



Revista

IURIS Forum

Julio - diciembre 2022 • Número 4 • ISSN 2811-4949



Escuela de Derecho



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Revista IURIS FORUM

Número 4, julio-diciembre 2022

ISSN 2811-4949

Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes
Escuela de Derecho

© Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2022

Diseño y diagramación:

Departamento Editorial, PUCMM

Corrección de estilo:

Prof. Roque Diómedes Santos

Cuidado de edición:

Carmen Pérez Valerio, Departamento Editorial,
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Santo Domingo, República Dominicana, 2022

Iuris Forum es la revista digital de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, creada con el objetivo de fomentar el estudio crítico del derecho y la producción escrita de los integrantes de la comunidad jurídica dominicana y extranjera para el enriquecimiento del debate jurídico y, en consecuencia, contribuir al pensamiento jurídico global. *Iuris Forum* se publica semestralmente, con contenido abierto y contribuciones en español e inglés. Está compuesta de ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial de la revista.





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 Alíes 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

ARTÍCULOS

6

Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito del nuevo Código Penal dominicano
Carlos Gómez-Jara Diez

23

Utilidad teórica de los sistemas estáticos en la teoría del derecho
Amaury A. Reyes Torres

31

Incidencia del derecho internacional en la actividad congresual en la República Dominicana
Jimena M. Conde Jiminián

53

La integración de los contratos a partir de la adopción del Estado social y democrático de derecho, guía y límites de la regla *pacta sunt servanda*
Israel Armando José Rosado

77

Análisis del uso de un vehículo de motor legalmente adquirido como garantía implícita de la libertad de tránsito y sus implicaciones en el sistema jurídico dominicano
Julio Ernesto Ortiz Peguero

96

La escalada del conflicto Ucrania-Rusia: Hacia un nuevo paradigma en materia de derechos humanos
Maike M. Lara Espinal



Editorial IURIS Forum

La Revista *Iuris Forum*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), presenta su cuarto número, correspondiente al período julio-diciembre de 2022. Su contenido muestra el continuo interés de esta casa de estudios de fomentar el pensamiento jurídico crítico y, con ello, un análisis comprensivo y contemporáneo del derecho que auxilie a las generaciones actuales en el ejercicio práctico de esta siempre dinámica área del saber.

En este número encontrarán, al igual que en sus predecesores, contribuciones de juristas y académicos nacionales e internacionales. En este sentido, se inicia con el trabajo del profesor español Dr. Carlos Gómez-Jara Diez sobre el «*compliance penal*» y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, figuras que analiza a la luz del proyecto de nuevo Código Penal dominicano que todavía reposa en el Congreso Nacional.

A continuación, dos aportes del Comité Editorial de esta revista. El primero, de la autoría del profesor Amaury A. Reyes Torres, renombrado constitucionalista, sobre Teoría del Derecho y la discusión que en el seno de esta se produce sobre los sistemas estáticos del derecho. Por su parte, la Dr. Jimena M. Conde Jiminián aborda lo relativo al control político que ejercen las cámaras legislativas sobre aquellos instrumentos que emanan del derecho internacional.

De igual manera, integran este número un estudio del Lic. Israel José sobre la integración de los contratos a partir de la adopción, por el constituyente dominicano, de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, y cómo esto incide en la regla *pacta sunt servanda*. Asimismo, dos jóvenes estudiantes de Derecho aportan las últimas dos contribuciones; el primero, Julio E. Ortiz Peguero trata lo relativo al uso de un vehículo de motor legalmente adquirido como garantía implícita de la libertad de tránsito y sus implicaciones en el sistema jurídico dominicano. Y, el segundo, Maike M. Lara Espinal, cierra con un interesante análisis sobre el conflicto bélico ruso-ucraniano, que estalló el 24 de febrero de 2022 con la invasión de Rusia a Ucrania, y que, a la fecha de esta publicación, aún continúa, así como su incidencia e implicaciones sobre los derechos humanos.

De lo señalado se colige que la revista *Iuris Forum* mantiene su interés académico de presentar la mayor diversidad de temas y problemáticas jurídicas de actualidad. En tal virtud, aprovechamos la ocasión para exhortar a todos los juristas interesados participar en los próximos números, cuya convocatoria permanece abierta.

Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito del nuevo Código Penal dominicano

Carlos Gómez-Jara Diez¹

Recibido: 26 de junio de 2022 – Aceptado: 16 de mayo de 2023

Resumen

La nueva propuesta de Código Penal en la República Dominicana ha avanzado en la línea emprendida por otros ordenamientos jurídicos: el reconocimiento de que los programas de cumplimiento constituyen una defensa frente a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En el artículo se abordarán las cuestiones más relevantes de esta nueva propuesta en el ámbito del *compliance* penal y su afectación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas dominicanas.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance*, código penal

Abstract

The newly proposed Penal Code in the Dominican Republic heads in the direction already undertaken by other legal systems: acknowledging compliance programs as a defense against corporate criminal liability. In this paper we will explore the most pressing issues addressed by the New Penal Code in the area of corporate compliance and its influence over corporate criminal liability.

Keywords: *corporate criminal liability, compliance, penal code.*

¹ Doctor Europeo en Derecho, LL.M. Columbia University y profesor acreditado titular de Derecho Penal, imparte clases y conferencias en diversas universidades y centros, siendo autor de más de un centenar de publicaciones sobre derecho penal económico. Es socio fundador de Corporate Defense SLP (cgj@corporate-defense.com).

CÓMO CITAR: Gómez-Jara Diez, Carlos (2022). *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito del nuevo Código Penal dominicano*, Iuris Forum, N.º 4, julio-diciembre 2022, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 6-22 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

I. Introducción

En el Proyecto de Ley de Código penal de la República Dominicana, recibido por la Cámara de Diputados de la República Dominicana el 15 de marzo de 2022, se incluye una importante novedad frente a propuestas anteriores: la introducción de tres Párrafos – Párrafo II, III y IV – en el artículo 8 de Nuevo Código Penal [NCP] que (i) conforman los criterios para que una persona jurídica dominicana pueda ver exonerada o atenuada su responsabilidad penal y (ii) suponen un impulso notable a la autorregulación regulada en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas². Es decir, alejándose de criterios propios del ámbito civilista – que vienen determinados por la responsabilidad quasi objetiva de la persona jurídica por los hechos cometidos por sus órganos, representantes o subordinados – **se introducen criterios propios del ámbito penal en los que la persona jurídica sólo puede responder penalmente por su hecho propio y no por el hecho ajeno de las personas físicas**. En pocas palabras, cuando la persona jurídica haya cumplido con sus deberes de dirección, control y supervisión, no responderá penalmente por los delitos cometidos por sus órganos, representantes o subordinados, pese a que esos delitos se hayan cometido en representación y beneficio de la persona jurídica. Esto es: **se ha introducido una auténtica defensa material para la persona jurídica**.

Ciertamente, no faltarán voces que aludan al hecho de que la introducción de esta defensa supone una suerte de «carta blanca» para las empresas a la hora de delinquir. Nada más alejado

de la realidad. Gracias a la introducción de dicha defensa, las personas jurídicas dominicanas tendrán un importante incentivo para adoptar robustos programas de cumplimiento y de esta manera evitar su responsabilidad penal. La adopción de dichos programas de cumplimiento reduce significativamente el riesgo de comisión de delitos en el seno de personas jurídicas y conlleva un importante beneficio para la sociedad en general al fomentar una cultura de cumplimiento de la legalidad en el entorno empresarial.

La experiencia en numerosos países – entre ellos España – muestra cómo desde la introducción de una eximente de responsabilidad penal para las personas jurídicas basada en la adopción de unos programas de cumplimiento claramente definidos, el tejido empresarial del país ha comenzado a adoptar paulatinamente dichos programas de cumplimiento. Y ello ha resultado en un cambio de la cultura empresarial que redundaba en la conformación de las empresas como buenos ciudadanos corporativos (*Good Corporate Citizens*)³ que velan por el cumplimiento de la legalidad en el seno de su organización.

En este sentido, el prelegislador dominicano ha actuado de forma más inteligente que el legislador español. Así, cuando se introdujo en el año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, lo cierto es que la regulación española sólo contemplaba la posibilidad de la atenuante cuando se hubieran adoptado antes del Juicio Oral «medidas eficaces para prevenir y detectar delitos»⁴. Esto es, ni se preveía la eximente ni se especificaban los requisitos de esas medidas. El resultado fue que pocas empresas decidieron

2 En general, sobre esta cuestión, vid. Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal económico y Autorregulación*, Santo Domingo, 2016, *passim*.

3 En este punto, vid. Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal económico y Autorregulación*, Santo Domingo, 2016, *passim*. Sobre la importancia de este concepto vid. Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 254 ss.; Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, 2006, pp. 76 ss. En la literatura estadounidense vid. entre otros, Richard Gruner, «Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», en: Basri et al (eds.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalization of Good Corporate Conduct*, 1998, p. 199; Richard Gruner / Louis Brown, «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», en: *J.Corp.L.* 21 (1996), p. 732; Swenson, «The Organizational Guidelines' "Carrot and Stick" Philosophy, and Their Focus on "Effective" Compliance», en: U.S. Sentencing Commission; *Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Corporation*, 1995, pp. 34 ss.

4 Carlos Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Edisofer, 2010; Carlos Gómez-Jara Díez, «Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Julio Banacloche / Carlos Gómez-Jara / Jesús Zarzalejos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011, pp. 31 ss.; Carlos Gómez-Jara, «La culpabilidad de la persona jurídica», en: Bajo / Feijoo / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2 ed., 2016, pp. 143 ss.

implementar programas de cumplimiento. Sin embargo, tras la reforma del año 2015 – en la que se introdujo la posibilidad de la eximente y se definieron los elementos que debían contener los programas de cumplimiento – la sociedad empresarial española comenzó a adoptar dichos programas de forma mucho más importante.

En lo que sigue, llevaremos a cabo un análisis de la estructura de dicha defensa de la persona jurídica en el NCP, comentaremos los requisitos de los programas de cumplimiento y haremos referencia a los estándares internacionales en materia de programas de cumplimiento para concluir que la adopción de estos estándares proporciona a las personas jurídicas dominicanas no sólo una defensa frente a su responsabilidad penal, sino también una mejora sustantiva de sus sistemas de gestión – lo cual redundará en un incremento notable de la eficacia de la organización –.

II. Estructura de la defensa de la persona jurídica

El NCP contiene en el Art. 8 y sus diversos Párrafos la estructura básica de imputación y defensa de la persona jurídica. Así, de forma general, establece lo siguiente:

Artículo 8.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las personas jurídicas serán penalmente responsables de las infracciones cometidas por los actos u omisiones punibles de sus órganos, representantes o subordinados que hayan sido ocasionados en su representación, siempre que estos actos u omisiones sean al mismo tiempo consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección, control o supervisión, respecto de sus órganos, representantes o subordinados.

Esto es, en primer lugar, se establece el presupuesto de la imputación - infracciones cometidas por los actos u omisiones punibles de sus órganos, representantes o subordinados que hayan sido ocasionados en su representación – y, a continuación, en segundo lugar, establece el fundamento de la defensa – siempre que

estos actos u omisiones sean al mismo tiempo consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección, control o supervisión, respecto de sus órganos, representantes o subordinados –. En general se puede observar una estructura típica de responsabilidad penal por omisión: se comete un acto u omisión punible por un tercero, debido a la omisión por parte de la persona jurídica de sus «deberes de dirección, control y supervisión respecto de dicho tercero». Ambos son responsables igualmente del delito.

