tiempos del covid. Obtenido de <https://theconversation.com/el-acceso-a-la-justicia-en-tiempos-del-covid-19-136975>

Giacomette Ferrer Ana. (2022, Pp 172). *Teoría general de la prueba- concordada con el Código General del Proceso y soportes jurisprudenciales*. Bogotá, D.C.

González Pérez José Adolfo. (2016). *Derecho disciplinario y bien jurídico. Instituto de estudios del ministerio público, Procuraduría General de la nación*, pg 23. Bogotá, D.C.

Pérez Bes Francisco E. V. (2016). La prueba tecnológica en el proceso penal. En E. V. Francisco Pérez Bes, *Capítulo IX, El derecho de internet* (pág. 159). Barcelona: Editorial Atelier.

Quiroz Gutiérrez Marcos. (2020). *Hacia una justicia judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .

Sánchez Herrera Esiquio. (2021). *Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo Código General Disciplinario*. Pp 272. Grupo Editorial Ibáñez.

Sánchez Herrera Esiquio. (2021). *Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo Código General Disciplinario*. Grupo Editorial Ibáñez.

Simarro Margarita. (s.f.). Exclusiones probatorias en el ámbito digital. . *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje/3/*. Sección doctrinal., 406.

El Ministerio Público como órgano constitucional autónomo y su rol en el derecho procesal penal dominicano

María Alejandra Rodríguez Florencio*

Recibido: 25 de enero de 2022 - Aceptado: 12 de junio de 2022

Resumen

El Ministerio Público es un órgano constitucional responsable de labores fundamentales de los procesos penales en la República Dominicana. El mismo, de acuerdo con nuestra Ley número 133-11 (Ley Orgánica del Ministerio Público), está regido por principios como el de independencia y objetividad. Sin embargo, la cuestión de que sea o no sea independiente parece ser un debate de nunca acabar. Por lo que el objetivo que perseguimos con el presente artículo es analizar las condiciones de autonomía del Ministerio Público, dilucidando su naturaleza constitucional y recalcando su relevancia con base en sus funciones. Por demás, este análisis teórico se complementa con la presentación de las lastimosas patologías de las que este órgano padece. A los fines de llevar a cabo el presente análisis, partiremos de su ubicación constitucional, su importancia, seguido de sus principios rectores y atribuciones constitucionalmente asignadas, finalizando con sus debilidades. En definitiva, en este artículo se defenderá la postura de que el Ministerio Público no está estrictamente subordinado a ningún poder estatal y que, pese a lo anterior, las importantes tareas que se le encomiendan no se están cumpliendo satisfactoriamente.

Palabras clave: órgano extrapoder; órgano constitucional autónomo; Ministerio Público; Procuraduría General de la República; derecho procesal penal.

* Estudiante de último año de la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Campus Santiago. Dominicana. Correos electrónicos: marialerf0204@gmail.com; maria_alejandra_rf@hotmail.com

CÓMO CITAR: Rodríguez Florencio, María Alejandra (2022). *El Ministerio Público como órgano constitucional autónomo y su rol en el derecho procesal penal dominicano*, Iuris Forum, N.º 3, enero-junio 2022, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 103-118 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

Abstract

The Public Prosecution is a constitutional body responsible for fundamental tasks in criminal proceedings in the Dominican Republic. This body, according to our Law number 133-11 (Organic Law of the Public Prosecution), is governed by principles such as independence and objectivity. However, the question of whether or not it is independent seems to be a never-ending debate. Therefore, the objective of this article is to analyze the conditions of autonomy of the Public Prosecution, elucidating its constitutional nature and emphasizing its relevance based on its functions. Furthermore, this theoretical analysis is complemented with the presentation of the pathologies from which this organ suffers. In order to carry out this analysis, we will start from its constitutional location, its importance, followed by its guiding principles and constitutionally assigned attributions, ending with its weaknesses. In short, this article will defend the position that the Public Prosecution is not strictly subordinated to any state power and that, in spite of the above, the important tasks entrusted to it are not being satisfactorily fulfilled.

Keywords: *autonomous power; constitutional body; Public Prosecution; Office of the Attorney General; criminal procedural law.*

I. Introducción

Entre los principales sujetos que se desenvuelven en el derecho procesal penal dominicano se destaca el papel del Ministerio Público (MP). Es a partir de la reforma constitucional del 2010 y la reforma procesal penal, que este organismo recibe una atención especial, convirtiendo a sus rasgos esenciales en el centro de estudio del sistema de justicia penal dominicano. Como se verá más adelante, este órgano desarrolla diversas funciones tanto de dirección, persecución, protección y representación. Sin embargo, su confusa naturaleza constitucional y estas numerosas tareas han generado desconciertos que dificultan evaluar su desempeño. Por lo que, en el presente artículo, realizaremos un breve análisis del MP, enfocándonos en el gran dilema de su autonomía y en diversas disposiciones constitucionales que serán presentadas en su momento.

Enseguida, abordaremos este tema de la siguiente manera: primero, analizaremos la ubicación institucional de este órgano de acuerdo con nuestra Carta Magna; segundo, expondremos dónde radica su importancia en los procesos penales;

tercero, observaremos aquellas disposiciones constitucionales que abordan sus principios rectores y su función; y, por último, mostraremos diversas patologías que presenta en su actual gestión. Todo esto para concluir que el Ministerio Público es un órgano extrapoder que, lastimosamente, no cumple de manera eficaz las atribuciones que le son correspondidas.

II. La ubicación institucional del Ministerio Público en la estructura constitucional de la República Dominicana

En nuestro país existe la tradicional división tripartita del poder estatal. Sin embargo, la Constitución del 2010 ha depositado su confianza en distintos organismos al hacerlos independientes de los poderes clásicos, creando una especie de minipoderes. Dichos novedosos mecanismos se denominan órganos extrapoder, entre los cuales se debate si figura el Ministerio Público¹. Ahora bien, consideramos importante destacar que algunos doctrinarios, como el magistrado español Manuel Marchena Gómez, se oponen a que sea posible crear un nuevo poder en el mapa político debido a

1 Jorge, Eduardo. *Derecho Constitucional I. Volumen II*. 2da edición. (Santo Domingo: IUSNOVUM, 2012): 557-558.

la complejidad². Aun así, nosotros nos apegamos a nuestro derecho interno y enarbolamos al texto supremo por hacerlo posible, perfeccionando la propuesta de Montesquieu³. Pues, resulta evidente que nuestro constituyente sabe que existen tareas fundamentales para el funcionamiento del Estado que, para realizarse de manera eficaz, es necesaria la actuación de entes autónomos y especializados.

Indagando en el concepto de órgano extrapoder, tenemos que según nuestro Tribunal Constitucional (TC) son aquellos que «... no se adscriben ni subordinan orgánicamente a ninguno de los tres poderes clásicos, tienen funciones independientes, reconocidas y garantizadas en la Constitución (CD), y son capaces de emitir actos definitivos que actualizan el orden jurídico político fundamental»⁴. Asimismo, estos órganos «son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes, los cuales surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno»⁵. En definitiva, el derecho constitucional dominicano crea estos órganos y defiende su efectividad.

En nuestras palabras, los órganos extrapoder son un mecanismo empleado con la finalidad de optimizar la división clásica del poder estatal. Dichas herramientas resultan necesarias para atender las demandas sociales que la anticuada división no previó al ser formulada. Los mismos surgen de la siguiente manera: se les extraen tareas específicas a los poderes clásicos y se les reasignan a nuevos poderes —delineados y regulados por la Constitución— para llevarlas a cabo de manera independiente. En consecuencia, las encomiendas, que en un principio le correspondían al Poder

Ejecutivo (PE), Poder Legislativo o Poder Judicial, se desarrollan con mayor diligencia y especialización a manos de un nuevo órgano constitucionalmente reconocido y desvinculado. Así, pues, se disminuye la carga de los poderes clásicos, se desempeñan estas tareas con mayor eficiencia y se limitan los posibles descuidos y arbitrariedades que podría presentar un poder excesivamente abarcador.

De acuerdo con lo anterior y las Sentencias TC/0305/14 del 29 de abril de 2014 y TC/0001/15 del 28 de enero del 2015, hemos elaborado la siguiente lista con los requisitos para ser un órgano extrapoder:

- a. Contar con independencia y autonomía administrativa, presupuestaria y funcional;
- b. Escapar de un control directo de otros poderes sobre la materia de la que se encargan;
- c. Constituir un órgano esencial del Estado;
- d. Ser un órgano constitucional con tareas y competencias específicas definidas por la Constitución;
- e. Preservar el equilibrio de la repartición del poder estatal y trabajar en coordinación con los poderes clásicos;
- f. Poseer un régimen normativo propio.

En cuanto al Ministerio Público, tenemos que el artículo 169 de la Constitución dominicana (CD) lo define de la siguiente manera: «El Ministerio Público es el órgano del sistema de justicia responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, dirige la investigación penal y ejerce la acción pública en representación

2 González-Trevijano, Pedro, et al. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Tomo I. Parte General*. (Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España: La Ley, 2012). ISBN: 100920540.

3 Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. Primera edición. (México: Partido de la Revolución Democrática). Disponible en: <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espirtu-leyes.pdf>

4 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0001/15, de 28 de enero de 2015 [consulta: 1 abril 2021]. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8101/sentencia-tc-0001-15-c.pdf>

5 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0305/14, de 29 de abril 2014 [consulta: 1 de abril 2021]. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7999/tc-0305-14.pdf>

de la sociedad». Sin embargo, debido a esta y otras disposiciones constitucionales, se podría ubicar al MP dentro del Poder Judicial (pues forma parte del sistema de justicia), en el Poder Ejecutivo (ya que su función es ejecutiva y el presidente es quien designa parte de sus integrantes) o, incluso, en el Poder Legislativo (debido a la gran influencia que podría tener dicho poder sobre este órgano)⁶. En todo caso, el dilema que predomina es: ¿está el Ministerio Público subordinado al Poder Ejecutivo o es un órgano extrapoder?

Partiendo de la anterior precisión teórica, la jurisprudencia del TC y el listado de requisitos, procederemos a ponderar la posible subordinación del MP al Poder Ejecutivo (PE). Esto lo haremos destacando que, en primer lugar, según el artículo 171 de nuestra Carta Magna, el Procurador General de la República (PGR) y la mitad de sus procuradores adjuntos son designados por este poder clásico⁷. Por lo tanto, se aprecia cómo la discrecionalidad del presidente podría aparentar ser ilimitada, simulando que dicho órgano no es independiente. En segundo lugar, destacamos que el MP es un implante legal de origen francés que nace como auxiliar del Ejecutivo, por lo que esta subordinación sería su posición natural. Finalmente, señalamos la Sentencia TC/0032/13, en la que esta alta corte consideró que esta forma de designación posiciona al Ministerio Público en el ámbito del Poder Ejecutivo⁸.

A pesar de todo lo anterior, nos apegamos con certeza a que el Ministerio Público, efectivamente, es un órgano extrapoder. A continuación, argumentaremos nuestra posición.

En primer lugar, en la estructura de nuestro texto constitucional las disposiciones sobre el MP se

encuentran fuera del cuarto título, que es el que está dedicado al Poder Ejecutivo. Por lo que podríamos descartar una subordinación orgánica por parte del MP a este poder, ya que la Constitución los regula de manera separada. Sin embargo, el MP se encuentra en la órbita del Poder Judicial. En cuanto a esto, afirmamos que, a pesar de que la función del órgano en cuestión es ejecutiva, este pertenece al sistema de justicia, donde se desenvuelve como coprotagonista frente al juez en el aspirado sistema de juzgamiento acusatorio adversarial, del que hablaremos más adelante. Este sistema separa las funciones jurisdiccionales (limitándolas al juez) de las investigativas (limitándolas al MP) haciendo del juez una figura imparcial e independiente. Finalmente, el papel del MP como integrante del sistema de justicia, de igual forma, se resalta por cómo, a través de su investigación, le da apertura al proceso penal. Sintetizando, en este caso, la organización del texto constitucional no implica dependencia, sólo lo agrupa en conjunto con los demás órganos —independientes o no— del sistema de justicia.