Así, establece el Artículo 9 del NCP:

Artículo 9.- Responsabilidad compartida. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de cualquier persona física que haya comprometido su propia responsabilidad en los mismos hechos, sea como autor o cómplice

Desde el punto de vista de la persona jurídica, por tanto, el fundamento de su responsabilidad penal no reside en la acción u omisión de la persona física, sino en la omisión de los deberes de dirección, control y supervisión. En pocas palabras: el hecho propio de la persona jurídica reside precisamente en dicha omisión (incumplimiento de deberes) – que es diferente del hecho propio de la persona física, consistente en los actos u omisiones punibles –. Ese hecho propio de la persona jurídica se puede denominar como un «delito corporativo» que sería diferente del hecho propio de la persona física, que se puede denominar como «delito individual». **Expresado de otra manera, no todo delito individual de la persona física en representación y beneficio de la persona jurídica es un delito corporativo.**

En España se ha desarrollado una importante jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo – a partir de una igualmente importante propuesta doctrinal⁵ – para definir en qué consiste el hecho propio de la persona jurídica. El hecho propio de la persona jurídica, también denominado delito corporativo, consiste – según el Tribunal Supremo español en su decisiva Sentencia de 16

de marzo de 2016⁶ – en un «déficit estructural en los mecanismos de prevención y detección del delito». ⁷

Una vez establecido este marco genérico, el NCP viene a definir cómo se concretan esos deberes de dirección, control y supervisión desde la perspectiva jurídico-penal. Y esa concreción consiste en la implementación y monitorización de programas de *compliance* penal.

En efecto, establece el Párrafo II:

Párrafo II - La responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá ser atenuada o exonerada siempre que cuente con políticas y programas en ejecución de cumplimiento normativo y de prevención de la comisión de las infracciones que le pudieran ser imputadas.

De igual manera, se señala en el Párrafo VI:

Párrafo VI - La acreditación de cumplimiento parcial de los requisitos y programas de prevención podrá dar lugar a atenuación de la sanción, a ser valorada según las circunstancias de la infracción o infracciones cometidas.

El NCP detalla, igualmente, qué circunstancias deben concurrir para que el resultado penal generado por las actuaciones de las personas físicas no sea imputable objetivamente a la persona jurídica – esto es: se establece cuándo la persona jurídica sí ha cumplido con sus deberes y, en consecuencia, no concurre una omisión punible por parte de la persona jurídica –. Fundamentalmente se trata de que (i) se hayan adoptado e implementado los programas de *Compliance* penal (ii) las medidas de control contenidas en los referidos programas hayan sido vulneradas de forma intencional por las personas físicas. En efecto, señala el Párrafo III:

Párrafo III - En las infracciones cometidas por las personas jurídicas, se considerará que los deberes de dirección, control y supervisión se han cumplido, y por tanto la persona jurídica no responde penalmente, cuando se configuren las dos circunstancias siguientes:

1. La persona jurídica demuestra objetivamente haber adoptado e implementado, según la normativa vigente y asociadas al ámbito económico o de producción correspondiente, los

6 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vid. Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2 ed., 2019, pp. 84 ss. Críticos con el concepto de «delito corporativo»: Miguel Díaz y García Conlledo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un análisis dogmático», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, p. 115 que «las personas jurídicas, si es que responden penalmente, lo hacen de delitos concretos (hechos que encajan en los diferentes tipos para los que el CP prevé tal responsabilidad) y no debe correrse el riesgo (no digo por tanto que sea exactamente eso lo que hace la jurisprudencia) de que se aluda a un genérico “delito corporativo, con resultado de...». Vid. igualmente Manuel Jesús Dolz-Lago, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas versus Delito corporativo?», en: *Diario La Ley* no 8856, de 4 noviembre 2016, sobre la denominada «inmunidad programada»; vid. también Manuel Jesús Dolz-Lago, «Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre *Compliance*: Discordancias con la Jurisprudencia», en: Gómez Colomer (Coord). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, p. 135, criticando que «nos encontramos que la Sala 2a TS se ha convertido en un legislador penal, creando el llamado “delito corporativo”, que por mucho que se busque en el Libro II de nuestro Código punitivo no se encuentra».

7 Sobre la prueba del delito corporativo vid. Antonio Del Moral, «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, p. 691: «Quienes hablan de un delito corporativo basado en un sistema de autorresponsabilidad, quieren descubrir ahí un claro engarce con el principio de culpabilidad. La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en el defecto intrínseco de organización, generador de un campo abonado para que aparezcan conductas delictivas. O, desde otra óptica, la falta de cultura de cumplimiento que impregna el entramado social (STS 154/2016, de 29 de febrero). El programa sólido, riguroso y respetado por el colectivo significaría que no hay culpabilidad porque no hay defecto de organización. Desde esa concepción la consecuencia sería clara: para la condena de la persona jurídica sería necesario acreditar la presencia de ese defecto de organización, plasmado en la inexistencia o defectos e imprevisiones de un programa de cumplimiento. Probar eso correspondería a la acusación»; Raquel Castillejo Manzanares, «Los principios probatorios y el compliance», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, p. 601: «Siendo esto así, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia, y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad». María Isabel González Cano, «La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, p. 886: «El TS entiende así que la ausencia de control es un elemento generador de responsabilidad de la entidad, y que el defecto estructural en el modelo de gestión, vigilancia y supervisión es el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo. El Fiscal en este sentido debe acreditar el hecho delictivo en su caso cometido por la persona física, y también el delito corporativo cometido por la entidad».

programas de cumplimiento idóneos para la prevención de la infracción cometida;

2. Las medidas contenidas en el o los programas de cumplimiento han sido violadas de forma intencional por un subordinado o personas ajenas a la dirección de la empresa.

Así las cosas, el prelegislador dominicano se podría haber quedado en esta formulación genérica sin proporcionar mayores detalles sobre cuáles son los elementos fundamentales de dichos programas de cumplimiento. No obstante, mostrando mayor sabiduría que otros legisladores extranjeros, el NCP detalla precisamente cuáles son esos requisitos fundamentales de los programas de *Compliance* penal y, en el Párrafo IV, establece lo siguiente:

Párrafo IV.- Para los efectos de lo establecido en este artículo, el programa de prevención adoptado por la persona jurídica deberá contener al menos, lo siguiente:

1. Identificación expresa, según la actividad emprendida, de los ámbitos en que existan o se puedan presentar riesgos penales que ameritan prevención;
2. La existencia de un órgano o departamento con poderes autónomos para el control o supervisión de la implementación del programa;
3. La organización de un protocolo o procedimiento de actuación frente a la detección del riesgo de comisión de infracciones, que incluya un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas del programa;
4. La revisión periódica del modelo y su modificación cuando se produzcan cambios en la organización o según los nuevos requerimientos de la persona jurídica.

III. Requisitos de los programas de prevención de delitos (programas de compliance penal) y su relación con estándares internacionales en materia de compliance penal

Como decimos, el NCP establece que el denominado «programa de prevención» – en realidad, pese a su nomenclatura, se trata de un programa de prevención, detección y redacción frente al delito – debe contar, **al menos**, con cuatro requisitos fundamentales que se pueden sintetizar de la siguiente forma: (i) mapa de riesgos penales; (ii) órgano de *compliance* penal; (iii) procedimientos de reacción frente al delito, incluyendo sanciones disciplinarias; (iv) revisión y actualización periódica del programa.

En puridad, se trata de requisitos mínimos como indica el propio NCP, ya que para la efectiva vigencia de un programa de prevención de delitos o programa de *Compliance* penal, son necesarios otra serie de elementos, tales como: (i) mapa de controles asociados a los riesgos penal identificados; (ii) recursos adecuados para la vigencia del programa; (iii) formación adecuada de todos los miembros de la organización, incluyendo una comunicación interna y externa en materia de *compliance* penal; (iv) definición de obligaciones en materia de *compliance* para todos los estamentos corporativos (órganos de gobierno, alta dirección y empleados).

En lo que sigue realizaremos una breve exposición del contenido básico de los cuatro requisitos enunciados por el NCP sobre la base del contenido de dichos requisitos en los diferentes estándares internacionales. En este sentido, el estándar que probablemente sea de más fácil manejo para los operadores dominicanos sea la UNE 19.601 – Sistemas de gestión de *Compliance* penal, ya que fue desarrollado en España sobre la base de los estándares internacionales ISO 19.600 – Sistemas de gestión de *Compliance* – e ISO 37.001 – Sistemas de gestión antisoborno –. Entendemos que es de más fácil manejo ya que se centra en el *Compliance* penal, a diferencia de los estándares

internacionales ISO que abordan regulaciones más genéricas de *Compliance*, o, más concretas, de corrupción (sobornos).

1. Identificación expresa, según la actividad emprendida, de los ámbitos en que existan o se puedan presentar riesgos penales que ameritan prevención;

Este requisito consiste en realizar lo que comúnmente se denomina un «mapa de riesgos penales» en el que se identifican las actividades que lleva a cabo la persona jurídica y se analiza qué riesgos penales se encuentran asociados a cada actividad que desempeña. En definitiva, se trata de la conocida «gestión de riesgo» (*risk management*) donde, tras la evaluación del riesgo (*risk assessment*), se realiza el tratamiento del riesgo (*risk treatment*) para alcanzar los objetivos de reducción de este dentro del ámbito de lo permitido⁸. Dicho planteamiento no es exclusivo, ni mucho menos, del Derecho penal, sino que se lleva a cabo en numerosos sectores de actividad de las empresas y para la cual, de hecho, existe – como indicaremos más adelante – un estándar internacional específico – la ISO 31.000 –⁹.

Por lo tanto, en puridad, este elemento del Párrafo IV se refiere principalmente al primer paso relevante para una gestión del riesgo penal adecuada. Así, para proceder a una adecuada

evaluación del riesgo penal resulta necesario identificar previamente las actividades de la persona jurídica en las cuales se puedan cometer alguno de los delitos previsto en el Catálogo de delitos de personas jurídicas.

Ciertamente, existirán una serie de actividades que, por ser características de prácticamente cualquier persona jurídica, siempre serán identificadas fácilmente. Se trata, por ejemplo, de la actividad consistente en pagar los impuestos correspondientes y la correspondiente exposición al riesgo de delito fiscal.

En cualquier caso, como acabamos de indicar, esta identificación es solo el primer paso del *risk assessment*. Tanto penalistas españoles¹⁰ como alemanes¹¹ han tratado la cuestión, puesto que resulta fundamental desde el punto de vista de la eficacia de los programas / sistemas de gestión de *Compliance*. Ahora bien, respecto de la gestión de riesgos, las normas ISO cuentan con una larga experiencia, motivo por el cual, a la hora de adoptar los estándares internacionales ISO 19.600 e ISO 37.001, así como el estándar nacional UNE 19.601, se prestó especial atención a la regulación contenida en la conocida ISO 31.000 – Gestión de riesgo. Principios y Directrices –¹². Si bien, por motivos obvios, no se desarrolló

8 Sin poder entrar en mayores detalles, valga indicar que en la reforma (2018) que se produjo de la ISO 31.000 – Gestión del riesgo. Directrices – se ha diferenciado claramente entre evaluación del riesgo (Ap. 6.4) y el tratamiento del riesgo (Ap. 6.5), mientras que con anterioridad el concepto de «evaluación del riesgo» (Ap. 5.4.4.) se encontraba dentro de un supraapartado de «apreciación del riesgo» (AP. 5.4). De esta forma se gana en claridad conceptual.