En segundo lugar, destacamos disposiciones constitucionales como el artículo 134, donde se establece que «Para el despacho de los asuntos de gobierno habrá los ministerios que serán creados por ley [...]». El Ministerio Público, a diferencia de los ministerios (de Estado), goza de rango constitucional, por lo que no surgió a *merced* del presidente o presidenta de la República, sino en manos del mismo constituyente que regula también al Ejecutivo. Asimismo, en el artículo 178 establece que el Procurador General de la República integra al Consejo Nacional de la Magistratura en conjunto con representantes de los poderes clásicos, pero separándolo del Ejecutivo. Dicho artículo demuestra que se le reconoce suficiente calidad como para

6 González-Trevijano, Pedro, *et al. Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, 557-558.

7 El artículo 171 de la Constitución dispone lo siguiente: *Designación y requisitos. El Presidente de la República designará al Procurador General de la República y la mitad de sus procuradores adjuntos. Para ser Procurador General de la República o adjunto se requieren los mismos requisitos que para ser juez de la Suprema Corte de Justicia. La ley dispondrá la forma de designación de los demás integrantes del Ministerio Público.* Constitución de la República Dominicana, G.O. No. 10561, 26 de enero de 2010.

8 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0032/13, de 15 de marzo 2013 [consulta: 1 de abril 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003213>; Jiménez, Rolkin. «Naturaleza del Ministerio Público: ¿Órgano extrapoder?» En: Acento [en línea]. Acento.com.do, 2020 [consulta: 31 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/naturaleza-del-ministerio-publico-organo-extrapoder-8847790.html>

participar en la designación de los jueces de los principales tribunales de la República.

En cuanto a otro artículo que queremos destacar, tenemos al núm. 170 que expresa lo siguiente: «El Ministerio Público goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria»⁹.

Recalcamos la aparición de estas propiedades en el listado de requisitos mencionado previamente y, a continuación, las analizaremos citando fragmentos de las Sentencias TC/0305/14¹⁰ y TC/0056/22¹¹:

a. Autonomía:

[...] la autonomía de la que han sido revestidos los órganos extrapoder en la Constitución de 2010 es cualitativamente superior a la autonomía meramente administrativa [...] 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.¹²

b. Autonomía funcional:

«La autonomía funcional otorga al órgano constitucional la potestad de planificar, conforme su ley orgánica y sin injerencia de otras autoridades,¹³ “las políticas, estrategias, metas y objetivos” que resulten necesarios para ejercer sus funciones [...]».

En palabras del magistrado Marchena Gómez, el principio de autonomía funcional también se define como:

la capacidad para adoptar sus propias decisiones, inspiradas con arreglo a los principios constitucionales que han de definir su actuación. Se trata de, por tanto, de reconocer con el máximo rango constitucional, su facultad para regirse mediante criterios y órganos de gobierno propios¹⁴

c. Autonomía administrativa:

De acuerdo con la Sentencia TC/0056/22 del 26 de febrero del 2022, la autonomía administrativa «asegura al órgano constitucional la capacidad de autoorganización y autoadministración necesarias para que pueda realizar sus atribuciones de manera independiente y sin interferencias de ningún otro órgano o poder»¹⁵ - 16.

d) Autonomía presupuestaria:

La autonomía presupuestaria garantiza una amplia libertad de acción en la elaboración de los presupuestos de cada uno de estos órganos, así como a «la programación de su ejecución, aspectos éstos que inciden ampliamente sobre la esfera de autodeterminación del órgano, pues lo eximen de la posibilidad de verse supeditado a la influencia que en determinado momento pueda el Poder Ejecutivo sobre sus decisiones,¹⁷ utilizando el presupuesto como mecanismo de presión» [...]»¹⁸.

En tercer lugar, tenemos la Sentencia TC/0001/15 del 28 de enero del 2015, que establece lo siguiente:

9 República Dominicana. Constitución... *op. cit.*

10 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0305/14, de 29 de abril 2014... *Op. cit.* (págs. 27,29)

11 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0056/22, del 26 de febrero de 2022 [consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc005622/>

12 El subrayado es nuestro.

13 El subrayado es nuestro.

14 González-Trevijano, P. y Arnaldo Alcubilla. Comentarios a la Constitución de la República....

15 El subrayado es nuestro.

16 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0056/22, del 26 de febrero de 2022... *Op. cit.* (pág. 26)

17 El subrayado es nuestro.

18 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0305/14, de 29 de abril 2014... *Op. cit.* (pág. 30)

[...] los poderes públicos tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) son titulares de las funciones clásicas, pero junto a ellos la Constitución instituye directamente la autonomía e independencia de órganos extrapoderes nuevos o renovados que son receptores de funciones o subfunciones desmembradas de los poderes tradicionales. Es el caso de la regulación del sistema monetario y financiero que compete a la Junta Monetaria en su condición de órgano superior del Banco Central; [...] así como la formulación de la política criminal del Estado y el ejercicio de la acción penal en cabeza del Ministerio Público [...]¹⁹.

Evidentemente, nuestro Tribunal Constitucional (TC), a pesar de que en la Sentencia TC/0032/13²⁰ posiciona al Ministerio Público en el ámbito del Poder Ejecutivo, afirma más recientemente —de manera explícita— que el Ministerio Público es un órgano extrapoder. Y es que, este órgano posee cualidades que lo hacen autónomo (como las del listado que figura más arriba) y quien lo crea y traza sus reglas generales (funciones, principios, misión, etc.) es nuestra Constitución. Sin embargo, dicha autonomía no impide que colabore armoniosamente para la realización y formación de la voluntad estatal en conjunto con los demás poderes, pues esa cooperación es un principio de la mismísima división clásica. Un poder exageradamente autónomo sería arbitrario y generaría un caos institucional, que es precisamente lo que se busca evitar.

Que el presidente designe a los integrantes mencionados del MP —contrario a lo que se ha creído por muchos años— no significa que su ubicación orgánica sea debajo del Poder Ejecutivo. Nosotros entendemos que la designación funciona como un mecanismo de control, pues evita que la entidad autónoma figure como un instrumento de oposición al Gobierno, logrando un balance entre su función como representante de la sociedad y armonizador del poder estatal. Además, en aras

de llevar a cabo las políticas públicas contra la criminalidad y demás funciones del MP, la injerencia del presidente resulta conveniente. Aun así, la legislación le otorga suficientes armas al MP para evitar presiones de cualquier otro poder, como es el caso de la que figura en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP)²¹:

Artículo 9. Instrucciones particulares. El Procurador General de la República, el Director General de Persecución del Ministerio Público o el superior jerárquico inmediato pueden emitir instrucciones particulares conforme la presente ley. Las instrucciones particulares deben impartirse por escrito. El funcionario que las recibe podrá impugnarlas, mediante escrito motivado, cuando las considere manifiestamente ilegales, arbitrarias o inconvenientes.

En base a esto, las instrucciones de los superiores deben constar por escrito y cualquier miembro del MP que reciba alguna orden indebida (como sería aquella que lesione los principios de objetividad e independencia que figuran en la LOMP) puede impugnarlas. En caso de haberlo hecho, sería exonerado de alguna responsabilidad que la misma pudiera causar. Todo esto permite que los integrantes puedan serle fieles a sus principios rectores. De igual forma, tenemos que el control disciplinario del MP y otras funciones de carácter administrativo son ejercidas exclusivamente por su gobierno interno, denominado Consejo Superior del Ministerio Público (artículo 174 CD).

Nuestra Constitución hizo al MP autónomo y la legislación ha establecido como uno de sus principios la independencia. Es trabajo de la normativa infraconstitucional y de nosotros como ciudadanos actuar acorde a esto. Además, no podemos olvidar: primero, que es de esperarse que quien designe a la cabeza del órgano acusador esté propenso a ser juzgado por impunidad; segundo, que la ética de un funcionario público tendrá un gran

19 El subrayado es nuestro.

20 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0032/13, de 15 de marzo 2013... *Op. cit.*

21 República Dominicana. Ley Orgánica del Ministerio Público (núm. 10621) del 9 de junio de 2011. *Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo*.

peso en el desempeño de su labor y, tercero, que el MP no lo conforman solo las figuras designadas por el presidente. En cambio, es un enorme colectivo de procuradores, fiscales, fiscalizadores, auxiliares y demás colaboradores que se desempeñan en todo el territorio nacional.

Nosotros contamos con la normativa necesaria para afirmar que el MP es un órgano extrapoder. Ahora bien, es cierto que muchos ordenamientos sitúan al MP dentro del PE, pues como dijimos anteriormente, nace de él. Sin embargo, debemos aferrarnos al nuestro, ya que el órgano en cuestión recibe un trato sumamente variado en el derecho comparado.

Finalmente, el MP es autónomo y el Tribunal Constitucional valida nuestra posición. No obstante, la autonomía no significa una total desvinculación. Así lo establece el TC en la Sentencia TC/0001/15:

Que la autonomía no implica independencia total o soberana del Estado²² al que se debe el ente o colectividad, sino que se trata de un concepto limitado al otorgamiento de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer los fines para los que fue creada, por lo que no puede sustraerse a cierto control estatal [...].²³

En este sentido, por la naturaleza ejecutiva de la función del MP, sí existe una vinculación con el Poder Ejecutivo. Dicha injerencia, ciertamente, podría generar desconfianza en la persecución de personas influyentes de agrado al presidente de la República. Sin embargo, estos son casos especiales que no deberían desvincularlo, ya que dicha separación entorpecería la ejecución de sus demás atribuciones y la solución de los

casos más frecuentes en los cuales los principales protagonistas son simples ciudadanos en un gran estado de necesidad²⁴. Además, debemos destacar que la interferencia malintencionada por parte del presidente carece de fuerza, porque, además de todo lo expuesto, el Consejo Superior del Ministerio Público está conformado por 5 integrantes, de los cuales tan solo 1 o 2 pueden ser nombrados por el Ejecutivo (art. 174 CD)²⁵.

Por otra parte, es posible desvincular totalmente al MP del Ejecutivo a través de una reforma constitucional. No obstante, entendemos que no es prudente. Esto se debe a lo siguiente:

1. Hacer del MP un órgano ermitaño entorpecería la ejecución de sus tareas constitucionalmente establecidas;
2. No verse frenado por otro poder lo haría caótico y arbitrario;
3. Esta modificación no garantizaría transparencia o eficacia;
4. Someter al cuerpo político de la nación podría despertar el interés de modificar otras disposiciones constitucionales, lo que atentaría contra la rigidez y el orden constitucional;
5. Lo necesario es fortalecer instituciones, no reformar constituciones.

Otorgar un mayor presupuesto, fortalecer el régimen de carrera, mayor fidelidad a la norma y algunos ajustes a la misma son algunas de las medidas que entendemos necesarias implementar para robustecer esta institución. Sin embargo, si se llevase a cabo una reforma constitucional para

22 El subrayado es nuestro.

23 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0001/15... *op. cit.*

24 Jorge, Eduardo et al. «La posición constitucional del Ministerio Público conforme la Constitución del 2010». En: ENMP *Investigación y análisis* (revista) [en línea]. Año 1, número 1, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.1.pdf

25 Trejo, Aristides. «La carrera del Ministerio Público: Garantía de objetividad e independencia en la investigación». En: ENMP *Investigación y análisis* (revista) [en línea]. Año 2, número 3, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.3.pdf ; República Dominicana. Constitución... *op. cit.*

realmente asumir que contamos con una «justicia independiente», presentamos una propuesta similar al modelo de designación empleado en países como Guatemala: crear una comisión integrada por dos representantes de cada cámara legislativa (el presidente de cada una en conjunto con otro integrante que pertenezca a un partido distinto), el presidente de la Suprema Corte de Justicia y 4 directores —seleccionados bajo un criterio objetivo— de distintas facultades de derecho del país²⁶. La encomienda de dicha agrupación sería postular 5 o 6 candidatos —filtrados por el régimen de carrera— para que el presidente de la República deba designar a uno de ellos. De esta manera, preservamos el efectivo mecanismo de frenos y contrapesos, evitamos que el MP represente un contra gobierno y se permite la valiosa intervención de la academia²⁷.