9 Vid. ampliamente Alain Casanovas, *Compliance penal normalizado. El Estándar UNE 19.601*, 2017, pp. 29 ss.

10 Adán Nieto, «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en: Nieto et al, *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014, p. 154 ha llevado una descripción sucinta que permite aprehender la esencia de este primer requisito del Código penal para el establecimiento del modelo: «El primer paso es determinar el sector de la empresa o actividad en la que vamos a analizar los riesgos penales. Aunque en el primer momento de implantación del plan puede realizarse una evaluación “global” del riesgo de la empresa, en lo sucesivo es conveniente ir afinando esta evaluación y realizarla con relación a concretos sectores de la actividad. Todos los textos legales (...) coinciden en que el análisis de riesgos ha de ser concreto, referirse no sólo a la concreta actividad que realiza la empresa, sino a cómo la realiza».

11 Dennis Bock, «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en: Kuhlén / Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 115: «La identificación de riesgos no es por ello un proceso único, sino que precisa de la evaluación reiterada en forma de una ininterrompida vigilancia. Para que el obligado a la supervisión pueda implementar las medidas de compliance que de acuerdo con el valor del daño esperado son adecuadas, debe juzgar la importancia de los riesgos identificados y poder así establecer la necesaria actuación. En este punto se debe aspirar en lo posible al desarrollo del más amplio método para el cálculo cuantitativo del valor de los daños esperados. Los problemas metodológicos que surgen en la determinación de las correspondientes cifras muestran aquí, con toda honestidad, que la verdadera tarea científica reside en la aproximación hacia los conocimientos de otras disciplinas científicas en lo que a la investigación de los riesgos se refiere».

12 De nuevo, por motivos de espacio no se puede entrar aquí en la discusión sobre la terminología y conceptualización detallada que se realiza en la ISO 31.000 y que ha sufrido una importante actualización de su versión de 2009 a la actual de 2018 que se puede resumir de la siguiente manera:

1.- se revisan los principios de la gestión del riesgo, que son los criterios clave para su éxito

en los estándares de sistemas de gestión de *Compliance* todo el detallado análisis que se contiene en la ISO 31.000, sin duda constituye una referencia esencial – como específicamente se indica en los estándares indicados –.

Así las cosas, la UNE 19.601 desarrolla específicamente dicho elemento de los modelos de organización y gestión de delitos contenidos en el Código penal bajo la característica triada de (i) identificación (ii) análisis y (iii) valoración/ evaluación de la siguiente forma¹³:

6.2 Evaluación de los riesgos penales

6.2.1 Generalidades La organización (3.20) debe desarrollar un proceso (3.26) de evaluación que comprende la identificación, el análisis y valoración de los riesgos penales (3.29) para:

- a. Identificar los riesgos penales (3.29) que la organización (3.20) pueda razonablemente anticipar, considerando los factores relacionados en el apartado 4.1 de esta norma UNE;
- b. Analizar los riesgos penales (3.29) identificados;
- c. Valorar los riesgos penales (3.29) identificados;
- d. Se debe valorar la adecuación del diseño y eficacia (3.11) de los controles existentes en la organización.
- e. Ante deficiencias identificadas en determinados controles, la organización (3.20) debe tomar medidas para remediarlas, por ejemplo, implantando planes de acción que mitiguen los

riesgos (3.28) asociados a los controles deficientes.

6.2.2 Análisis de los riesgos penales

La organización (3.20) debe analizar los riesgos penales (3.29) considerando las causas y las fuentes de incumplimientos de *compliance* penal (3.5) y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos de *compliance* penal (3.5) y las consecuencias asociadas.

NOTA Las consecuencias pueden incluir, por ejemplo, daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales.

6.2.3 Valoración de los riesgos penales

La organización (3.20) debe establecer criterios para valorar su nivel de riesgo penal (3.29), considerando sus objetivos de *compliance* penal (3.19) y, por lo tanto, los compromisos asumidos a través de su política de *compliance* penal (3.24) y demás políticas o instrucciones internas relacionadas con ella.

6.2.4 Revisión de la evaluación de riesgos penales

La evaluación del riesgo penal (3.29) debe revisarse:

- a. De manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la organización (3.20);
- b. En caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la organización (3.20);

2.- se destaca el liderazgo de la alta dirección y la integración de la gestión del riesgo, comenzando con la gobernanza de la organización;

3.- se pone mayor énfasis en la naturaleza iterativa de la gestión del riesgo, señalando que las nuevas experiencias, el conocimiento y el análisis pueden llevar a una revisión de los elementos del proceso, las acciones y los controles en cada etapa del proceso;

4.- se simplifica el contenido con un mayor enfoque en mantener un modelo de sistemas abiertos para adaptarse a múltiples necesidades y contextos.

13 Vid. el acertado resumen genérico sobre estos requisitos de Marta Escudero, «Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance», en: *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, 2015, pp. 535 ss. Vid. igualmente Albert Salvador, «Implementación en la gestión integral de riesgos», en: Frago (Coord.), *Actualidad Compliance* 2018, pp. 93 ss.

- c. En caso de incumplimientos de compliance penal (3.5);
- d. En caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes.

De forma más explicativa, la ISO 19.600 proporciona una serie de indicaciones respecto del proceso que debe seguirse a la hora de gestionar el riesgo en la organización:

La organización debería identificar y evaluar sus riesgos de *compliance*. Esta evaluación puede estar basada en una valoración de riesgos formal o bien puede llevarse a cabo a través de enfoques alternativos. La valoración de riesgos de *compliance* constituye la base para la implementación del sistema de gestión de *compliance* y para planificar la asignación de recursos y de procesos que sean adecuados y apropiados para gestionar los riesgos de compliance identificados.

La organización debería identificar los riesgos de *compliance* relacionando sus obligaciones de *compliance* con sus actividades, productos, servicios y aspectos relevantes de sus operaciones, con objeto de identificar situaciones en las que pueden ocurrir incumplimientos de *compliance*. **La organización debería identificar las causas y las consecuencias de los incumplimientos de *compliance*. La organización debería analizar los riesgos de *compliance* considerando las causas y las fuentes de los incumplimientos de *compliance* y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran los incumplimientos de *compliance* y las consecuencias asociadas. Las consecuencias pueden incluir, por ejemplo, daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas (negrita nuestra).**

La evaluación de riesgos incluye comparar el nivel del riesgo de *compliance* identificado durante el proceso de análisis con el nivel de riesgo de *compliance* que la organización puede y está dispuesta a aceptar. Basándose en esta comparación, se pueden establecer las prioridades como base para determinar la necesidad de implementar controles y la extensión de dichos controles.

El resultado de dicho proceso de gestión del riesgo suele ser la confección de un denominado «mapa de riesgos penales» donde se identifican los riesgos por actividad y/o producto de la organización, se valora el riesgo «bruto», se establecen los correspondientes controles, y se indica el riesgo «residual» correspondiente. Asimismo, se indica la probabilidad del resultado (menor del riesgo residual respecto del bruto) y las consecuencias de la realización de dicho resultado – teniendo en cuenta no sólo las económicas, sino, como indica la norma internacional, también las reputacionales – que, en definitiva, en los actores corporativos se traducen igualmente en consecuencias económicas –.

2) La existencia de un órgano o departamento con poderes autónomos para el control o supervisión de la implementación del programa;

De conformidad con la UNE 19.601, los poderes autónomos de iniciativa y control del órgano de cumplimiento penal se concretan, en general, en las siguientes facultades asignadas por la alta dirección u órgano de gobierno de la persona jurídica:

- b) Cuando se asignen las responsabilidades, se debe considerar la forma de asegurar que el órgano de *compliance* penal (3.21) **no tiene conflictos de intereses** y que ha demostrado:
 - Integridad y compromiso con compliance penal (3.5);
 - Habilidades de comunicación eficaz y de capacidad de influencia;

- Capacidad y prestigio para que sus consejos y directrices tengan aceptación;
- Competencia (3.4) necesaria.

c) El supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de *compliance* penal en la organización (3.20), tanto hacia dentro como hacia fuera de la misma, por lo que debe disponer de suficientes recursos y contar con personal que tenga las competencias (3.4), **estatus, autoridad e independencia adecuadas**.

d) El órgano de *compliance* penal (3.21) debe tener acceso directo e **inmediato al órgano de gobierno** (3.22) en caso de que sea preciso elevar hechos o conductas sospechosas o asuntos relacionados con los objetivos de *compliance* penal (3.19) y, por lo tanto, con la política de *compliance* penal (3.24) y el sistema de gestión de *compliance* penal (3.31).

e) El órgano de *compliance* penal (3.21) debe ocupar una posición en la organización (3.20) que le acredite para solicitar y recibir la colaboración plena de los demás órganos de la misma (negrita nuestra).

De manera más específica, en cuanto al poder de iniciativa, el órgano de cumplimiento penal debe tener la facultad de iniciar u ordenar la iniciación de una investigación corporativa (ya sea por algún departamento interno – sc. auditoría interna – ya sea por asesores externos) cuando se detecte una actuación ilícita – ya sea de vulneración de la normativa legal, ya sea de la normativa interna de la persona jurídica – por parte de los empleados de la persona jurídica o por parte de los directivos de esta – incluidos miembros de la alta dirección o del órgano de gobierno de la persona jurídica –.

Asimismo, debe poder tener la iniciativa de actualizar el modelo de organización y gestión de delitos con motivo de cambios regulatorios en el ámbito del *Compliance* Penal – ya sean modificaciones del Código penal o en normativa

extrapenal que afecta a determinados delitos que generan RPPJ –, de la estructura de la persona jurídica o del ámbito comercial / operativo de la persona jurídica y proponer nuevas medidas de vigilancia y control necesarias para conjurar adecuadamente el riesgo de comisión de delitos.

Por igual, en cuanto a cómo desarrollar la «supervisión» a la que hace referencia el Párrafo IV del NCP, el estándar español en materia de *Compliance* penal – UNE 19.601 – ofrece un criterio razonable respecto del contenido de dicha función:

1. Impulsar y supervisar de manera continua la implementación y eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31) en los distintos ámbitos de la organización (3.20);
2. Asegurarse de que se proporcione apoyo formativo continuo a los miembros de la organización (3.17) para garantizar que todos los miembros relevantes son formados con regularidad;
3. Promover la inclusión de las responsabilidades de *compliance* penal (3.5) en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos (3.26) de gestión del desempeño (3.9) de los miembros de la organización (3.17);
4. Poner en marcha un sistema de información y documentación de *compliance* penal;
5. Adoptar e implementar procesos (3.26) para gestionar la información, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, un canal de denuncias u otros mecanismos;
6. Establecer indicadores de desempeño (3.9) de *compliance* penal (3.5) y medir el desempeño (3.9) de *compliance* penal (3.5) en la organización (3.20);
7. Analizar el desempeño (3.9) para identificar la necesidad de acciones correctivas (3.1);

8. Identificar y gestionar los riesgos penales (3.29) incluyendo los relacionados con los socios de negocio (3.32);
9. Asegurar que el sistema de gestión de *compliance* penal (3.31) se revisa a intervalos planificados;
10. Asegurar que se proporcione a los empleados acceso a los recursos de *compliance*;
11. Informar al órgano de gobierno (3.22) sobre los resultados derivados de la aplicación del sistema de gestión de *compliance* penal (3.31).

Una vez dicho lo anterior, debe igualmente ponerse de relieve que, consciente de la dificultad (y coste) que entraña la creación de órganos en el seno de las personas jurídicas¹⁴, el Párrafo V del Artículo 8 NCP contiene la siguiente excepción:

Párrafo V.- En las personas jurídicas que constituyan pequeñas y medianas empresas según el ordenamiento jurídico, las funciones encargadas a un órgano que deba velar por el cumplimiento normativo podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Este planteamiento es similar al del Código penal español permite que «en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones», las funciones de supervisión a que se refiere el artículo 31 bis) 2.ª CP sean «asumidas directamente por el órgano de administración». La clave, por tanto, está en determinar qué es una persona jurídica de pequeñas dimensiones. El Código penal español – a diferencia del NCP dominicano – establece un criterio que, si bien cuestionable, resulta claro: «A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada».

3) La organización de un protocolo o procedimiento de actuación frente a la detección del riesgo de comisión de infracciones, que incluya un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas del programa;

Por lo que hace a los procedimientos de actuación frente a la detección del delito, resulta fundamental llevar a cabo una verdadera investigación interna que tendrá, en última instancia, las consecuencias que apunta este mismo apartado 3) del Párrafo IV: la imposición de sanciones disciplinarias. En efecto, la investigación se define (de forma sumamente reciente en la ISO 37.002 - *Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades* – de la siguiente manera:

Investigación: proceso sistemático, independiente y documentado para establecer los hechos y evaluarlos objetivamente para determinar si hubo irregularidades, *si* están ocurriendo o si es probable que ocurran; y su alcance.

Las líneas generales que debe seguir ese proceso de actuación frente a la detección del riesgo (esto es: los elementos básicos conformadores de una investigación interna) son los siguientes (de nuevo introducidos en la ISO 37.002) [Apartado 8.4]:

Las organizaciones deberían identificar, implementar, comunicar y mantener un proceso que asegure que las investigaciones sean realizadas de manera imparcial por personal debidamente calificado. Deberían ser justos e imparciales con la unidad de negocio en cuestión, el denunciante y el sujeto del informe.

Se debería respetar el debido proceso en cualquier investigación que surja de un informe de denuncia de irregularidades. Por ejemplo, la investigación debería llevarse a cabo sin prejuicios y el sujeto del informe

14 No en vano señala la Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio, que «Las microempresas disponen de recursos limitados para satisfacer requisitos normativos exigentes».

de irregularidades debería tener el derecho a responder según sea necesario y la opción de ser asistido.

En interés tanto de la percepción como de la realidad de la imparcialidad, se debería considerar, según corresponda, la posibilidad de emplear investigadores externos en condiciones de igualdad con la organización, en particular cuando no se disponga de habilidades de investigación especializadas internamente o cuando no se asegure la imparcialidad de un investigador interno. En la medida de lo posible, debería adoptarse un enfoque multidisciplinario cuando sea requerido. La gestión de la investigación profesional incluye, entre otros, pero no se limita en los siguientes principios.

- a) Las investigaciones deberían contar con los recursos adecuados.
- b) Deberían definirse y documentarse claramente los términos de referencia y alcance.
- c) El proceso de investigación debería ser lo suficientemente sólido como para soportar una revisión administrativa, operativa y legal. Se debería mantener una ruta de auditoría que relacione las actividades de investigación con los planes aprobados. La investigación debería considerar cualquier sujeto de un informe como presunto inocente.
- d) La investigación no debería interferir directa o indirectamente con una investigación judicial. Debería cooperar cuando sea apropiado o requerido.
- e) La investigación debería asegurar y proteger las pruebas.
- f) Los datos personales deberían gestionarse de acuerdo con el apartado 7.5.4 (protección de datos).
- g) La investigación debería proteger cualquier información que pueda identificar a cualquier sujeto de un informe.

h) Todas las investigaciones deberían poder escalar y adaptarse a medida que las circunstancias pueden cambiar a medida que avanza la investigación.

i) La comunicación debería ser clara e inequívoca, equilibrando los intereses de las organizaciones y los denunciantes.

j) Las organizaciones deberían comunicar regularmente, incluso en los pasos de progreso material, la forma de retroalimentación al denunciante.

Cuando concluye la investigación se deberán llevar a cabo una serie de actuaciones, entre las que se encuentra la adopción de acciones disciplinarias si fuera el caso (lo cual abordaremos más adelante). De cualquier forma, es importante estresar que no se trata únicamente de adoptar una sanción disciplinaria, sino que existen multitud de elementos que son necesarios establecer como parte del procedimiento de reacción para que concluya de forma efectiva y sirva de cara al futuro. Entre dichos elementos se encuentran los siguiente (Apartado 8.5 de la ISO 37002):

- a) Concluir una investigación, incluida la emisión de conclusiones;
- b) Tomar acción en respuesta a cualquier recomendación (por ejemplo, revisión de políticas, acciones disciplinarias);
- c) Comunicar al personal responsable de apoyar y proteger al denunciante y otras partes interesadas pertinentes;
- d) Identificar cualquier medida de protección en curso;
- e) Recopilar comentarios del denunciante y otras partes interesadas pertinentes;
- f) Identificar las lecciones aprendidas, así como los controles que deberían mejorarse para las políticas, los procedimientos o las prácticas;
- g) Considerar cómo, y de qué forma, un informe de irregularidades puede usarse para

el aprendizaje organizacional como un estudio de caso;

h) Conservar información documentada (ver apartado 7.5) con respecto a la conclusión del caso, incluida la fecha de cierre, quién aprobó el cierre y cuáles medidas se tomaron.

Cuando se detecte una irregularidad, la organización debería:

- Tomar las medidas adecuadas para resolver las irregularidades y supervisar continuamente la eficacia de esas medidas, de conformidad con las políticas organizativas adecuadas;
- Administrar las sanciones apropiadas;
- Remitir los asuntos a las autoridades pertinentes cuando sea apropiado y monitorear los resultados o decisiones tomadas.

El NCP dominicano es consciente de que la eficacia de un modelo de organización y gestión depende en gran medida del grado de *enforcement* del mismo. Es decir, si las medidas del modelo son incumplidas y ello no conlleva ninguna consecuencia negativa para el infractor, lo cierto es que difícilmente puede considerarse que el modelo es efectivo. Al igual que ocurre con la vigencia de cualquier norma (jurídico-pública o jurídico-privada), resulta necesario que la infracción de esta sea sancionada para reafirmar dicha vigencia. Esa lógica, tan presente en cualquier sistema sancionador estatal, es la exigida por el Código penal a las personas jurídicas¹⁵.

Precisamente en este sentido, la norma UNE 19.601 establece como elemento de una cultura de Compliance [Ap. 7.1] «k) *medidas disciplinarias rápidas y proporcionadas en caso de conductas penales o no conformidades (3.18) respecto de la política de compliance penal (3.24) o el resto del sistema de gestión de compliance*

penal (3.31)». Asimismo, entre las medidas de Diligencia Debida que deben adoptarse respecto de todos los miembros de la organización se encuentra la adopción de «acciones disciplinarias proporcionales contra aquellos miembros de la organización (3.17) que incumplan los requisitos (3.27) derivados de la política de compliance penal (3.24) o del resto del sistema de gestión de compliance penal (3.31)» [Ap. 7.3.2.1]. Finalmente, resulta fundamental que en la política de compliance penal de la entidad se expongan claramente «las consecuencias de no cumplir con los requisitos de la política de compliance penal (3.24) y del sistema de gestión de compliance penal (3.31)» [Ap. 5.2.k].

Ahora bien, dependiendo del ordenamiento jurídico, la forma y contenido de ese sistema disciplinario irá variando, puesto que este elemento se adentra en materia de regulación estatal en numerosas jurisdicciones – como es el caso de la República Dominicana -. En términos generales, es sobradamente conocido que las personas jurídicas – especialmente aquellas con una mínima complejidad organizativa – establecen habitualmente sistemas disciplinarios por infracciones de los trabajadores. La conocida «facultad disciplinaria del empresario» forma parte de sus poderes generales de organización y dirección del trabajo, aunque tiene por objeto singular la represión directa de las faltas cometidas por el trabajador. En última instancia, su fundamento jurídico se encuentra en la nota de subordinación típica del trabajo asalariado y en el correspondiente deber de obediencia impuesto al trabajador en el desarrollo de su prestación de servicios. Su finalidad general es el mantenimiento del orden en la empresa y la disciplina en el trabajo. Puede vincularse a intereses legítimos de índole privada (libertad de empresa) pero también a intereses de carácter general (en el empleo público, por ejemplo).

15 Como indica magistralmente Juan Antonio Lascuráin, «Compliance, debido control y unos refrescos», en: Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal en la era de Compliance*, 2013, p. 131: «La vigencia de la norma se consigue, como bien sabemos los penalistas, detectando sus incumplimientos y **sancionándolos en un porcentaje razonable**» (negrita nuestra).

4) *La revisión periódica del modelo y su modificación cuando se produzcan cambios en la organización o según los nuevos requerimientos de la persona jurídica;*

Como ya advertimos en otros trabajos, la verificación y actualización periódica del modelo constituye una herramienta fundamental de la eficacia de este tipo de sistemas de gestión¹⁶. Siguiendo esta lógica, el requisito del nuevo Código penal obliga a la verificación y actualización, en su caso, del modelo cuando se produce una de las dos circunstancias siguientes: (i) cuando se haya producido alguna infracción relevante de las disposiciones de este; (ii) cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o actividad desarrollada por la persona jurídica.

No obstante, la necesidad de que el modelo sea eficaz conlleva, de conformidad con los estándares internacionales en la materia, que se realice una verificación periódica del Modelo, con independencia de que se produzcan incumplimientos o cambios en la organización/estructura/actividades de la persona jurídica. En este sentido, la ISO 19600 – Ap. 9.2 – establece que «la organización debería llevar a cabo auditorías internas a intervalos planificados, para proporcionar información acerca de si el sistema de gestión de Compliance:

- a) cumple los requisitos propios de la organización para su sistema de gestión de Compliance,
- b) se implementa y mantiene eficazmente».¹⁷

Dicha verificación periódica no vinculada a infracciones o cambios en la organización/

estructura/actividad de la persona jurídica admite, fundamentalmente, tres formas: la primera, y más habitual, la auditoría interna; la segunda, la auditoría externa; la tercera, la certificación¹⁸. En este sentido, el estándar más adecuado probablemente sean las auditorías internas anuales, y la auditoría externa o renovación de la certificación, bianualmente.

En lo que respecta a la UNE 19.601 resulta fundamental poner de manifiesto que se dedica un especial esfuerzo a la revisión y correspondiente actualización del sistema de gestión de *Compliance* penal. En este sentido, un sistema de gestión que no se encuentre actualizado difícilmente puede tildarse de eficaz. Así las cosas, una de las características de los sistemas de gestión, que resulta especialmente relevante en el ámbito del *Compliance* penal, es la denominada «triple revisión»: esto es, (i) revisión por el órgano de *Compliance* penal (ii) revisión por la alta dirección y (iii) revisión por el órgano de gobierno. Resulta importante destacar que, si bien cada uno de estos estamentos cumple una función revisora diferente, la acción coordinada de los tres se torna vital para la eficacia real del modelo.