En conclusión, los órganos extrapoder son mecanismos que implementamos exitosamente en nuestro derecho interno. Entre ellos tenemos al MP, que nace del PE y que, por ende, sus tareas son ejecutivas, pero que aun así conforma parte de nuestro sistema de justicia. Todo esto hace de su naturaleza constitucional algo verdaderamente confuso. Sin embargo, factores han contribuido a que predomine el criterio de que este órgano depende del PE. Nosotros nos oponemos a que exista una dependencia orgánica por parte del MP al PE. Esto último debido a que el ordenamiento jurídico dominicano abre la posibilidad de que el MP sea verdaderamente autónomo. No es necesario modificar la Carta Magna para materializar su autonomía, más bien es necesario fortalecer el ejercicio de este órgano modificando nuestra cultura institucional y asumiendo de una vez por todas lo que está dispuesto en nuestra normativa.

III. Importancia del Ministerio Público en los procesos penales

Luego de haber tratado la naturaleza constitucional del MP, es evidente su valor para el funcionamiento

Estado. De modo que, a continuación, trataremos más a fondo su importancia.

En primer lugar, el MP que conocemos hoy en día es producto de diversas transformaciones. Pues, a partir de la promulgación del Código Procesal Penal (CPP) y la LOMP se busca un proceso orientado al sistema de juzgamiento adversarial para proteger las garantías constitucionales y promover verdaderos juicios en los que el juez se presente totalmente imparcial. Dicho sistema se caracteriza por el nuevo rol que le atribuye al MP destacado por un mayor grado de compromiso y carácter democrático en comparación al sistema anterior (sistema inquisitivo). Esto se debe, principalmente, a que es el MP quien exclusivamente realiza la investigación penal. Como muestra de esto citamos el artículo 22 del CPP: «Separación de funciones. Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el ministerio público puede realizar actos jurisdiccionales». Debido a la adhesión que realizó nuestro derecho al nuevo sistema, el MP se ha convertido en un personaje principal en el desarrollo de los procesos penales. Además, este cambio le ha proporcionado un marco jurídico que impulsa su gestión²⁸.

En segundo lugar, debemos cuestionar ¿por qué la sociedad necesita estar representada en los procesos penales? ¿Por qué crear un órgano autónomo para la implementación de políticas y la persecución penal? Con el objetivo de responder la primera pregunta, planteamos lo siguiente:

La sociedad dominicana tiene un lugar en el proceso penal a través del ejercicio del MP, en virtud de que nuestra Constitución le atribuye la función de realizar la acción penal pública y la persecución penal. Debemos tomar en cuenta que cuando un ciudadano presenta una conducta punible lesiona un bien jurídico, lo que representa una amenaza para toda la sociedad. Por lo que, la persecución del

26 República de Guatemala. Constitución Política del 31 de mayo de 1985 reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

27 Jorge, Eduardo. El misterio del Ministerio Público ornitorrinco....

28 Binder, Alberto; *et al.*, *Derecho Procesal Penal*. (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura). ISBN: 9945-425-06-4.

agente delictivo responde a los intereses del pueblo dominicano, además de que cuando una persona quebranta una norma, viola las pautas delimitadas por la sociedad en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la segunda incógnita, entendemos que es importante que el MP sea un órgano independiente para que ejerza correctamente sus funciones fundamentado en la imparcialidad y objetividad. Además, —como se ha discutido desde un principio— permite que sus encomiendas se realicen con mayor diligencia, ya que exigen conocimientos técnicos y especializados. De igual forma, esta autonomía que le otorga la Constitución logra un equilibrio en la distribución del poder estatal.

En definitiva, el MP es un órgano necesario en nuestro Estado constitucional. Esto se debe a que promueve la acción de la justicia, persigue los intereses del pueblo dominicano y juega un papel esencial en el sistema procesal penal que nuestro ordenamiento promueve. Estas encomiendas son tan delicadas que es indispensable que sean ejecutadas a través de un órgano especializado. Y es que, partiendo de las disposiciones constitucionales y legales, a través del MP logramos una justicia independiente.

IV. Disposiciones constitucionales en cuanto a los principios rectores y la función del Ministerio Público

Como veremos a continuación, la Constitución le atribuye tareas delicadas de carácter administrativo además de la investigación y el ejercicio de la acción penal a nuestro Ministerio Público. Al analizar correctamente dicho órgano debemos otorgarles la misma atención a todas sus funciones. Para esto, extraeremos sus principales encomiendas partiendo de lo establecido en el artículo 169 de la CD (citado previamente), el CPP, la LOMP y los comentarios que figuran en la 4.^{ta} edición de la

Constitución Comentada del 2015 por la Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (FINJUS):

- a. **La dirección de la investigación y ejercicio de la acción penal.** La función principal del Ministerio Público es encabezar la persecución e investigación de los hechos punibles. Asimismo, este órgano ejerce la acción penal en representación de la sociedad. Esto se debe a que se creó para garantizar la punibilidad de quienes ponen en peligro el bienestar social, proteger bienes jurídicos y canalizar la pretensión punitiva exagerada²⁹.
- b. **Formulación e implementación de la política contra la criminalidad.** De acuerdo con el artículo número 7 de la LOMP, tenemos que la política del Estado contra la criminalidad: «está dirigida a prevenir, controlar, gestionar y perseguir los hechos punibles. Para garantizar su eficacia y vinculación, las políticas preventivas y de control serán articuladas bajo la responsabilidad directa del Procurador General de la República en colaboración con los otros órganos e instituciones que corresponda [...]»³⁰. Sin duda alguna, esta es una de las atribuciones que hace necesaria la vinculación entre el PE y el MP, a fines de cumplir con dicho mandato constitucional con la mayor eficacia posible.
- c. **La promoción de resoluciones alternativas de conflictos.** Este es uno de los principios fundamentales del proceso penal vigente, según el artículo 2 del CPP. Esto es necesario para aliviar la sobrecarga de trabajo de los fiscales a través de mecanismos de simplificación procesal y medios alternos (conciliación, suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento penal abreviado) que

29 Núñez, Ramón. «La Formulación e Implementación de la Política Criminal como Misión Constitucional del Ministerio Público». En: *ENMP Investigación y análisis* (revista) [en línea]. Año 1, número 1, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.1.pdf

30 El subrayado es nuestro.

buscan, más que la verdad, resolver el conflicto.

- d. La dirección del sistema penitenciario.** Según el artículo 30, numeral 20, de la LOMP, es responsabilidad del MP «definir la política penitenciaria del Estado de conformidad con la ley».
- e. La protección de víctimas y testigos.** Las víctimas y los testigos son aliados del MP a la hora de este último desenvolverse en los procesos penales. Por lo tanto, es tarea fundamental de la Procuraduría ofrecerles la adecuada protección a estos individuos y demás partes en el proceso a través del desarrollo de programas de protección.
- f. Garantía de los derechos fundamentales.** El Ministerio Público no solo debe velar por los intereses de las víctimas y de los testigos, sino que, de igual forma, debe vigilar que los reclusos se encuentren en condiciones humanas y que sus derechos fundamentales sean respetados.
- g. La defensa del interés público.** El Ministerio Público es el representante de la sociedad dominicana en el proceso penal ante la lesión de un bien jurídico que representa una amenaza para todos, por lo tanto, no solo debe defender el interés de la víctima.

Gran parte de las confusiones que surgen respecto a la ubicación del Ministerio Público se deben a la diversidad de funciones que nuestro constituyente le ha asignado. Como vemos, es responsable de tareas de carácter judicial, administrativo y ejecutivo. Sin embargo, quizás por cómo se regula el MP en otros ordenamientos jurídicos y cómo es designado el PGR y parte de sus adjuntos, solemos limitarnos en la investigación y persecución, desatando todo este gran debate. La realidad es que lo que verdaderamente vincula al PE con este órgano, son las tareas ejecutivas y administrativas, no la designación. En cuanto a esto, reiteramos que esta vinculación es prudente y necesaria. La designación

no justifica que MP dependa del PE, porque ya la Constitución demarca su verdadera ubicación orgánica al declararlo órgano constitucional autónomo.

Luego de esto, destacamos con base en la LOMP, que todas las actuaciones del MP se rigen bajo principios de suma importancia. Entre ellos destacamos: el principio de legalidad, el principio de oportunidad, el principio de objetividad, el principio de unidad de actuaciones, el principio de independencia, el principio de inamovilidad, el principio de apoliticidad, entre otros. Resulta evidente que se le exige un alto nivel de autonomía funcional al MP para cumplir con estos principios.

V. Principales patologías del Ministerio Público

Luego de haber recalcado las tareas del MP, debemos mencionar las siguientes patologías que afectan su correcta ejecución:

1. Falta de apego a sus principios

Los principios de objetividad e independencia son algunos a los que parecería que nuestro MP deja a un lado en el ejercicio de sus funciones. En algunos casos, la opinión pública es que en los procesos donde se tratan delitos de cuello blanco se muestra cierta ligereza y poca diligencia. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que, en ocasiones, estos reclamos son muestras del desconocimiento que poseen algunos sobre la duración y el desarrollo de los procesos penales. No obstante, en otras ocasiones son denuncias de impunidad de un pueblo que reclama justicia.

En otros casos, el MP toma una posición totalmente opuesta. En vez de tomar este tipo de casos con ligereza, actúa con tal exceso de diligencia que se ve lesionado el principio de objetividad. Tanto así, que destacados abogados han creado el Observatorio por el Justo Proceso (OJP) con el fin de combatir el populismo penal y la violación de los derechos fundamentales de los justiciables. El irrespeto a la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la libertad personal, la prisión preventiva como medida cotidiana y el derecho de

defensa son el fundamento de la creación del OJP y justifican el desacuerdo con el MP por parte de muchos juristas³¹.

En cuanto a esto, pensamos que, en un Estado de derecho como el nuestro, resulta inconcebible que se proceda a combatir la criminalidad con la lesión de garantías fundamentales, pues tanto la víctima como el imputado merecen protección desde el momento en que se ha iniciado una investigación criminal. Es lamentable que el MP con frecuencia le niega el ejercicio de sus derechos a los imputados, principalmente en la etapa preparatoria. Definitivamente, los principios del sistema acusatorio o adversarial establecen que ambos adversarios (acusador y acusado) deben velar por la materialización del debido proceso para garantizar así una tutela judicial efectiva³².

El MP debe velar por el interés público, en la medida que este sea proteger el bienestar social, no velar por medidas de coerción y penas exageradas. El derecho penal busca la corrección de las conductas desviadas y entiende como finalidad la reinserción social de los internos. El MP, a pesar de que una de sus funciones sea perseguir y acusar, debe mantener una postura coherente, centrada y empática amparando el principio de objetividad³³. Entendemos que en estos procesos la tarea del MP no debe ser vista como «ganarle» a la defensa del acusado ni lograr una venganza. En cambio, debe ser realizar una investigación objetiva que oriente al juez a tomar una decisión justa. Por lo que el artículo 260 de nuestro CPP establece que:

Es obligación del ministerio público extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo.