Comenzando por el Órgano de *Compliance* penal, su supervisión conlleva la evaluación periódica de si el sistema de gestión de *compliance* penal (i) es adecuado para gestionar eficazmente los riesgos penales de la organización y (ii) si está siendo eficazmente implementado. En este sentido, el órgano de *compliance* penal debe informar al órgano de gobierno y a la alta dirección [o a una comisión o comité delegado de éstos] a intervalos planificados o siempre que sea necesario, sobre

16 Se indicaba entonces: “un ámbito que debe ser observado atentamente es la actualización periódica del programa de cumplimiento para que cubra en todo momento los riesgos que se derivan de la actividad negocial de la persona jurídica. En general se recomienda que el sistema de *Compliance* sea tratado como un sistema de control de la calidad del *Management*, de tal manera que se incorporen las técnicas habituales de gestión organizativa a la implementación del programa de cumplimiento” [Carlos Gómez-Jara, en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., 2012, p. 208]

17 De igual manera, es una de las obligaciones del órgano de cumplimiento «asegurar que el sistema de gestión de *compliance* se revisa a intervalos planificados» [Ap. 5.3.3., f)];

18 Sobre la incidencia de la certificación de los modelos vid. Francisco Bonatti Bonet, «Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de *Compliance* penal», en: Frago (Coord.), *Actualidad Compliance* 2018, pp. 155 ss.; Ana María Neira Pena, *La defensa penal de la persona jurídica*, 2018, pp. 304 ss., Adán Nieto Martín, «Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo» en: Nieto Martín (Dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 113 ss. sobre otros sistemas sumamente basados en el proceso de certificación vid. por todos Jean Pierre Matus Acuña, «La certificación de los modelos de cumplimiento», en: Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal en la era de Compliance*, 2013, pp. 145 ss. con referencias al sistema chileno de certificación en este ámbito.

la adecuación e implementación del sistema de gestión de *compliance* penal, incluyendo los resultados de las investigaciones y las auditorías¹⁹.

Por su parte, la alta dirección debe realizar, a intervalos planificados, una revisión del sistema de gestión de *compliance* penal de la organización con base en información remitida por el órgano de *compliance* penal sobre la adecuación e implementación del sistema de gestión de *compliance* penal, incluyendo los resultados de las investigaciones y las auditorías. La forma en la que debe realizarse esta revisión, se especifica claramente en la UNE 19.601 señalando a tal efecto lo siguiente:

Esta revisión debe considerar:

- a) El estado de las acciones de las revisiones por la dirección previas;
- b) Los cambios en las cuestiones externas e internas que afecten al sistema de gestión de *compliance* penal (3.31);
- c) La información sobre el desempeño (3.9) del *compliance* penal (3.5), incluidas las tendencias relativas a:
 - No conformidades (3.18) y acciones correctivas (3.1),
 - Seguimiento (3.30) y resultados de las mediciones (3.15),
 - Resultados de la auditoría (3.3),
 - Investigaciones,
 - Denuncias,
 - Análisis de informes de *compliance* penal,
 - Comunicaciones relacionadas con las partes interesadas (3.23), incluyendo las reclamaciones,

- La naturaleza y la extensión del riesgo penal de la organización,

- d) Las oportunidades de mejora continua (3.16), tanto de la política de *compliance* penal (3.24) como del resto del sistema de gestión de *compliance* penal;
- e) La adecuación de los protocolos o procedimientos (3.25) de *compliance* penal (3.5);
- f) El grado en el que se han cumplido los objetivos de *compliance* penal (3.19);
- g) La adecuación de los recursos asignados al *compliance* penal (3.5);
- h) La eficacia (3.11) de las acciones adoptadas para gestionar los riesgos penales (3.29) y las oportunidades.

El resultado de la revisión realizada por la dirección debe incluir las decisiones relacionadas con las oportunidades de mejora continua (3.16) y cualquier necesidad de cambio, tanto en la política de *compliance* penal (3.24) como en el resto del sistema de gestión de *compliance* penal.

Como se puede observar el contenido de esta revisión es sustancialmente más amplio que el especificado en el Código penal. Ya indicamos con anterioridad que el Código penal contiene requisitos mínimos por lo que resulta coherente que no comprenda de forma tan exhaustiva los diferentes elementos contenidos en la UNE 19.601.

Finalmente, en cuanto al órgano de gobierno, este se debe encargar de examinar periódicamente el sistema de gestión de *compliance* penal con base en la información proporcionada por el órgano de *compliance* penal, la alta dirección y cualquier otra información que el órgano de gobierno pueda solicitar u obtener²⁰.

¹⁹ Resulta igualmente fundamental la conservación como información documentada de evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el órgano de *compliance* penal.

²⁰ De nuevo, resulta fundamental la conservación como información documentada de la evidencia de los resultados de las revisiones del órgano de gobierno.

Finalmente, dos notas de cierre. En primer lugar, la verificación periódica del modelo se encuentra igualmente vinculada a la evaluación continua del riesgo que afecta a la organización. En segundo lugar, la verificación periódica se encuentra asimismo vinculada a la realización de auditorías de *Compliance* tendentes a verificar la eficacia del modelo.

Por lo que hace a la primera cuestión, ya el estándar internacional ISO 19.600 establece que «los riesgos de *Compliance* deberían reevaluarse periódicamente y en todo caso cuando haya:

- **Actividades**, productos o servicios nuevos o **modificados**;
- **Cambios en la estructura** o en la estrategia de la organización;
- Cambios externos significativos, tales como circunstancias económico-financieras, condiciones de mercado, pasivos y relaciones con los clientes;
- Cambios en las obligaciones de Compliance;
- **Incumplimiento(s)** de *Compliance*». (negrita nuestra)

De forma similar la UNE 19.601 establece lo siguiente al respecto:

6.2.4 Revisión de la evaluación de riesgos penales

La evaluación del riesgo penal (3.29) debe revisarse:

- a) De manera regular, de modo que los cambios y la nueva información puedan ser adecuadamente considerados según la frecuencia definida por la organización (3.20);

- b) En caso de cambios significativos en la estructura o actividades de la organización (3.20);

- c) En caso de incumplimientos de *compliance* penal (3.5);

- d) En caso de que aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes.

En lo que hace a la segunda cuestión, el estándar nacional UNE 19.601 establece que deben llevarse a cabo auditorías a intervalos planificados, para proporcionar información acerca de si el sistema de gestión de compliance penal: (i) es conforme con los requisitos de compliance penal establecidos por la organización a través de su política de compliance penal y el propio sistema de gestión de compliance penal y con los requisitos de la norma UNE y (ii) se implementa y mantiene eficazmente. Respecto de la forma en la que deben llevarse a cabo estas auditorías señala lo siguiente²¹:

La organización (3.20) debe:

- a) Planificar, establecer, implementar y mantener uno o varios programas de auditoría (3.3) que incluyan la frecuencia, los métodos, las responsabilidades, los requisitos (3.27) de planificación y la elaboración de informes, teniendo en consideración la importancia de los procesos (3.26) involucrados y los resultados de auditorías (3.3) previas;

- b) Definir los criterios de la auditoría (3.3) y el alcance para cada auditoría (3.3);

- c) Seleccionar los auditores y llevar a cabo auditorías (3.3) para asegurarse de la objetividad y la imparcialidad del proceso (3.26) de auditoría (3.3);

21 Para una visión completa de la auditoría en este ámbito vid. Juan Carlos Bajo Albarracín, *La auditoría de sistemas de gestión. Compliance*. 31 bis CP, ISO 19.600 e ISO 37.001, 2017, passim.

d) Asegurarse de que los resultados de las auditorías (3.3) se ponen en conocimiento del órgano de gobierno (3.22) y de la alta dirección (3.2), así como de otras áreas o funciones cuando proceda a efectos de mejorar el *compliance* penal; y

e) Conservar información documentada (3.14) como evidencia de la implementación del programa de auditoría y de los resultados de las auditorías (3.3).

Referencias

Ana María Neira Pena, *La defensa penal de la persona jurídica*, 2018.

Adán Nieto, «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en: Nieto et al, *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014.

Adán Nieto Martín, «Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo» en: Nieto Martín (Dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*, 2015.

Alain Casanovas, *Compliance penal normalizado. El Estándar UNE 19.601*, 2017.

Albert Salvador, «Implementación en la gestión integral de riesgos», en: Frago (Coord.), *Actualidad Compliance* 2018.

Antonio Del Moral, «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019.

Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal en la era de Compliance*, 2013.

Bernardo Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el Código penal español*, 2ª ed. 2016.

Dennis Bock, «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en: Kuhlen / Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013.

Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

Carlos Gómez-Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, 2006.

Carlos Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Edisofer, 2010.

Carlos Gómez-Jara Díez, «Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Julio Banacloche / Carlos Gómez-Jara / Jesús Zarzalejos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011.

Carlos Gómez-Jara, en: Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., 2012.

Carlos Gómez-Jara, «La culpabilidad de la persona jurídica», en: Bajo / Feijoo / Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2 ed., 2016.

Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal económico y Autorregulación*, Santo Domingo, 2016.

Carlos Gómez-Jara Díez, «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en: *Diario La Ley* nº 8830 (2016).

Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2 ed., 2019.

Francisco Bonatti Bonet, «Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de Compliance penal», en: Frago (Coord.), *Actualidad Compliance* 2018.

Juan Antonio Lascurain, «Compliance, debido control y unos refrescos», en: Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal en la era de Compliance*, 2013.

Juan Carlos Bajo Albarracín, *La auditoría de sistemas de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19.600 e ISO 37.001*, 2017.

Manuel Jesús Dolz-Lago, «Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia», en: Gómez Colomer (Coord). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019.

Manuel Jesús Dolz-Lago, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas versus Delito corporativo?», en: *Diario La Ley* no 8856, de 4 noviembre 2016.

María Isabel Gonzalez Cano, «La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019.

Marta Escudero, «Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance», en: *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, 2015.

Miguel Díaz y García Conlledo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un análisis dogmático», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019.

Raquel Castillejo Manzanares, «Los principios probatorios y el compliance», en: Gómez Colomer (Coord.). *Tratado sobre Compliance penal*, 2019.

Richard Gruner, «Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», en: Basri et al (eds.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalization of Good Corporate Conduct*, 1998.

Richard Gruner / Louis Brown, «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», en: *J.Corp.L.* 21 (1996).

Swenson, «The Organizational Guidelines “Carrot and Stick” Philosophy, and Their Focus on “Effective” Compliance», en: U.S. Sentencing Commission; *Corporate Crime in America: Strengthening the “Good Citizen” Corporation*, 1995.

Utilidad teórica de los sistemas estáticos en la teoría del derecho

Amaury A. Reyes-Torres*

Recibido: 15 de febrero de 2023 - Aceptado: 16 de mayo de 2023

Resumen

Repensar el criterio estático más allá de su relación con la norma fundante o justificación de la norma independiente, también de las distintas relaciones jurídicas como consecuencia del sistema es un ejercicio útil para entender el sistema jurídico en un lugar y momento determinado, sobre todo cuando ya se produjo un cambio o antes de producirse aquel. Por ello, el criterio es relevante y con interés teórico-práctico importante cuando se trata de qué normas sirven de parámetro de validez, no solo cuando se trata de la forma, sino que incluso debido a su contenido. Asimismo, la utilidad es apreciable cuando se trata de la adscripción de normas a disposiciones o se procede a la construcción jurídica y, finalmente, el impacto del tiempo en los sistemas jurídicos, a propósito de la retroactividad, retrospectividad y la ultraactividad.

Palabras clave: Sistemas jurídicos, sistemas jurídicos estáticos, sistemas jurídicos dinámicos, validez, interpretación, retroactividad, retrospectividad y ultraactividad.