La defensa técnica debe beneficiarse de las facultades investigativas del MP. Solo así tendremos a dos adversarios luchando en igualdad de condiciones y evitaremos arbitrariedades. Este órgano no puede permitir que el populismo penal se institucionalice a través de sí y debe tratar con precaución las reacciones acaloradas del pueblo³⁴.

2. La protección de las víctimas y los testigos

Como ya sabemos, el MP es responsable de velar por los derechos fundamentales de las víctimas y testigos. Debido a esto, el ministerio no puede limitar a dichos agentes con respecto a la acción penal, como se señala en la Sentencia TC/0362/19³⁵, ni permitir su desprotección. Sin embargo, en el día a día se evidencia cómo el sistema de justicia penal dominicano no les proporciona una adecuada protección a estas personas. Lo anterior, debido a la inaplicabilidad de las políticas públicas existentes y la necesidad de formular nuevas.

Cabe destacar, que desde el año 2011 reposa en el Congreso Nacional el «Anteproyecto de ley de atención y protección integral a víctimas, testigos y otros sujetos en riesgo», que tiene como objetivo ampliar el radio de protección de dichos agentes en los procesos penales³⁶. No obstante, en palabras del presidente del TC, Milton Ray Guevara: «[...]

31 Jorge, Eduardo. «Por un justo proceso». En: Hoy [en línea] Hoy.com.do, 2021 [consulta: 6 de julio de 2021]. Disponible en: <https://hoy.com.do/por-un-justo-proceso/>

32 -

33 Reyes, Raúl. «Principio de objetividad y poder de acusar: aparente antinomia del ministerio público». En: ENMP Investigación y análisis (revista) [en línea]. Año 2, número 3, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.3.pdf

34 Marrero, Thiago. «Populismo penal institucionalizado». En: Acento [en línea]. Acento.com.do, 2020 [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/populismo-penal-institucionalizado-8879892.html>

35 República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0362/19, de 18 de septiembre 2019 [consulta: 1 de abril 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc036219>

36 Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (CARMJ) y Comisión de Ejecución de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ). Anteproyecto de ley de atención y protección integral a víctimas, testigos y otros sujetos en riesgo. Santo Domingo, 2011.

parece estar perdido en el limbo al que han ido a parar muchas otras iniciativas trascendentales para avanzar en el diseño normativo-institucional del Estado social y democrático de derecho». Definitivamente, el MP no puede aprobar una ley, pero sí puede abogar por su aprobación, tal como lo hacen este magistrado en una de sus conferencias³⁷ y el TC a través de sentencias como la TC/0268/13³⁸, planteando consideraciones para proteger a las víctimas.

En todo caso, nuestro ordenamiento proporciona un marco legal muy limitado al respecto. Sin embargo, para que el MP implemente medidas necesarias, además del mandato constitucional, tenemos disposiciones como la que figura en el numeral 8 del artículo 26 de la LOMP. Esta última establece que el MP debe: «Disponer las medidas para proteger la vida e integridad física de las víctimas y testigos, así como de sus familiares y demás intervinientes en el proceso penal, cuando fuere necesario». A partir de dicho artículo, es de esperarse que se desarrollen eficaces programas de protección. El órgano —como garante de derechos fundamentales— debe cumplir esta atribución en el respeto al debido proceso y el fortalecimiento del Estado de derecho dejando a un lado la indiferencia.

3. Superpoblación carcelaria

La «Ley núm. 224-84 sobre el Régimen Penitenciario» establece claramente en su artículo 100 que al Procurador General de la República

le corresponde la supervigilancia nacional de los servicios penitenciarios por sí o a través de los demás representantes del MP. Debido a esto, en el año 2018 la Procuraduría publicó el «Plan de Humanización del Sistema Penitenciario» con la finalidad de modificar la realidad de los centros penitenciarios, brindando un trato digno a los reclusos, como lo establece la Constitución, respetando los derechos fundamentales de los privados de libertad³⁹.

Sin embargo, de acuerdo con la base de datos World Prison Brief, la tasa ocupacional de nuestras cárceles es de un 183 % y casi un 60 % de los internos se encuentran cumpliendo prisión preventiva⁴⁰. Esta superpoblación produce hacinamientos y dificulta que los privados de libertad sacien sus necesidades básicas de manera digna. Debido a esto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) le propuso a la actual Procuradora General de la República, Miriam Germán Brito, modificar la disposición del MP de acudir a la medida de coerción más grave y favorecer a los reclusos por delitos menores con otro tipo de prevención que se contemple en el CPP⁴¹. Y es que es una lesión a la presunción de inocencia que el órgano acusador acuda a esta medida con tanta ligereza y frecuencia. La prisión preventiva, en todo caso, debe ser la excepción y no la regla. Es una barbaridad que más de la mitad de nuestros internos ni siquiera se sepa si son culpables, transformando a los procesos de medida de coerción en juicios anticipados de culpabilidad⁴².

37 _____. Ray Guevara dice desprotección a víctimas y testigos refleja miserias del Código Procesal Penal. En: *Tribunal Constitucional* [en línea]. [Tribunalconstitucional.gob.do](https://www.tribunalconstitucional.gob.do), 2019 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/ray-guevara-dice-desproteccion-a-victimas-y-testigos-refleja-miserias-del-codigo-procesal-penal/>

38 República Dominicana. *Tribunal Constitucional* [en línea]. Sentencia TC/0268/13, de 19 de diciembre 2013 [consulta: 1 de abril 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc026813/>

39 _____. ¿Qué es el Plan de Humanización del Sistema Penitenciario? En: Procuraduría General de la República [en línea]. Pgr.gob.do, [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://pgr.gob.do/plandehumanizacion/#:~:text=El%20Plan%20de%20Humanizaci%C3%B3n%20del%20Sistema%20Penitenciario%20est%C3%A1%20ideado%20para,condiciones%20y%20el%20trato%20inhumano.>

40 Word Prison Brief. Dominican Republic. Overview. En: World Prison Brief Data [en línea]. Prisonstudies.org [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.prisonstudies.org/country/dominican-republic> (en inglés)

41 Méndez, Wanda. «República Dominicana tiene 15,218 reclusos preventivos; el 58 de la población carcelaria». En: *Listín Diario* [en línea]. Listindiario.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://listindiario.com/la-republica/2020/09/05/633928/republica-dominicana-tiene-15218-reclusos-preventivos-el-58-de-la-poblacion-carcelaria>

42 Molina, Tania. «Observatorio critica ligereza con que se impone prisión preventiva». En: *Diario Libre* [en línea] Diariolibre.com, 2021 [consulta: 17 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/observatorio-critica-ligereza-con-que-se-impone-prision-preventiva-NP27289370>

4. Falta de presupuesto

En varias ocasiones, Germán Brito ha denunciado que el presupuesto del MP es insuficiente. Esto se debe a que con la Reforma del Sistema Penitenciario han surgido nuevos gastos que provocan una carencia de recursos. Asimismo, llevar a cabo investigaciones penales realmente efectivas conlleva gastos muy elevados⁴³. Esta falta de presupuesto limita enormemente la capacidad de respuesta del MP. La institución debe contar con recursos que le permita emplear los instrumentos más modernos y efectivos para facilitar la investigación y proporcionarles a sus integrantes beneficios alentadores para que lleven a cabo la persecución penal con entusiasmo y diligencia.

Resulta preciso destacar la función de garante de derechos fundamentales que le atribuye el ordenamiento al MP y cómo este no la cumple satisfactoriamente. En cada una de sus acciones la prioridad debe ser la protección y garantía de los derechos de las delicadas figuras que quedan a su cuidado (imputados, internos, víctimas, demás sujetos de riesgo, etc.).

Finalmente, debemos atender estas patologías apegándonos a lo establecido por nuestra Constitución y las leyes. El verdadero problema con el MP no debe ser la puesta en duda de su autonomía, ya que la misma está claramente determinada en nuestra Carta Magna. En cambio, es el evidente incumplimiento de normativa y la falta de recursos. En síntesis, el problema son los hechos y no el derecho.

VI. Conclusión

En definitiva, el MP posee las características necesarias para ser considerado un órgano extrapoder. Y es que, a pesar de haber nacido del PE, nuestro MP ha evolucionado con el fin de

optimizar su ejercicio gracias a las disposiciones constitucionales y legales mencionadas en este documento. Por lo que, rechazamos la idea de que dependa del PE y que realizar una reforma constitucional sea necesario para garantizar su autonomía. Entendemos que la forma en la que nuestro constituyente creó al MP es, sin duda alguna, un tanto confusa. Pues le asigna tareas de naturalezas muy distintas. Sin embargo, la Constitución y la normativa ofrecen herramientas que hacen innecesario modificar su naturaleza constitucional.

En cuanto a la designación del Procurador General de la República y la mitad de los procuradores adjuntos, sostenemos que no es un argumento válido para determinar que la ubicación orgánica de este órgano sea debajo del PE. En cambio, es un mecanismo necesario para el cumplimiento de las tareas que le son asignadas y el equilibrio institucional. Pues, al igual que los poderes clásicos, necesita relacionarse con los demás poderes estatales y verse limitado por algún mecanismo de frenos y contrapesos.

En todo caso, el MP presenta diversas patologías que limitan considerablemente su gestión. Entre estas debilidades, algunas se escapan de sus manos, como es el caso de la carencia presupuestaria y la omisión legislativa. No obstante, tomando en cuenta las facultades y facilidades que le otorga el ordenamiento como órgano autónomo, es evidente su incumplimiento. No cabe duda de que, como extrapoder, cuenta con un alto nivel de independencia que permite un gran margen de acción que no está siendo aprovechado.

Por el otro lado, el carácter de representante de los intereses del pueblo y la transición a un sistema acusatorio de nuestro derecho procesal penal, son los supuestos que hacen del MP un sujeto tan

43 Diario Libre. «Gobierno reduce hasta un 40.19 % presupuesto del Ministerio Público para el 2021». En: *Diario Libre* [en línea] Diariolibre.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/gobierno-reduce-hasta-un-4019-presupuesto-del-ministerio-publico-para-el-2021-LP21954719>; Wander, Santana. «Miriam Germán considera insuficiente presupuesto asignado a la Procuraduría para 2021». En: *Diario Libre* [en línea] Diariolibre.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/miriam-german-considera-insuficiente-presupuesto-asignado-a-la-procuraduria-para-2021-AD21888190?utm_source=articulos&utm_medium=te-puede-interesar&utm_campaign=related

indispensable. Pese a esto, es innegable la falta de interés por parte de las autoridades en tomar las medidas posibles y necesarias para cumplir con el importantísimo cometido que se le atribuye a este órgano. Por lo que, partiendo de las investigaciones realizadas y los datos expuestos, concluimos con que el MP es un órgano independiente que debe apegarse a la norma, a los fines de que el pueblo dominicano logre tener la justicia que merece.

Referencias

PGR «¿Qué es el Plan de Humanización del Sistema Penitenciario?» En: Procuraduría General de la República [en línea]. Pgr.gob.do, [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://pgr.gob.do/plandehumanizacion/#:~:text=El%20Plan%20de%20Humanizaci%C3%B3n%20del%20Sistema%20Penitenciario%20est%C3%A1%20ideado%20para,condiciones%20y%20el%20trato%20inhumano>

Tribunal Constitucional República Dominicana. «Ray Guevara dice desprotección a víctimas y testigos refleja miserias del Código Procesal Penal». En: *Tribunal Constitucional* [en línea]. Tribunalconstitucional.gob.do, 2019 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/ray-guevara-dice-desprotecci%C3%B3n-a-v%C3%ADctimas-y-testigos-refleja-miserias-del-c%C3%B3digo-procesal-penal/>

Binder, Alberto; et al., *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura. ISBN: 9945-425-06-4.

Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (CARMJ) y Comisión de Ejecución de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ). *Anteproyecto de ley de atención y protección integral a víctimas, testigos y otros sujetos en riesgo*. Santo Domingo, 2011.

Diario Libre. «Gobierno reduce hasta un 40.19% presupuesto del Ministerio Público para el 2021». En: *Diario Libre* [en línea] Diariolibre.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/gobierno-reduce-hasta-un-4019-presupuesto-del-ministerio-publico-para-el-2021-LP21954719>

Fernández, Jesús. «Proceso al Código Procesal Penal». En: *Hoy* [en línea]. Hoy.com.do, 2007 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://hoy.com.do/proceso-al-codigo-procesal-penal/>

Garrido, John. «Papel del Ministerio Público en el código procesal penal dominicano». En: *Monografías* [en línea]. Monografías.com, 2008 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos65/ministerio-publico-codigo-penal-dominicano/ministerio-publico-codigo-penal-dominicano.shtml>

González-Trevijano, Pedro, et al. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Tomo I. Parte General*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España: La Ley, 2012. ISBN: 100920540.

Jiménez, Rolkin. «Naturaleza del Ministerio Público: ¿Órgano extrapoder?». En: *Acento* [en línea]. Acento.com.do, 2020 [consulta: 31 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/naturaleza-del-ministerio-publico-organo-extrapoder-8847790.html>

Jorge, Eduardo et al. «La posición constitucional del Ministerio Público conforme la Constitución del 2010». En: *ENMP Investigación y análisis* (revista) [en línea]. Año 1, número 1, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.1.pdf

Jorge, Eduardo. *Derecho Constitucional I. Volumen II*. 2.^{da} edición. Santo Domingo: IUSNOVUM, 2012. (p. 557-558)

Jorge, Eduardo. «El misterio del Ministerio Público ornitorrinco». En: *Acento* [en línea]. Acento.com.do, 2020 [consulta: 27 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/el-misterio-del-ministerio-publico-ornitorrinco-8767849.html>

Jorge, Eduardo. «Por un justo proceso». En: *Hoy* [en línea] Hoy.com.do, 2021 [consulta: 6 de julio de 2021]. Disponible en: <https://hoy.com.do/por-un-justo-proceso/>

Marrero, Thiago. «Populismo penal institucionalizado». En: *Acento* [en línea]. Acento.com.do, 2020 [consulta: 5 de abril de 2020]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/populismo-penal-institucionalizado-8879892.html>

Méndez, Wanda. «República Dominicana tiene 15,218 reclusos preventivos; el 58 % de la población carcelaria». En: *Listín Diario* [en línea]. Listindiario.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://listindiario.com/la-republica/2020/09/05/633928/republica-dominicana-tiene-15218-reclusos-preventivos-el-58-de-la-poblacion-carcelaria>

Molina, Tania. «Observatorio critica ligereza con que se impone prisión preventiva». En: *Diario Libre* [en línea] Diariolibre.com, 2021 [consulta: 17 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/observatorio-critica-ligereza-con-que-se-impone-prision-preventiva-NP27289370>

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. Primera edición. México: Partido de la Revolución Democrática. Disponible en: <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espíritu-leyes.pdf>

Núñez, Ramón. «La Formulación e Implementación de la Política Criminal como Misión Constitucional del Ministerio Público». En: *ENMP Investigación y análisis* (revista) [en línea]. Año 1, número 1, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.1.pdf

República de Guatemala. Constitución Política del 31 de mayo de 1985 reformada por Acuerdo Legislativo N.º 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

República Dominicana. Código Procesal Penal (2007). *Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo*

República Dominicana. Constitución de la República Dominicana, G.O. N.º 10561, 26 de enero de 2010.

República Dominicana. Ley No. 224 Sobre Régimen Penitenciario, de 24 de marzo de 2020. AbogaDom [en línea], Abogadom.net. Disponible en: <http://abogadom.net/download/ley-no-224-84-sobre-regimen-penitenciario/>

República Dominicana. Ley Orgánica del Ministerio Público (núm. 10621) del 9 de junio de 2011. *Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo*.

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0001/15, de 28 de enero de 2015 [consulta: 1 de abril de 2021]. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8101/sentencia-tc-0001-15-c.pdf>

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0305/14, de 29 de abril 2014 [consulta: 1 de abril de 2021]. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7999/tc-0305-14.pdf>

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0032/13, de 15 de marzo 2013 [consulta: 1 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003213>

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0362/19, de 18 de septiembre 2019 [consulta: 1 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc036219>

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0268/13, de 19 de diciembre 2013 [consulta: 1 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc026813/>

República Dominicana. Tribunal Constitucional [en línea]. Sentencia TC/0056/22, del 26 de febrero de 2022 [consulta: 1 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc005622/>

Reyes, Raúl. «Principio de objetividad y poder de acusar: aparente antinomia del ministerio público». En: ENMP Investigación y análisis (revista) [en línea]. Año 2, número 3, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.3.pdf

Trejo, Arístides. «La carrera del Ministerio Público: Garantía de objetividad e independencia en la investigación». En: ENMP Investigación y análisis (revista) [en línea]. Año 2, número 3, 2012 [consulta: 2 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.enmp.edu.do/wpcontent/uploads/2015/07/Revista_Investigacion_y_Analisis_No.3.pdf

Wander, Santana. «Miriam Germán considera insuficiente presupuesto asignado a la Procuraduría para 2021». En: Diario Libre [en línea] Diariolibre.com, 2020 [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/miriam-german-considera-insuficiente-presupuesto-asignado-a-la-procuraduria-para-2021-AD21888190?utm_source=articulos&utm_medium=te-puede-interesar&utm_campaign=related

Word Prison Brief. Dominican Republic. Overview. En: World Prison Brief Data [en línea]. Prisonstudies.org [consulta: 5 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.prisonstudies.org/country/dominican-republic> (en inglés).

Contra la tesis de la única respuesta correcta

Crítica de la crítica de Dworkin a la discrecionalidad judicial

Jaime Luis Rodríguez*

Recibido: 25 de enero de 2022 - Aceptado: 19 de noviembre de 2022

Resumen

El presente trabajo hace una crítica a la tesis de la única respuesta correcta que Ronald Dworkin opone a la discrecionalidad judicial. Para ello se toman en cuenta los argumentos que el autor desarrolla en su obra «Los Derechos en Serio» y en algunas de las respuestas que posteriormente ofreció a sus críticos. Se introduce el trabajo explicitando la idea de discrecionalidad judicial que Dworkin cuestiona. Luego se intenta hacer una descripción de la operación que Dworkin propone para encontrar la respuesta correcta aun en los «casos difíciles» y se critica la perspectiva que asume. Desde un enfoque más realista, se ilustra una aproximación alternativa a uno de los casos judiciales tomados por el autor para explicar su teoría. Finalmente se cuestiona la eficacia de la teoría de Dworkin para sortear las objeciones que él mismo opone a la discrecionalidad y se concluye en que su propuesta no es útil, aun considerándola como una doctrina o ideología de la interpretación.

Palabras clave: discrecionalidad judicial, respuesta correcta, principios, interpretación.

Abstract

This paper criticizes Ronald Dworkin's thesis of the only correct answer that he opposes to judicial discretion. For this purpose, it considers the arguments that the author develops in his work "Taking Rights Seriously" and in some of the responses that he later offered to part of his critics. The paper initiates explaining the idea of judicial discretion that Dworkin questions. Then, it attempts to describe the path that Dworkin proposes to find the correct answer even in "difficult cases" and criticizes the perspective that he assumes. From a more realistic point of view, it illustrates an alternative approach to one of the court cases taken by the author to explain his theory. Finally, it questions the effectiveness of Dworkin's theory to overcome the objections that he himself opposes to discretion and concludes that his proposal is useless, even considering it as a doctrine or ideology of interpretation.

Keywords: *judicial discretion, correct answer, principles, interpretation.*

* El autor es dominicano. Graduado como Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en 2012. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en 2015. Máster en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en 2018. Certificado de Estudios de Posgrado en Ciencia Política y Sociología, Modalidad Distancia, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)-Argentina en 2021. Correo electrónico: jaimeluisrod@gmail.com

I. Introducción

La discrecionalidad judicial es uno de los temas más discutidos en el ámbito de la teoría del derecho. No es para menos. Lo que está en juego es determinar si realmente la aplicación de las normas a los casos concretos se corresponde con una identificación objetiva del derecho preestablecido o si, en cambio, en ocasiones supone un ejercicio creativo por parte de los jueces.

En el presente artículo pretendo fijar posición respecto de esta discusión, tomando como particular objeto de análisis la tesis de la única respuesta correcta expuesta por Ronald Dworkin en su conocido trabajo «Los derechos en serio». Como parte de la defensa de su tesis Dworkin realiza una crítica a la idea de discrecionalidad judicial que es sostenida por algunos exponentes del positivismo jurídico, especialmente por el inglés H.L.A. Hart. Mi objetivo es ponderar el fundamento de la tesis en cuestión y precisar tanto su validez teórica como su utilidad práctica.

En primer lugar, delimitaré el significado de discrecionalidad judicial cuestionado por Dworkin. Posteriormente explicaré la llamada tesis de la única respuesta correcta y la perspectiva teórica a partir de la cual el autor la desarrolla. Realizaré una aproximación alternativa a la utilizada por el autor para aplicar su teoría a un caso específico decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos y, finalmente, sostendré que aun considerándose válida, la tesis de la única respuesta correcta es ineficaz frente a las propias objeciones que en «Los derechos en serio» se plantean a la discrecionalidad judicial.

II. Dworkin y la discrecionalidad judicial

La tesis de la única respuesta correcta tiene como objetivo principal cuestionar una de las tres

proposiciones centrales que Dworkin atribuye al esqueleto del positivismo jurídico: aquella vinculada con la discrecionalidad judicial que se ejerce ante la ausencia de normas que determinen una decisión. La proposición se relacionaría con la idea que Dworkin tiene sobre la teoría de los casos difíciles que identifica en los positivistas.¹ Según el autor dicha teoría consistiría en que ante un determinado litigio que «no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez (...) tiene [discreción] para decidir el caso en uno u otro sentido».² En palabras de Hart, la proposición criticada por Dworkin sería expresamente la siguiente:

(...) en cualquier sistema jurídico habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez ha de llegar a una decisión (...), debe ejercer su [discrecionalidad] y [legislar] para el caso en lugar de limitarse a aplicar el derecho establecido preexistente.³

Según Dworkin el carácter incompleto del derecho, en los términos anteriormente descritos, solo puede defenderse en una teoría del derecho que no tome en cuenta que además de las normas que constituyen *reglas*, existen otras normas, incluso implícitas, que constituyen *principios*. A partir de los principios sería siempre posible encontrar la respuesta correcta a cada caso jurídico, lo cual haría falsa la proposición de la discrecionalidad judicial. Esto lo afirma el mismo Dworkin al sostener que sus argumentos «suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política».⁴

1 Es obvio que la idea de *casos difíciles* que puede ser ubicada en ciertas expresiones del positivismo es mucho más amplia que la que reseña Dworkin. El autor limita su idea de *casos difíciles* a situaciones vinculadas con lagunas normativas. Sin embargo, como se sabe, la idea de *casos difíciles* también se vincula con los problemas de vaguedad y ambigüedad que pueden afectar a las disposiciones normativas (Aquello que Hart llamó *zona de penumbra*).

2 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. (Barcelona: Ariel, 2012). ISBN 978-84-344-0546-2., 146.

3 Hart, H.L.A., «Postscriptum». En *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Editado por UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. (Bogotá: Siglo del Hombre, 1997). ISBN 958-665-004-9, 135.