Abstract

Rethinking the static criterion beyond its relation to the founding norm or justification of the independent norm, also of the different legal relations as a consequence of the system is a useful exercise to understand the legal system in a given place and time, especially when a change has already occurred or before it occurred. Therefore, the criterion is relevant and of important theoretical and practical interest when it comes to the rules that serve as a parameter of validity, not only when it comes to the form even by reason of its content. Likewise, the usefulness is appreciable when it comes to the ascription of rules to provisions or legal construction and, finally, the impact of time in legal systems, regarding retroactivity, retrospectivity and ultraactivity.

Keywords: Legal systems, static legal systems, dynamic legal systems, validity, interpretation, retroactivity, retrospectivity and ultraactivity.

* Abogado, magíster en Derecho de la Regulación Económica (PUCMM), magíster en Derecho Constitucional (UNIBE), Magíster en Filosofía jurídica y Política Contemporánea (UC3M) y magíster en Justicia y Derecho Internacional (Fordham University, NY); con especialidades en legislación racional e interpretación jurídica por la Universidad de Girona. Pasante para el Juez Denny Chin en la Corte de Apelaciones Federal en los Estados Unidos para el Segundo Circuito (2016). Ex presidente del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (COLADIC-RD). Letrado del Tribunal Constitucional dominicano (2012-2017). Socio de la firma De Camps Vásquez Valera. Docente en la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en Derecho Constitucional, así como en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), en las materias: Procesos y Procedimientos Constitucionales; Derecho Constitucional e Interpretación Constitucional. Trabajos publicados en revistas académicas y libros colectivos en República Dominicana, México, España y en los Estados Unidos. Correo electrónico: am.reyes@ce.pucmm.edu.do

I. Introducción

El criterio estático de los sistemas jurídicos solo tiene una utilidad académica o cuando se refiere a la idea de «validez» en los sistemas morales, así como aquellos propios del derecho natural. Ahora bien, al adentrarnos en los sistemas jurídicos y hablar del orden jurídico es posible traer de vuelta el concepto kelseniano de sistema estático ya que es un ejercicio útil para entender el sistema jurídico en un lugar y momento determinado, sobre todo cuando ya se produjo un cambio o antes de producirse.

Así, un intento de rescate del sistema estático en los sistemas jurídicos contemporáneos debe tener en cuenta los aspectos materiales previstos, por ejemplo, en las constituciones actuales, la actividad interpretativa y el efecto del tiempo en el derecho. En efecto, el criterio es relevante y con interés teórico-práctico importante cuando se trata de que normas que sirven de parámetro de validez, no solo cuando se trata de la forma o incluso de su contenido. Asimismo, la utilidad es apreciable cuando se trata de la adscripción de normas a disposiciones o se procede a la construcción jurídica y, finalmente, el impacto del tiempo en los sistemas jurídicos, a propósito de la retroactividad, retrospectividad y la ultraactividad.

En el presente trabajo exponemos una reflexión al respecto en una lectura crítica y, a la vez, disruptiva del concepto de sistemas jurídicos estáticos. Así, **(I)** veremos brevemente la relación entre **(A)** los sistemas jurídicos y **(B)** los sistemas estáticos; Finalmente, **(II)** se expondrán los distintos aspectos de **(A)** los sistemas jurídicos y la dimensión material ante el criterio estático y **(B)** el efecto que tiene el tiempo en el derecho, a propósito de los sistemas estáticos.

II. Los sistemas jurídicos y los sistemas estáticos

A. Sobre los sistemas jurídicos

En la literatura, como en la práctica de los juristas, sistema jurídico y derecho se utilizan como sinónimos. Ahora, el uso del vocablo «sistema» en el contexto jurídico puede aludir, por lo menos, a dos sentidos. Primero, la idea de conjunto con características particulares que lo identifican como jurídico; segundo, la idea de punto de referencia descriptivo respecto a los demás enunciados que tengan dicha naturaleza. El contexto de estos sentidos, el sistema jurídico presupone una pretensión de consistencia y la racionalidad en lo que se puede predicar de aquel dentro del derecho¹, no por ello que se tiende a argumentar que la referencia al sistema se toma en cuenta la existencia y pertenencia de los elementos que lo integran en un espacio y tiempo determinado².

Así las cosas, podemos entender por sistemas jurídicos como un conjunto el cual tiene una serie de elementos o entidades que guardan algún tipo de relación entre sí en clave interna y/o extrasistémica. Esta definición simplificada, y reducida, permite dar cuenta de las formas en cómo las manifestaciones conceptuales alrededor del derecho toman cuerpo. Es así como el sistema jurídico presenta una determinada estructura interna, así como una u otra forma de organización³.

El conjunto está formado por una serie de enunciados lingüísticos que, depende de la tradición a la cual se hace referencia, se expresan a modo de morfemas, fonemas u otros signos. Estos enunciados pueden ser prescriptivos o bien proposiciones; por ejemplo, así como puede dar cuenta – a su vez – de las posibles relaciones entre los operadores jurídicos y destinatarios, unos a

1 Caracciolo, R. (2000), «sistema jurídico», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F.J. (Eds.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía: El derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, pp. 163. Cfr. Caracciolo, R. *Sistema Jurídico. Problemas actuales*. Madrid: CEPC, 1988.

2 «sistema jurídico», 163.

3 Ferrer Beltrán, J. & Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. (Madrid: Marcial Pons, 2011), 67. En Caracciolo, R. *Sistema Jurídico. Problemas actuales*. (Madrid: CEPC, 1988).

los otros o entre sí. Estas relaciones que se dan al interno del conjunto, a propósito de su contenido, y en las persona como objeto del derecho, ocurren en un espacio y tiempo determinado, sin que se excluya la posibilidad de que el conjunto se incremente, disminuya o varíe.

A propósito de esto último, el concepto de sistema jurídico expuesto da cuenta de que el sistema puede contener otros conjuntos debido a los efectos que se producen en aquel y el origen de tales efectos. Este es el caso de la sucesión de subsistemas o conjuntos que están relacionados entre sí en espacio o tiempo – según sea el caso –, pero que termina llegando al conjunto originario del sistema que contiene aquella norma independiente; esta relación en términos de espacio o tiempo produce como consecuencia la creación, modificación, aplicación o supresión de los enunciados en el sistema, todo esto como muestra del carácter relacional del sistema jurídico, su contenido y los sujetos-objetos del derecho (operadores o destinatarios jurídicos).

En la medida en que se complica el modelo de sistema jurídico, si partimos de la definición dada, podemos ver distintas expresiones de interés. El sistema jurídico contiene (probablemente) un grupo de enunciados jurídicos con todas sus consecuencias, en particular enunciados normativos y que, en ocasiones, pudieran tener sanciones⁴. Por igual, como fue expresado anteriormente, el sistema que comparte la sucesión de conjuntos o subsistemas en un espacio-tiempo, a propósito de la noción de orden jurídico.

En el contexto de los sistemas jurídicos puede hablarse de sistemas estáticos y dinámicos⁵. En un momento, Kelsen entendía que el sistema jurídico podría distinguirse en razón de criterios estáticos

y dinámicos, siendo el primero más apropiado para la moral y el segundo más ajustado a una teoría pura del derecho. Más adelante Kelsen se inclinó por una visión dinámica de los sistemas jurídicas⁶, sobre todo para tratar de salir de ciertas contradicciones y problemas, pero, no ayudaba a dar cuenta de un concepto de sistema jurídico y su naturaleza⁷.

B. Los sistemas jurídicos de orden estático

Para Kelsen, los sistemas debían distinguirse entre los estáticos y dinámicos. Los sistemas dinámicos refieren a criterios legales dada la posibilidad de creación o actualización del contenido del sistema por criterios de legalidad, no necesariamente por deductibilidad. Kelsen entendía que los estáticos se distinguen por un criterio de deductibilidad, es decir, en que las normas dependientes siempre se deducen – lógicamente – de otra norma debido a su contenido.

¿Qué supone el sistema jurídico estático cuyo contenible es deducible de otros?

Por una parte, el sistema estático se origina de la idea de que las normas o enunciados jurídicos derivan de otras normas en el sistema, es decir, se deducen lógicamente de estas, ya que pueden ser referidas a la norma fundamental como una noción particular subsumido bajo un concepto genérico⁸. La distinción entre normas dependientes e independientes comienza a reflejar esto⁹. Ahora bien, al menos en un inicio, Kelsen lo estima en su proyecto de pureza jurídica como la base de la moralidad, en contraposición con el criterio de legalidad que es propio de los sistemas jurídicos donde la moral no es la fuente de deducción de las normas o enunciados jurídicos que integran el referido sistema establecido carente de movimientos.

4 Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*. (Barcelona: Ariel, 2012), 83; Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (Buenos Aires: Astrea, 2012 [1975]).

5 Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. (Madrid: Trotta, 1934 [2011]), 82 y ss.)

6 Kelsen, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1995.

7 Ferrer Beltrán, J. & Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. (Madrid: Marcial Pons, 2011), 23.

8 Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. (México: UNAM, 1982 [1960, 2da ed.]), 203 y sgtes.

9 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teorías del derecho*. Madrid: Trotta, 2015; Raz, J. *El concepto de sistema jurídico*. (México: UNAM, 1986), 144.

Por otra parte, la idea del *grundnorm* o la norma fundante. Si la deductibilidad es la característica del sistema estático, ¿cuál es la norma de la cual se deduce la norma independiente última o primera del sistema? Kelsen, para evitar la regresión continua, propone que imaginemos o asumamos como dada una norma que como tal es la fuente de la norma independiente primera del sistema de la cual se deducen todas las demás. El sistema es ese conjunto de normas deducible cuyo eslabón último es la norma independiente que, a la vez, como no puede encontrar su fundamento en otra norma jurídica so pena de perder el carácter de independiente, parte de la norma fundante o presupuesta, la «válida».

El criterio estático de los sistemas jurídicos refiere a aspectos de su constitución y su estructura¹⁰, es decir, a una cuestión netamente interna del sistema¹¹. Recordemos que la misión de Kelsen es la puridad de un cierto contenido moral del derecho, por lo cual su noción de norma fundante integra normas morales¹² y no necesariamente desde la perspectiva de la producción del derecho ajeno al contenido material de los sistemas, es decir, netamente formal¹³.

El contenido del sistema es la derivación de cada una de ellas hasta una primera o última norma de la cual derivan el resto de las normas del sistema y, por qué no, el resto de las actuaciones. Este es el elemento de la derivación o deductibilidad que pudiese identificar el sistema estático, es una noción material ajeno al elemento procedimental del sistema dinámico¹⁴, pero, no se renuncia a esto. Esto da pie a ciertas circunstancias que el

sistema dinámico, en principio, no da cuenta sobre todo en temas de retrospectividad, ultraactividad o retroactividad, así como las antinomias, mucho menos del contenido como condición de validez material¹⁵.

La visión interna de los sistemas estáticos se pregunta por su contenido y las relaciones con el resto de las normas del sistema¹⁶. Partiendo de esto, la idea del sistema estático puede repensarse, o al menos profundizarse, como el sistema jurídico con una cara netamente de contenido y la validez desde el punto de vista material-temporal. Esta perspectiva nos lleva desde una concepción formalista de lo estático a una más funcional debido al impacto del tiempo en el derecho, lo cual puede traer distintas circunstancias y que revive la utilidad del criterio de la deductibilidad.

II. Repensar el interés teórico del criterio estático de los sistemas jurídicos

El fin es explorar si la figura de sistemas estáticos podría tener en el derecho una utilidad más allá del rol designado en la teoría pura del derecho de Kelsen. Como se limitan aquellos a la deductibilidad, propio de los sistemas morales, quizá incluyendo la del derecho natural¹⁷, es posible pensar en los sistemas estáticos como la visión del sistema jurídico desde el punto de vista de su contenido y no sí desde su formalidad o el fundamento de la norma independiente o, con Kelsen, de su norma presupuesta; y por otro lado, con los efectos del tiempo en el derecho.