4 Dworkin, *Los derechos en serio*, 397.

Antes de avanzar es necesario precisar, aún más, qué entiende Dworkin por discrecionalidad en el contexto de su trabajo. Consciente de que se trata de un concepto relativo, el autor distingue tres sentidos distintos. Dos corresponden a lo que considera como sentido débil de discrecionalidad, mientras que uno lo considera como sentido fuerte⁵. A seguida la explicación que puede extraerse de Dworkin:

1. **Primer sentido débil de discrecionalidad:** se habla de discreción para decir que por alguna razón las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento.
2. **Segundo sentido débil de discrecionalidad:** se habla de discreción para únicamente decir que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.
3. **Sentido fuerte de discrecionalidad:** contrario a los sentidos anteriores, puede hablarse de discreción para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, un funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad (al no existir norma que determine su decisión).

Con el *primer sentido débil* de discrecionalidad Dworkin se refiere a la situación en que para la aplicación de una norma sea necesario interpretarla. Con el *segundo sentido débil* se refiere a la determinación de quién tiene la última palabra en la aplicación de una norma. En cambio, con el *sentido fuerte de discrecionalidad* se refiere a la situación en que la decisión del funcionario «no está controlada por una norma prevista por la

autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción».⁶ La tesis positivista que cuestiona Dworkin se vincularía con el *sentido fuerte* de discrecionalidad, ya que plantea que si un caso no está controlado por una norma preestablecida el juez ejerce de hecho la discrecionalidad y crea una nueva norma aplicable al caso.

Para explicar mejor la precisión que Dworkin pretende dar a su uso de *discrecionalidad*, prescindiré del *segundo sentido débil* y trataré de determinar la distinción entre el *primer sentido débil* (que en lo adelante llamaré *sentido débil* a secas) y el *sentido fuerte* de discrecionalidad. Para ello me parece útil la distinción que realiza Riccardo Guastini entre *interpretación en sentido estricto* y *construcción jurídica*⁷.

La interpretación en sentido estricto consiste en atribuir significado a un texto normativo. Por ejemplo, Dworkin cita como un caso del *sentido débil* de discrecionalidad el mandato que un capitán había dado a un sargento para que formara una patrulla con sus cinco hombres *más experimentados*. En dicho caso, el sargento, como intérprete del mandato, debía atribuirle significado especificando qué entendía por *más experimentados*. Evidentemente estaríamos frente a un problema de vaguedad de una norma, consistente en «la incertidumbre acerca de los atributos que un objeto debe poseer para pertenecer a la clase de que se trata»⁸, que en el ejemplo se traduce en la incertidumbre sobre los atributos que debían tener los hombres bajo responsabilidad del sargento para considerarse los *más experimentados*. Dworkin deja claro que no usa *discrecionalidad* en el sentido de comentario sobre la vaguedad o dificultad de una norma.⁹

Por otro lado, Guastini sostiene que la construcción jurídica es lo que intuitivamente se presenta

5 Los derechos en serio, 85.

6 Dworkin, Los derechos en serio, 86.

7 Guastini, Riccardo. «Interpretación y construcción jurídica». *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho* [en línea]. 2015, (43), 11–48. ISSN 1405-0218 [consultado el 4 de mayo de 2022]. Disponible en: doi:10.5347/43.2015.71

8 Guastini, «Interpretación y construcción jurídica», 24.

9 Dworkin, Los derechos en serio, 85.

como una interpretación creativa. Esta consiste en formular normas nuevas que se pretenden implícitas en el ordenamiento como, por ejemplo, la creación de una norma para ofrecer solución a un caso que no está controlado por una norma preestablecida. Estas normas nuevas tienden a crearse mediante «medios pseudo-lógicos (sic), es decir, mediante razonamientos no deductivos».¹⁰ A lo que Dworkin llama sentido fuerte de discrecionalidad precisamente hace referencia a esta operación de construcción jurídica, pero de manera específica cuando se realiza para crear una norma nueva que pase a regular una situación que no estaba jurídicamente predeterminada. El sentido fuerte de discrecionalidad realmente refiere a la discrecionalidad que los jueces ejercen frente a la incompletud del ordenamiento jurídico, es decir, frente a la existencia de lagunas jurídicas.

En conclusión, lo que Dworkin llama discrecionalidad en un sentido fuerte sería la cualidad de una decisión que toma un funcionario (juez) ante un problema de incompletud del sistema jurídico, consistente en que este no ofrece una norma que controle previamente un caso. Frente a dicho escenario, la posición positivista cuestionada por Dworkin sostiene que la solución al caso pasará por la creación de una norma jurídica y que dicha creación es un ejercicio de discrecionalidad. Implicando en dicho ejercicio la selección de diversas alternativas a las cuales el juez no estaría obligado de manera predeterminada, no sería posible evaluar el resultado final como verdadero o falso (con relación a la proposición de que el resultado es el jurídicamente correcto).

Como ya había adelantado, la crítica de Dworkin pasa por negar la incompletud del sistema jurídico. Para ello recurre a la idea de que además de las normas constitutivas de reglas, en el sistema jurídico existirían (aun implícitamente) normas constitutivas de principios. Los principios de Dworkin serían una especie de entidades omnipresentes y

omnipotentes que, en la aplicación del derecho, aun en los llamados casos difíciles, ofrecerían una solución previa. Y no cualquier solución, sino la única solución correcta. Por tanto, la solución dada puede considerarse como el descubrimiento de una norma preexistente derivada de algún principio, no como una creación que sea expresión de la discrecionalidad judicial. Es lo que se infiere del mismo Dworkin cuando sostiene que «incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error, que el proceso apunta más a descubrir los derechos de las partes en litigio y que la justificación política del proceso depende de lo sólidamente fundada que esté tal caracterización».¹¹

III. La única respuesta correcta

Si a partir de los *principios* dworkineanos es siempre posible descubrir la norma preexistente aplicable a un caso, habría que determinar cómo debe desarrollarse tan importante empresa. Confieso que en esta parte se me hace bastante difícil seguir a Dworkin, pero haré el mejor esfuerzo. Digamos que la precisión y la claridad expositiva no son los mejores atributos del autor.

Dworkin sostiene que en la argumentación jurídica en torno a los *casos difíciles* se incluyen dos conceptos sustantivos de importancia. El primero es la idea de intención o propósito de una determinada ley o cláusula.¹² El segundo es el concepto de *principios*, que están en la base de o incorporados en las normas jurídicas positivas, pero que también Dworkin ubica en una especie de moral social. A seguidas, considera que «si un juez acepta las prácticas establecidas de su sistema jurídico – es decir, si acepta la autonomía prevista por sus distintivas normas constitutivas y regulativas, entonces, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, debe aceptar alguna teoría política general a problemas controvertibles sobre los derechos».¹³ Y concluye en que, «por

10 Guastini, «Interpretación y construcción jurídica», 20.

11 Dworkin, *Los derechos en serio*, 397.

12 *Los derechos en serio*, 176

13 *Ibid.*

*consiguiente, haríamos bien en considerar de qué manera en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que lo exigen la intención de la ley y los principios jurídicos».*¹⁴ El diseño de estas teorías sería equivalente a la manera en que un árbitro filósofo delinearía el carácter de un juego. Para cumplir este propósito, Dworkin inventa a un juez «dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas»¹⁵, a quien llama Hércules. La labor de este ser inventado por Dworkin sería la de identificar las intenciones y los principios inmanentes en un sistema jurídico para, a partir de allí, construir teorías sobre lo que ellos exigen en determinados casos.

Partiendo de la explicación anterior Dworkin recurre al siguiente escenario. Imagina que los jueces de una jurisdicción se reúnen en una convención. Estos jueces siguen su tesis de los derechos y además el modelo de juez que ha ideado (El juez hércules). A partir de estos supuestos, deciden participar conjuntamente de una empresa que estipula ciertas condiciones de verdad para las proposiciones de derecho. Según esta, «se puede afirmar como válida una proposición de derecho si es más congruente que la proposición de derecho contraria con la teoría que mejor justifica el derecho establecido».¹⁶ Suponiendo que esta iniciativa se llevare a cabo con éxito habitual en los modernos sistemas jurídicos, sería frecuente que los jueces coincidieran en torno a los valores de verdad de las proposiciones del Derecho, «y cuando discrepan, comprenden lo bastante bien los argumentos de sus oponentes como para localizar el nivel de desacuerdo y disponer de argumentos en un orden de verosimilitud».¹⁷

De lo expuesto me aventuro a interpretar lo siguiente: Para Dworkin la respuesta correcta es la proposición de derecho que resulte más congruente con la teoría que mejor justifica el derecho que es objeto

de decisión. Por tanto, aun en los llamados casos difíciles, es decir, cuando la solución no aparente estar determinada por alguna norma explícita y preexistente en el ordenamiento jurídico, el juez podrá descubrir la norma aplicable identificando las intenciones legislativas y los principios inmanentes, desarrollando una teoría política que mejor justifique los derechos que puedan extraerse de estos y, finalmente, determinando cuál es la proposición más acorde con dicha teoría. La respuesta correcta sería esa solución predeterminada jurídicamente y a la cual el juez llegaría mediante una interpretación cognoscitiva que siga el modelo mágico que describe Dworkin. En este punto no debería causar sorpresa que el autor haya tenido que inventar al juez Hércules para explicar su tesis.

IV. La estrategia de Dworkin: La posición del participante

Difícilmente un observador pudiese considerar la operación anteriormente descrita como el descubrimiento de una norma preexistente que ofrezca solución a un caso. En principio parecería difícil negar que en tal empresa se ejerza algún tipo de discrecionalidad en sentido fuerte. Frente a este posible cuestionamiento Dworkin desarrolla una estrategia interesante y que varía los términos del debate.

Dworkin supone que un filósofo se acerca a los jueces que se habían reunido en una convención y habían decidido seguir su tesis sobre los derechos y decidir como el juez Hércules lo haría. Este filósofo tendría la incómoda tarea de hacerles ver a los jueces que, contrario a su creencia, para las cuestiones jurídicas difíciles no hay respuesta correcta, sino simplemente respuestas. Los jueces se equivocarían al creer que en estas cuestiones alguna proposición jurídica pueda ser verdadera, de manera que su contraria sea falsa.¹⁸

14 Ibid.

15 *Los derechos en serio*, 176.

16 *Los derechos en serio*, 401.

17 Ibid.

18 *Los derechos en serio*, 402.

Frente a la atrevida pretensión del filósofo, los jueces intentan convencerlo de que si estuviera en la condición de ellos sería posible que él también identificara la mejor teoría que para un caso ofrece la mejor justificación de un derecho. El filósofo responde que, ante esa hipotética situación, su creencia en la posibilidad de una única respuesta correcta solo se debería a que «ha recibido una formación jurídica y se ha incorporado por consiguiente a un grupo cuyos miembros, en virtud de dicha formación, participan en un mismo mito».¹⁹ Consecuentemente niega que un observador independiente pueda concluir en que, al menos en los casos controvertibles, las soluciones ofrecidas por uno de los participantes fueran superiores a la del otro (en el sentido de ser la respuesta correcta). Ante dicha respuesta, Dworkin sostiene que si por observador independiente se alude a alguien que no tiene formación jurídica no sería sorprendente que este resulte incompetente para formarse opiniones sobre lo que hacen los participantes en un proceso judicial. Por otro lado, si por observador independiente se alude a alguien que ha recibido formación jurídica, pero no ha sido invitado a participar como juez, Dworkin sostiene que no está para nada claro por qué esta falta de autoridad ha de afectar la capacidad de la persona para formular juicios como si fuera juez (es decir como participante).²⁰

A partir de esta aparente paradoja Dworkin procede a revelar un aspecto para nada trivial de su teoría sobre la única decisión correcta: piensa su teoría desde la perspectiva de los participantes en un proceso judicial, es decir, desde una perspectiva interna. Tomando prestados conceptos de la teoría antropológica podríamos esclarecer más la cuestión. La metodología de investigación antropológica distingue entre la perspectiva *emic* y la perspectiva *etic*. La primera describe los hechos desde el punto de vista nativo o, dicho de otra

forma, desde el punto de vista de los agentes que participan de una práctica. La segunda describe los hechos desde el punto de vista del observador. En dicho sentido, la teoría de Dworkin sobre la discrecionalidad y la interpretación judicial adopta una perspectiva *emic*.