10 Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. (Madrid: Trotta, (1934) [2011]).

11 Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. (Madrid: Dykinson, 2008), 25.

12 Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. (Madrid: Dykinson, 2008).

13 ; Delgado Pinto, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, (Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977).

14 Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, Pp.189-90.

15 Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. (Madrid: Dykinson, 2008).

16 *El sistema jurídico como sistema mixto*, 29.

17 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teorías del derecho*. (Madrid: Trotta, 2015).

A. La dimensión estática y material del sistema jurídico

En general, todo conjunto de normas se denomina sistema normativo¹⁸. Toda norma alude a un enunciado prescriptivo que correlaciona una cierta solución a un cierto caso. Aquí no hablamos del criterio de legalidad sino de un sistema en razón de si sus enunciados como tal son normas, es decir, prescripciones que relacionan una solución a un tipo de caso. La existencia de estos enunciados justifica el sistema en razón de la coherencia interna del sistema, partiendo de las reglas de inferencias que fijan qué enunciados son consecuencias de un enunciado en particular o varios de ellos¹⁹.

Estas reglas de inferencias, como consecuencia del paso del derecho natural al positivismo jurídico, salen de la creación de los enunciados instituidos por el legislador: como esos enunciados son creados o son válidos desde esta óptica procedimental de los sistemas dinámicos. La deducibilidad o la inferencia de un enunciado como consecuencia de otro parte de las normas jurídicas creadas y que existen en el conjunto o sistema para la solución de los casos que se puedan presentar.

Así la relación de las normas independientes con las normas dependientes, como de las normas dependientes entre sí, no solo es de legalidad o habilitación únicamente; por igual, es de deducción lógica y coherente, de lo contrario, se predica las inexistencias por medio de los distintos remedios que el derecho imputa al respecto (nulidad, anulabilidad o derogación por incoherencia).

La visión tradicional de los sistemas estáticos es que la norma básica, o la norma independiente por excelencia, no sufre cambios que en el contexto del derecho natural lo que se evidencia con el axioma universal y homogéneo del sentido

de las conductas humanas a regular²⁰. No por ello es extraño, como se describió más arriba, que la distinción entre sistemas dinámicos y estáticos es una forma de separar el sistema jurídico de otros sistemas que por igual tienen enunciados jurídicos, como sucede con los sistemas propios del derecho natural.

Pero, por lo menos, las propiedades que caracterizan el sistema dinámico son necesarias y no suficientes para una apreciación apropiada del sistema jurídico en un momento determinado. En un sistema jurídico como un todo el cambio que se produce no solo es perceptible desde la idea de la legalidad o habilitación, también desde el punto de vista del contenido reflejados en los distintos enunciados en el sistema, es decir, cambios que son esencialmente relevantes desde el criterio de la deductibilidad. Dichos cambios son o pueden ser perceptibles a partir de la norma independiente existente con incidencias en la deducción lógica de las normas o enunciados no-normativos relevantes. Por ejemplo, una reforma o modificación constitucional tiene como resultado un cambio en la norma independiente y que, por ende, puede afectar la deducción lógica de las normas dependientes; aquí la figura jurídica de la inconstitucionalidad sobrevenida es una manifestación de esto.

La deductibilidad que se produce en el sistema jurídico como condición necesaria explican por qué una norma es válida o existe si es lógicamente deducible o se puede inferir de una norma o de una norma independiente de mayor jerarquía. En este tipo de casos podemos entrar las llamadas normas implícitas²¹ que, producto del ejercicio de la atribución de determinados significados a uno o varios enunciados (normativos o no), como también de la construcción jurídica²² podemos llegar a prescripciones no explícitas, pero sí deducibles del sistema.

18 Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (Buenos Aires: Astrea, 2012 [1975]), 21.

19 *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 75)

20 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teorías del derecho*. (Madrid: Trotta, 2015), 107.

21 *Apuntes de teorías del derecho*, 108

22 *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, 1999.

El resultado del ejercicio de la interpretación y de la construcción jurídica son dependientes de los enunciados que sirvieron de punto de partida para aquel, si dichos enunciados cambian, pues, ya no se pueden deducir lógicamente. Un ejemplo de esto lo vemos con la idea de los precedentes o doctrina jurisprudencial: el criterio que sirvió de base para la solución de un caso hoy y que es aplicable (obligatoria o persuasivamente) a un caso futuro igual o similar cesa en su existencia o es inválido en el momento en que desaparece la norma o enunciado no-normativo del cual derivó.

Otro elemento que explica la utilidad del criterio estático de los sistemas jurídicos es que el contenido puede ser un supuesto necesario de validez. En este caso, una norma dependiente no puede derivarse o deducirse lógicamente de una norma independiente o de otra dependiente si es inválida. La invalidez no solo abarca las propiedades del sistema dinámico sino también que la norma jurídica independiente o la norma dependiente de la cual deriva la norma que se examina prevé un contenido respecto al cual esta última debe estar en una relación de coherencia. La utilidad del criterio estático para el análisis de los sistemas jurídicas se extiende no solo a las antinomias reales, sino también a las llamadas «antinomias aparentes» o «contingentes».

Por ejemplo, el examen de constitucionalidad no solo se limita a aspectos de forma, procedimiento o competencia. Por igual, el examen alcanza aspectos materiales o sustantivos, a propósito de los derechos fundamentales. Una norma es inconstitucional porque no logra satisfacer todos o algunos de estos criterios y, por ende, sería – en principio – inválidas, con independencia de que produzcan o no efectos jurídicos²³.

B. El derecho en el tiempo y los sistemas estáticos

Parte del interés en la dimensión estática de los sistemas jurídicos radica en el derecho en cuanto a su vigencia o aplicación en el tiempo. Así, es importante hablar no solo de los sistemas jurídicos sino del orden u ordenamiento jurídico como una forma de manifestación de la dimensión estática del sistema jurídico²⁴. Visto esto, estaremos en condiciones de ver que la idea de la vigencia o aplicabilidad del derecho en el tiempo no responde del todo a una visión dinámica, sino estática.

Cierto, el sistema jurídico cambia debido al criterio de legalidad, pero, el tema no es cómo o por qué se produce y cómo se denominan estos cambios sucesivos sino la estabilidad del sistema a la par de un conjunto sucesivo. Cada cambio en el sistema jurídico da pie a la actualización que se convierte en nuevo sistema o subsistema jurídico. El común denominador de esto es que con los cambios que se producen se crea una cadena de subsistemas vinculados producto del cambio y para dar cuenta de ello usamos la idea de orden u ordenamiento jurídico²⁵.

Bajo la dimensión estática no solo encontramos un sistema en un momento determinado, por igual del contenido del conjunto o sucesivos conjuntos a lo largo de un período de tiempo. El interés no es cómo se produce o por qué sino cuál es el contenido y su pretensión de estabilidad para los sujetos en el curso del tiempo o en un momento de terminado como consecuencia del cambio originado en el sistema o conjunto de sistemas. En efecto, esto se presentaría como la delimitación por los actos de promulgación, derogación u otros cambios que acaban ya cuando la norma existe y debido a su contenido es aplicable atendiendo al tiempo donde se condiciona su aplicación²⁶.

23 Orunesu, L. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 110.

24 Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (Buenos Aires: Astrea, 2012 [1975]); Ferrer Beltrán, J. & Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. (Madrid: Marcial Pons, 2011).

25 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teorías del derecho*. Madrid: Trotta, 2015, p. 112; Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (Buenos Aires: Astrea, 2012 [1975]), 114,133.

26 Caracciolo, «Existencia de las normas». *Isonomía*. 7(1997), 177-178.

En otros términos, que «el contenido del derecho cambia con la ocurrencia de ciertos hechos significaría que a cada uno de esos hechos se asocian conjuntos distintos de normas, lo cual no implica que las normas que conforman esos conjuntos posean existencia temporal acotada»²⁷.

En un primer término, como la dimensión estática de los sistemas o los sistemas estáticos hacen cuenta del contenido del sistema, las relaciones entre los distintos enunciados normativos y no-normativos, también dan cuenta de su aplicabilidad del sujeto en ocasión del caso y su posible correlación de solución aparente. Tomemos en cuenta la llamada retrospectiva, la norma aplicable por ser la lógicamente deducible a una situación consolidada en el pasado, a propósito de la aplicación inmediata.

En segundo término, la dimensión estática se evidencia en los casos de ultraactividad. La ultraactividad y los sistemas estáticos se relacionan porque la norma dependiente es aplicable ya que es la que correlaciona al caso y derivada de la norma vigente o perteneciente al sistema en el momento, esto por efecto de que la situación a la cual se intenta correlacionar la solución todavía produce efectos o subsiste a pesar de la pérdida de vigencia y la entrada en vigor de la norma o nuevas normas jurídicas.

En tercer lugar, finalmente, la norma aplicable no es lógicamente derivable de la anterior que ya no existe, los hechos o situaciones a las cuales se procura una solución no es vinculante. Ciertamente, nos preguntamos ¿cuál es la norma vigente como consecuencia de los cambios en el sistema, dejando entrever la dimensión dinámica?

Pero, esta forma de ver al sistema o al orden jurídico es incompleta, deja afuera elementos prácticos del contenido o al aspecto material del sistema o al orden jurídico existente en razón del tiempo: (1) momento en que ocurrió el hecho que, dentro del universo de casos, se le puede correlacionar una solución; (2) momento en que la norma derivada es, en efecto, aplicable al caso y, por ende, es posible correlacionar la solución posible por ser el sistema vigente cuando se produjo el hecho; (3) de que la norma es deducible

de otras dependientes o independientes, pero, no lo es en términos lógico-temporales porque esta norma no se deducía de aquellas al momento de materializarse el hecho cuya solución se le procura correlacionar.

III. Conclusión

Todo este ejercicio ayuda a repensar el criterio estático más allá de su relación con la norma fundante o justificación de la norma independiente, también de las distintas relaciones jurídicas como consecuencia del sistema. Por ello, el criterio es relevante y con interés teórico-práctico importante.

Referencias

Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea, 2012 [1975].

Atienza, M. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2012.

Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1991.

Caracciolo, R. (2000), «sistema jurídico», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F.J. (Eds.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía: El derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta.

_____. *Sistema Jurídico. Problemas actuales*. Madrid: CEPC, 1988.

_____. «Existencia de las normas». *Isonomía*. 7, 1997.

Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson, 2008.

Delgado Pinto, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», *Filosofía y Derecho*. Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977.

Ferrajoli, I. *La lógica del derecho: diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Trotta, 2018.

Ferrer Beltrán, J. & Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Guastini, R.: *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, 1999.

Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Trotta, (1934) [2011].

_ Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM, 1982 [1960, 2da ed.]

_____ *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1995.

Orunesu, C. *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Peces-Barba, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995 (imp. 1999, 2014).

Peces-Barba, G., Fernández, E. Y de Asís, R. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Pérez Luño, A. E. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 2021.

Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teorías del derecho*. Madrid: Trotta, 2015.

Raz, J. *El concepto de sistema jurídico*. México: UNAM, 1986.