Lo anterior es afirmado por Dworkin cuando, en respuesta a sus críticos, expresa esperar que sus argumentos demuestren que cualquier versión sensata de la tesis de que en derecho no hay respuesta correcta no debe basarse en «una postura crítica externa, sino más bien en juicios internos (...)».²¹ Por tanto, el autor considera insatisfactorias las críticas que pudiesen adoptar una perspectiva *etic*, es decir, la de un observador independiente. Desde la estratégica perspectiva a la que Dworkin procura reconducir el debate ciertamente podría hacer sentido cuestionar la idea que no hay respuesta correcta en los *casos difíciles*. Y es que por razones pragmáticas ni las partes ni el juez que interviene en un proceso tienden a estar motivados a reconocer la ausencia de una respuesta correcta. Resulta evidente que desde la perspectiva de los participantes en un proceso judicial que no haya respuesta correcta rara vez será considerada como la mejor respuesta. Resulta también evidente que estos tienden a comportarse y argumentar de manera que efectivamente se crea que existe una respuesta correcta a cada caso o, para ser más preciso, que la solución está jurídicamente predeterminada por la existencia previa de algún derecho u obligación que opera a favor de una u otra parte.

La cuestión es que la proposición positivista sobre la discrecionalidad judicial que Dworkin critica tiende a ubicarse en una perspectiva *etic*. Es decir, procura describir la interpretación judicial en casos difíciles desde una posición independiente a la de los participantes. Se trata, por tanto, de perspectivas

19 *Los derechos en serio*, 402.

20 *Los derechos en serio*, 403.

21 *Los derechos en serio*, 457.

de análisis distintas. Mientras la posición positivista se encuentra más en el nivel de discurso de la teoría del Derecho, la posición de Dworkin se encuentra más en el nivel de discurso de la práctica jurídica.²² Mientras el positivismo criticado por Dworkin intenta explicar cómo se produce la interpretación judicial en casos difíciles, el autor intenta explicar lo que en estos casos piensan y sienten los participantes sobre la interpretación judicial. Aquí lleva toda la razón Juan Antonio García Amado cuando llega a la siguiente conclusión sobre la teoría de Dworkin:

La teoría dworkiniana de la única respuesta correcta (y de los principios que la alimentan) es la teoría de que la única respuesta correcta existe porque los jueces creen que existe, aunque no puedan saber cuál es la respuesta para cada caso y sólo les quede pensar que cuanto más convencido estén, más cerca andarán de ella.²³

El problema de Dworkin es precisamente que pretende elevar a una teoría sobre la interpretación judicial lo que no es más que una idea sobre la práctica judicial y las creencias que en ella se expresan (atravesadas profundamente por elementos ideológicos). Tal y como sostiene Hart en el *Postscriptum del Concepto de Derecho*, para mostrar la supuesta falsa descripción del proceso judicial que se deriva del positivismo que admite la discrecionalidad judicial, Dworkin recurre a una fenomenología de la toma de decisiones judiciales. A partir de esta sostiene que los jueces, al decidir los casos, y los abogados, al pedir que los casos sean decididos a su favor, no hablan de que el juez

haga la ley, aun en los casos más inéditos.²⁴ Los participantes se comportan como si realmente la norma aplicable debe ser descubierta. Pero Dworkin no toma en cuenta «que la conocida retórica del proceso judicial apoya la idea de que en un sistema jurídico desarrollado no hay casos desprovistos de regulación jurídica».²⁵

Dworkin se fundamenta en los elementos ideológicos que gobiernan la práctica jurídica, para de ahí elaborar su teoría. El discurso que se desarrolla en esta práctica tiende a la naturalización de opciones altamente discrecionales, mediante la presentación de reglas jurídicas que se muestran como resultado de un razonamiento meramente técnico.²⁶ Como sostiene Juan Ramón Capella, las operaciones intelectuales del hermeneuta (operador jurídico) consisten esencialmente, por una parte, «en aportar argumentos que justifiquen la “clasificación” de las reconstrucciones de los hechos relevantes en las diversas descripciones esquemáticas (abstractas) que figuran en las normas seleccionadas»²⁷; y, por otra parte, «en argumentar la idoneidad de la selección de normas realizadas [...] y en fundamentar su interpretación de estas normas en último lugar».²⁸ Concluye en que esta operación de clasificación, «que al final del proceso hermenéutico acabará siendo presentada como lógicamente coherente a efectos de legitimar la decisión autoritaria, en tanto que operación intelectual tiene muy poco de silogística salvo en casos muy obvios y aproblemáticos».²⁹

Habría que ser más enfático: Dworkin pretende elevar al rango de teoría (y realmente sustenta

22 Para una explicación sobre los niveles de discursos en el Derecho ver: Nicolás Jorge Negri, *Epistemología jurídica. Los saberes en el siglo XXI*. (Buenos aires: UCALP, 2020).

23 García Amado, Juan Antonio. «Pidiendo el Principio. Dworkin y la Teoría del Derecho en serio». [consultado el 4 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.garciamado.es/2014/03/pidiendo-el-principio-dworkin-y-la-teoria-del-derecho-en-serio/>

24 Hart, Postscriptum». En *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, 137.

25 Hart, Postscriptum». En *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, 138.

26 Schlegel, John Henry. *Duncan Kennedy, A Critique of Adjudication: Fin de Siecle*, Cambridge: Harvard University Press, 1997. Pp. 424. \$ 45.00 (ISBN 0-674-17760-6). Citado en Courtis, Christian, *Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho*. En Courtis, Christian (comp). *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. (Buenos Aires: Eudeba, 2011). ISBN 9789502311227, 388.

27 Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. 5a ed. (Madrid: Trotta, 2008). ISBN 978-84-8164-324-4, 137.

28 Ibid.

29 Ibid.

una ideología en el sentido negativo del término) la creencia de los abogados y los jueces de que cuando los segundos deciden lo hacen adoptando la decisión correcta, entendida como aquella jurídicamente predeterminada. No por casualidad calificaría Bourdieu a los juristas como *guardianes de la hipocresía colectiva*. Según el sociólogo francés:

El Derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser, es decir, algo puro, completamente autónomo, etc. Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; y a producirlos en quienes ejercen el derecho.³⁰

Pero la realidad es distinta a lo que dictamina la doxa jurídica. Si como consecuencia de un proceso judicial no es posible establecer que la conducta del demandado estuviese normativamente determinada por el sistema jurídico, estaríamos en presencia de una laguna. Frente a dicha situación, en principio, el juez no tendría «ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda».³¹ En cambio, el juez sí podría tener la obligación de juzgar, como resulta, por ejemplo, de la aplicación del artículo 4 del Código Civil de la República Dominicana.³²

Explicado mejor por Alchourrón y Bulygin, «el juez tiene la obligación de juzgar, esto es, de condenar o rechazar la demanda, pero no la de condenar como tampoco tienen la obligación de rechazar la demanda. Esto puede resultar paradójico, pero no hay en ello ninguna paradoja».³³ En efecto, si ante un caso no existe una norma que determine previamente la decisión en un sentido u otro, no

podría sostenerse que el juez tuviese una obligación específica de fallar de una manera (en favor o en contra de alguna de las partes). Obviamente algunas restricciones aplican. Y es que en ciertas materias existen normas de cierre que obligan jurídicamente al juez ante la ausencia de una norma previa que regule el caso. La materia penal es la más ilustrativa en este sentido.³⁴ Sin embargo, en estos casos ya no podría decirse que existe un problema de incompletud.

V. El caso Riggs Vs. Palmer: Una alternativa a la aproximación de Dworkin

Desde una teoría analítica y realista de la interpretación jurídica resultaría muy sencillo identificar una labor de construcción jurídica en los ejemplos ofrecidos por Dworkin para defender su postura. Esta teoría de la interpretación es la defendida por Guastini. Como ya expuse, este autor distingue entre *interpretación en sentido estricto* y *construcción jurídica*. Dentro de las técnicas de construcción jurídica identifica a la construcción de lagunas, la cual a su vez puede consistir en construcción de lagunas normativas o en construcción de lagunas axiológicas. Según Guastini, «hay una laguna normativa cuando un supuesto de hecho H no está regulado en manera alguna por las normas explícitas existentes en el sistema».³⁵ Por otro lado, una laguna axiológica puede referir a la situación en que un supuesto de hecho no estará regulado por ninguna norma, pero según el operador jurídico debería estarlo o, de manera más visible, cuando «un supuesto de hecho sí está regulado por una norma, pero según el

30 Bourdieu, Pierre. «Los juristas. Guardianes de la hipocresía colectiva». [consultado el 2 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina43967.pdf>

31 Alchourrón, Carlos Eugenio y Bulygin, Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2a ed. (Buenos Aires: Astrea, 2012). ISBN 978-950-508-989-5, 220.

32 Art. 4.- El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia

33 Alchourrón y Bulygin, *Sistemas normativos*, 220.

34 En materia penal la interpretación extensiva o la técnica de la analogía están prohibidas cuando perjudican al imputado. Esta prohibición obligaría jurídicamente al juez al rechazo de la pretensión contra el imputado en un proceso penal cuando no exista una norma previa que exprese y precisamente establezca una regulación sobre su conducta.

35 Guastini, «Interpretación y construcción jurídica», 32.

intérprete, está regulado de forma axiológicamente inadecuada (...) porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debió haber tomado en cuenta.³⁶ Por tanto, un laguna axiológica no representa un caso sin regulación, sino un caso con una mala regulación.

Esta distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas es sumamente importante para comprender la forma en que operan los jueces al decidir ciertos casos. Como he mostrado, la tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta es una crítica a la idea de incompletud de un sistema jurídico, es decir, a la idea de que existan lagunas normativas. Sin embargo, uno de los ejemplos que Dworkin utiliza se corresponde realmente con un caso de laguna axiológica, no de una laguna normativa.

Para defender su posición Dworkin utiliza como ejemplo el caso *Riggs vs. Palmer*, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1889. El caso consistió en lo siguiente: Elmer Palmer envenenó a su abuelo, Francis B. Palmer, motivado por el temor de que este variara la voluntad de beneficiarlo en su testamento. Al momento no existía disposición legal alguna que prohibiera a una persona acceder a una herencia por haber quitado la vida al de *cujus*³⁷. La controversia giró en torno a si ante la ausencia de una prohibición expresa, Elmer Palmer debía o no tener el derecho a heredar, no obstante haber asesinado a su abuelo.

El caso permite ilustrar a la perfección la construcción una laguna axiológica. No podía sostenerse la ausencia de una norma que ofreciera solución al caso, ya que, por el contrario, dicha norma existía y habilitaba a Elmer Palmer a heredar a su abuelo. El problema, por tanto, no era de ausencia de una norma, sino de existencia de una norma que a criterio de la Corte ofrecía una solución axiológicamente inadecuada.³⁸ La regulación del

supuesto de hecho (condición de heredero como beneficiario de un testamento), era axiológicamente inadecuada en tanto el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debió haber tomado en cuenta (que la persona que pretende heredar haya asesinado *al de cujus*). Precisamente parte de la decisión de la Corte Suprema se fundamentó en el hecho de que no era razonable esperar que la legislatura abordara todas las contingencias posibles en la elaboración de las leyes, y que si los legisladores hubiesen tenido motivos para pensar que alguien podría comportarse como lo hizo Elmer Palmer, habrían abordado esa situación.

Tal y como sostiene Guastini, en estos casos es el intérprete que construye valorativamente las lagunas. Por tanto, las lagunas axiológicas dependen de sus juicios de valor. En el caso analizado, la laguna axiológica se produce por medio de una disociación, esto es, incluyendo una excepción implícita dentro de una norma, de tal forma que dicha norma no se aplique a todos los supuestos de hechos³⁹ (no se aplicaría al supuesto de hecho en que la persona en condición de heredero haya asesinado *al de cujus*). Esta operación, contrario a lo que ingenuamente sostiene Dworkin, no se produce antes del momento de la decisión judicial.

Podría cuestionarse la labor de construcción judicial descrita en la forma que lo he hecho. Pero al menos explicarla como tal tiene la virtud de la sinceridad.

VI. La ineficacia de la teoría de Dworkin frente a la indeterminación del Derecho

Dworkin niega la incompletud del Derecho y con ello su indeterminación. El esfuerzo que realiza al desarrollar su teoría sobre los principios y su tesis de la única decisión correcta va precisamente dirigido a demostrar que el derecho puede tendencialmente llegar a ser totalmente completo y determinado.

36 Guastini, «Interpretación y construcción jurídica», 32-33.

37 Como sí existe en el Código Civil dominicano al establecerlo como causa de indignidad sucesoria.

38 Para una descripción de las lagunas axiológicas y sus características ver: Alchourrón y Bulygin, *Sistemas normativos*, 155-157.

39 Guastini, «Interpretación y construcción jurídica», 33.

Frente a la teoría de la discrecionalidad judicial (en sentido fuerte), Dworkin presenta dos objeciones que pueden resumirse de la siguiente manera: 1) Si se admite que los jueces ejercen una labor de creación jurídica, se afectaría la idea vinculada con el principio democrático de que los jueces estarían tomando decisiones que le corresponden a los legisladores, quienes sí son responsables frente al electorado; 2) Si el juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho.

Me limitaré a analizar la segunda de las objeciones. Según esta, si sostenemos que ante un caso difícil el juez crea una nueva norma jurídica que incide negativamente en una de las partes del proceso, estaría aplicándole de manera retroactiva un deber que ha sido creado (por la nueva norma) después de la ocurrencia del hecho. Para contestar esta objeción sirve retornar al caso *Riggs vs. Palmer*. A partir de cierto análisis del caso podría sostenerse que al momento de la ocurrencia del hecho (la muerte del abuelo que abre la sucesión) no existía una norma que incidiera negativamente en la pretensión de la parte perdedora (la prohibición de heredar por haber asesinado al *de cuius*). Esta norma habría sido creada al momento de la decisión del caso y retroactivamente aplicada al momento de la ocurrencia del hecho.

Obviamente el análisis que Dworkin realiza sobre el caso es totalmente distinto. Parte de la idea de que la prohibición para heredar resultaba de una norma preexistente derivada de un principio implícito: el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. En todo caso, la pregunta sería si aun tomado como cierto el análisis de Dworkin habría alguna diferencia práctica frente a la objeción que plantea y que he descrito en el párrafo anterior. No creo que la respuesta sea

afirmativa. Lo que Dworkin realmente hace es desplegar una estrategia retórica para mostrar cómo una determinación previa de un caso solo ha llegado a ser determinada al momento de la decisión judicial.

Como sostiene Paolo Comanducci, Dworkin no distingue entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de las justificaciones de las decisiones judiciales.⁴⁰ Sugiere el autor que, aun aceptando el objetivismo moral que presupone Dworkin, la indeterminación *ex ante* del derecho sería difícil por razones factuales: a) aun suponiendo que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) en nuestras sociedades no existe una moral positiva compartida por todos los jueces; c) los jueces no suelen ser coherentes en el tiempo con sus propias decisiones y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente.⁴¹

La cuestión podría plantearse de la siguiente manera. Si la norma del caso *Riggs Vs. Palmer* hubiese estado determinada *ex ante*, hubiese sido posible conocer de manera previa la consecuencia jurídica que dicha norma atribuye a la acción de Elder Palmer (la prohibición de heredar al *de cuius*). Las circunstancias del propio caso y los debates en torno a este parecen apuntar claramente en una decisión contraria, es decir, negar que la consecuencia jurídica de la acción pudiese conocerse (de manera precisa) antes de la decisión. Obviamente, para mayor desdicha del señor Francis B. Palmer que para su nieto criminal. En términos prácticos, la teoría de Dworkin sería ineficaz para ofrecer una solución a la objeción que él mismo plantea contra la discrecionalidad judicial.

40 Comanducci, Paolo. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico». *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho* [en línea]. 2002, (16), 90-112. ISSN 1405-0218 [consultado el 3 de mayo de 2022]. Disponible en: doi:10.5347/isonomia.v0i16.526, 106.

41 Comanducci, Paolo. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», 107.

VII. Conclusión: ¿Qué utilidad podría tener la teoría de Dworkin?

Si consideramos el concepto de *interpretación* en un sentido amplio, podríamos decir que la teoría de Dworkin procura explicar la forma en que se produce la interpretación jurídica en sede judicial. Sobre este tópico Riccardo Guastini ha resaltado la necesidad de evitar la confusión de dos tipos de teorías de la interpretación. Por un lado, tendríamos las teorías cognitivas o, como Guastini las denomina, *teorías propiamente dichas*. Estas teorías consisten en «discursos descriptivos acerca de lo que [de hecho] es la interpretación». ⁴² En cambio, por otro lado, tendríamos las teorías normativas, o ideologías o doctrinas de la interpretación, las cuales consisten en «discursos prescriptivos acerca de lo que debe ser la interpretación». ⁴³

Como teoría propiamente dicha, la de Dworkin revela muy poca utilidad para explicar en términos positivos el fenómeno de la interpretación jurídica. He señalado como el autor parte de una perspectiva del participante que obvia los hechos y privilegia las ideas y sentimientos que sobre estos tienen los abogados y jueces. Se trata, por tanto, de una teoría que no da cuenta, descriptivamente, de lo que realmente sucede al momento de la interpretación jurídica frente a los *casos difíciles*.

En realidad, la teoría de Dworkin es una doctrina o ideología de la interpretación envuelta en sofisticados y poco inteligibles argumentos teóricos. Lo que el autor hace en el trabajo analizado no es una descripción sobre la forma en que deciden los jueces en los *casos difíciles*, sino una prescripción de lo que estos deberían hacer. Desde esta perspectiva no identifico gran novedad en la propuesta de Dworkin. Otras doctrinas negadoras de la discrecionalidad judicial han previamente promovido una ideología de la interpretación que, si bien con orígenes y contextos históricos y geográficos distintos, poseen

como sedimento presuposiciones similares. ⁴⁴ Algunas de estas ideologías al menos tienen el mérito de la practicidad. No requirieron inventar jueces con nombre de dioses para hacer creer a los operadores jurídicos que el sistema siempre ofrece una solución a sus casos y, consecuentemente, para que actuaren como si ello fuese realmente cierto.

Referencias

Alchourrón, Carlos Eugenio y Bulygin, Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2012. ISBN 978-950-508-989-5.

Bourdieu, Pierre. *Los juristas. Guardianes de la hipocresía colectiva*. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina43967.pdf>

Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. 5.ª ed. Madrid: Trotta, 2008. ISBN 978-84-8164-324-4.

Comanducci, Paolo. «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico». *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho* [en línea]. 2002, (16), 90–112. ISSN 1405-0218. Disponible en: doi:10.5347/isonomia.v0i16.526, 106.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012. ISBN 978-84-344-0546-2.

García Amado, Juan Antonio. «Pidiendo el Principio. Dworkin y la Teoría del Derecho en serio». Disponible en: <https://www.garciamado.es/2014/03/pidiendo-el-principio-dworkin-y-la-teoria-del-derecho-en-serio/>

⁴² Guastini, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010). ISBN 978-958-772-002-0.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Al respecto ver: García Amado, Juan Antonio. «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?». *Isegoría* [en línea]. 2006, (35), 151–172. ISSN 1988-8376 [consultado el 4 de mayo de 2022]. Disponible en: doi:10.3989/isegoria.2006.i35.34

Guastini, Riccardo. «Interpretación Y Construcción Jurídica». *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho* [en línea]. 2015, (43), 11–48. ISSN 1405-0218.

Guastini, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. ISBN 978-958-772-002-0.

Hart, H.L.A., Postscriptum. En *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Editado por Universidad De Los Andes. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. ISBN 958-665-004-9

Schlegel, John Henry. Duncan Kennedy, A Critique of Adjudication: Fin de Siecle, Cambridge: Harvard University Press, 1997. (ISBN 0–674–17760–6). Citado en Curtis, Christian, «Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho». En Curtis, Christian (comp). *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2011. ISBN 9789502311227.

CONVOCATORIA

Para remisión de trabajos para la revista *luris Forum*

El Consejo Editorial de la Revista *luris Forum* invita a autoras y autores para la remisión de trabajos de derecho público y privado, nacional, internacional o comparado. Se aceptarán ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, así como reseñas o reseñas de libros, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial para su evaluación y aceptación. Para mayor información, favor, visitar los documentos en el sitio web de la revista.

La Revista *luris Forum* publica principalmente documentos inéditos en español, pero pueden incluirse textos en otros idiomas. La primera página del trabajo debe contener: (a) Título del trabajo; (b) Nombre del autor (o autores, en caso de colaboración); (c) Resumen de la hoja de vida, últimos títulos alcanzados, tipo de afiliación institucional, país de origen y correo electrónico de contacto del autor (o autores, en caso de colaboración) como primer pie de página del trabajo; (d) Resumen de un párrafo, en español, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (e) Resumen de un párrafo, en inglés, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (f) Un máximo de cinco palabras claves (en inglés y español) que más identifiquen los puntos clave o temáticas de investigación del trabajo; (g) Dirección electrónica del autor (o autores, en caso de colaboración).

El autor (o autores, en caso de colaboración) puede someter para publicación artículos o ensayos científicos, reseñas y comentarios de legislación o jurisprudencia nacional e internacional, entrevistas a juristas nacionales e internacionales y reseñas bibliográficas. Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico, en formato .doc (Word), a 1½ espacio y en tipografía Times New Roman 12, márgenes izquierdo y derecho de una pulgada y todas las páginas deben estar numeradas.

Los artículos y ensayos no deben superar las 15,000 palabras (incluyendo introducción y conclusión) o no ser menor de 10 ni mayor de 25 páginas. Por su parte, las reseñas y entrevistas no deben superar las 5,000 palabras o no ser menor de cinco ni mayor de 10 páginas. No obstante, el Consejo Editorial de la revista podrá dispensar de estos límites cuando se justifique la publicación. Las colaboraciones podrán incluir, al final del texto y en orden alfabético, la bibliografía de los libros, artículos de revistas y ensayos en obras colectivas que sustenten el trabajo presentado, siguiendo los criterios indicados más abajo.

La extensión de la bibliografía no se computa respecto de ningún tipo de colaboración; tampoco se computa la extensión de los resúmenes y las palabras claves, en inglés y español.

Para la elaboración de las notas a pie de página y las referencias bibliográficas se requiere el formato de la norma ISO 690:2010. Las referencias bibliográficas deberán ordenarse alfabéticamente según el formato de la norma ISO 690:2010 al final del documento.

Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico a la siguiente dirección electrónica publicacionesderecho-csd@ce.pucmm.edu.do El Consejo Editorial examinará cada trabajo según criterios de pertinencia, coherencia, aporte y estilo para decidir sobre la conveniencia de su publicación; posteriormente, se envían a dos miembros del Comité Evaluador, quienes evalúan, objetiva y anónimamente, la calidad del artículo.



Campus de Santiago

Autopista Duarte km 1 1/2, Santiago, República Dominicana
T. 809 580 1962 • Fax: 809 582 4549

Campus de Santo Domingo

Av. Abraham Lincoln esq. Av. Simón Bolívar, Santo Domingo, República Dominicana
T. 809 535 0111 • Fax: 809 534 7060