Incidencia del Derecho Internacional en la Actividad Congresual en la República Dominicana¹

Jimena M. Conde Jiminián²

Recibido: 15 de febrero de 2023 - Aceptado: 14 de mayo de 2023

Resumen

A raíz de la reforma constitucional del 26 de enero de 2010, el constituyente dominicano crea el Tribunal Constitucional. Este, entre otras atribuciones, controla la constitucionalidad del acuerdo internacional en tanto guardián de la supremacía de la Constitución, defensor del orden constitucional y protector de los derechos fundamentales. Por su parte, el Poder Legislativo, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, ejerce funciones legislativas, fiscalizadoras y de control en representación del pueblo dominicano, «de quien emanan todos los poderes». En atención a sus facultades, ejerce también una labor de revisión de naturaleza política sobre los instrumentos internacionales previo a su ratificación, de considerarla procedente. Este trabajo procura analizar estos dos filtros que, independientemente de su distinta naturaleza, previó el constituyente sobre un mismo tipo de instrumento.

Palabras clave: control de constitucionalidad, control político, tratados internacionales, Tribunal Constitucional, Congreso Nacional

Abstract

As a result of the constitutional reform of January 26, 2010, the Dominican constituent created the Constitutional Court. This entity holds, amongst other powers, the ability to control the constitutionality of international agreements as guardian of the supremacy of the Constitution, defender of the constitutional order and protector of fundamental rights. On the other hand, the Legislative Branch, made up of the Senate of the Republic and the House of Representatives, exercises legislative, supervisory, and control functions on behalf of the Dominican people, "from whom all powers emanate." In view of its powers, it also carries out a task of reviewing the political nature of international instruments prior to their ratification, if deemed appropriate. This work will try to analyse these two filters that, regardless of their different nature, were provided for by the constituent power, for the same type of instrument.

Keywords: control of constitutionality, political control, international treaties, Constitutional Court, National Congress

¹ Este trabajo fue presentado como ponencia en el Encuentro con Legisladores Electos 2020-2024, organizado por la Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) y celebrado en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, el 7 de agosto de 2020; el texto fue revisado y ampliado para esta publicación.

² Licenciada en Derecho, *magna cum laude*, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magister en Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden (*cum laude*), en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), y en Procedimiento Civil de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Doctora en Derecho, *cum laude*, del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (UEC) y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Profesora de Derecho Constitucional, Derechos Fundamentales y Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Correo electrónico de contacto: jm.conde@ce.pucmm.edu.do

I. Introducción

La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en los términos del artículo 26 de la Constitución. En tal virtud, reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado y las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno una vez publicados de manera oficial³.

Esta apertura del Estado dominicano convive con la supremacía de la Norma Fundamental, consagrada en su artículo 6, en la medida en que esta también prevé garantías específicas para asegurar la operatividad interna de las normas generales del derecho internacional y los compromisos que de estas se desprenden sin desarticular la superioridad normativa del orden constitucional. Se trata, por un lado, de un control previo de constitucionalidad de las futuras normas internacionales convencionales por parte del Tribunal Constitucional, así como de un control o fiscalización de corte político atribuido al Poder Legislativo.

Ergo, se operativizan paralelamente el control jurídico y el control político. A modo ilustrativo, en lo que concierne a la suscripción de un tratado internacional, el control jurídico no hace más que aplicar sobre este caso concreto la regla preestablecida, dígame, la carta sustantiva, operando únicamente sobre los resultados de la actuación del Poder Ejecutivo, pues no existe en este ámbito dominio ni superioridad del órgano controlante -el Tribunal Constitucional- sobre el controlado -el Ejecutivo-⁴. - . La finalidad del segundo tipo de control, si bien no de superioridad, «sí es la de someter la actuación del

órgano controlado a la decisión de una voluntad superior, la del pueblo, a la que quienes ejercen el control atribuyen (o proponen) como contenido el de su propia voluntad»⁵.

De estas precisiones se desprende que, en primer lugar, el parámetro de control para determinar si la celebración de un convenio internacional contiene estipulaciones contrarias a la Norma Fundamental exigirá la previa revisión de la Constitución *in toto*, es decir, de *todos* sus enunciados sin excepción, a fin de determinar si entre el texto internacional y el constitucional no existe contradicción alguna. Posteriormente, corresponde examinar dichos instrumentos no ya a partir de si el texto es ajustado a la Constitución y a las leyes, ejercicio previamente realizado por el Tribunal Constitucional, sino, más bien, de si existe la voluntad política para proceder con su aprobación e incorporación en el ordenamiento interno y, en consecuencia, con la dotación de validez y obligatoriedad a sus disposiciones.

Este tribunal controla la constitucionalidad del acuerdo internacional en tanto guardián de la supremacía de la Constitución, defensor del orden constitucional y protector de los derechos fundamentales. Por su parte, el Poder Legislativo, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, ejerce sus funciones en representación del pueblo dominicano, «de quien emanan todos los poderes», y en virtud de lo cual su naturaleza representativa se caracteriza por tener un mandato popular, general, libre y no revocable, así como por ser un órgano democrático, bicameral, legislativo, de designación, autonormado y de control⁶. En lo que respecta a este último aspecto el Congreso Nacional, por vía del artículo 93 de la Constitución, está expresamente facultado para legislar, fiscalizar y controlar.

3 Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015, artículo 26, numerales 1 y 2.

4 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, volumen II, Estudios Constitucionales, 3ra. Ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 690.

5 *Ibid.*, 693.

6 Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, volumen II, 2nda. Ed., (República Dominicana: Ius Novum, 2012), 523-526.

Además, en lo que concierne a nuestro objeto de estudio, el Poder Legislativo controla políticamente la conducción ejecutiva de las relaciones exteriores en la medida en que la carta sustantiva faculta a ambas cámaras legislativas «[a]probar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo»^{7/8}, previo al aludido ejercicio de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, pues sin su aprobación estos «no tendrán validez ni obligarán a la República»⁹. De igual manera, la Constitución atribuye al Senado de la República la facultad de «[a]probar o desaprobar los nombramientos de embajadores y jefes de misiones permanentes acreditados en el exterior que le someta el presidente de la República»¹⁰.

Por último, el derecho internacional también incide en la actividad congresual a partir de la obligatoriedad que recae sobre todas las autoridades públicas, sin excepción, de ejercer un control de convencionalidad en los términos establecidos por el sistema interamericano y en la medida en que la normativa de este sistema es parte integral del bloque constitucional dominicano. En este caso, como en el relativo al control preventivo antes mencionado, la finalidad es verificar que tanto las normas de derecho interno como los compromisos internacionales no choquen con la Constitución antes de que entren formalmente en vigor y se conviertan en fuente directa del ordenamiento jurídico nacional¹¹ ni que a partir de ellos el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional.

II. El Derecho internacional de los derechos humanos y los poderes tradicionales

A. Los derechos como límite de los poderes públicos

El conjunto de derechos y libertades fundamentales, inherentes a la condición humana y reconocidos por el Estado -expresa o implícitamente- a través de normas jurídicas nacionales, generalmente en la Constitución, gozan de estabilidad, vinculatoriedad y eficacia. En tal virtud, las distintas ramas del poder y los organismos y autoridades públicas están obligadas a respetarlos y garantizarlos, así como todas las personas, físicas o jurídicas, que se encuentran vinculadas a dichos derechos. No sorprende, por tanto, que se trate de una parte central del proyecto de Estado y sociedad diseñado por el constituyente.

También, en la medida en que los derechos fundamentales, corresponden al individuo en general y su validez se funda en el carácter universal de la persona, constituyen «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (sic)»¹². Se configuran, por tanto, como pretensiones orientadas a la plena garantía de la dignidad del ser humano y que juegan, además, un decisivo papel en favor de los más débiles.

7 Constitución de la República Dominicana, artículo 93, numeral 1, letra l.

8 La potestad del Congreso Nacional de aprobar o desaprobar los tratados internacionales que celebre el Poder Ejecutivo se ha encontrado consagrada constitucionalmente desde la reforma de 1924. En este sentido, notamos, «[c]on respecto a esta importante atribución, véase el art. 33 párrafo 15 de las Constituciones de 1924, 1927, 1929 enero y junio respectivamente, 1934, 1942 y 1947; art. 38 párrafo 14 de las Constituciones de 1955, 1059, 1960 junio y diciembre respectivamente, 1961 y 1962; art. 114 párrafo de la Constitución de 1963 y el art. 37 párrafo 14 de las Constituciones de 1966 y 1994, respectivamente; art. 37 párrafos 14 de la Constitución de 2002 y el art. 93 párrafo 1, de las constituciones de 2010 y 2015, respectivamente»; en: Jorge García, Juan, *Derecho constitucional dominicano*, 3era. Ed., (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016), 200.

9 Constitución de la República Dominicana, artículo 128, numeral 1, letra d.

10 Constitución de la República Dominicana, artículo 80, numeral 2.

11 En el caso dominicano, los tratados internacionales son fuente directa pues como declara el artículo 26, numeral 2, de la Constitución dominicana estos formarán parte del ordenamiento jurídico interno «una vez publicados de manera oficial».

12 Tribunal Constitucional de España, STC 25/1981, de 14 de julio de 1981, FJ 5.

En consecuencia, su régimen de protección y garantía es tanto normativo como institucional; en el primer escenario, se destacan la acción directa de inconstitucionalidad y la reserva de ley. En razón de esta última, cabe señalar, hay ámbitos constitucionalmente establecidos a favor del Poder Legislativo sobre el que se defiere la obligación de intervenir para regular y configurar legalmente determinados derechos, cuyas salvaguardas ya no se encuentran únicamente consignadas en el texto constitucional, sino también en la legislación ordinaria¹³; así las cosas, la regulación primaria de los derechos por el Poder Ejecutivo, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria, se ve impedida¹⁴.

Por otro lado, las garantías institucionales encuentran su espacio natural en el Poder Judicial y, más recientemente, en el Tribunal Constitucional. En sus respectivas sedes la interposición de procesos y procedimientos constitucionales permiten la protección más efectiva a cualquier amenaza o vulneración, directa o indirecta, a los intereses y bienes legítimos y constitucionalmente protegidos, producto de una acción u omisión de los poderes públicos o de personas privadas. A este grupo de garantías hay que incluir, además, al Defensor del Pueblo, también de reciente inclusión constitucional en el ordenamiento dominicano¹⁵.

De lo anterior se desprende que la Constitución se proyecta sobre el legislador y el resto de los poderes públicos¹⁶ toda vez que sus estipulaciones sobre los derechos y libertades de la persona se configuran como límite y control al ejercicio del poder, en tanto protegen contra este y, a la vez, se encuentran «en la esencia de funcionamiento

de [la] estructura de poderes y de la propia idea de Constitución»¹⁷. Ahora bien, el aludido régimen constitucional de protección y garantía no se encuentra conformado únicamente por aquellas disposiciones e instituciones que aparecen expresamente en la ley fundamental, sino que también incluyen los principios, reglas y valores que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, pero a los que la propia carta sustantiva remite y que «son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, han sido normativamente integrados a la Constitución»¹⁸.

En su conjunto, la fuente normativa nacional, integrada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local, así como «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado», acorde con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 74 de la Constitución y la Resolución núm. 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia, conforman el denominado *bloque de constitucionalidad*.

Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de **igual jerarquía** que emanan de dos fuentes normativas esenciales: **a) la nacional**, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y **b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la**

13 A modo ilustrativo, el sistema de recursos en la República Dominicana –salvo en lo concerniente a la materia penal– está sujeto a configuración legal (en virtud de lo consignado en el numeral 9 del artículo 69 y en el párrafo III del artículo 149 de la Constitución), por lo que se reserva al legislador ordinario su regulación y la limitación de sus ámbitos de aplicación.

14 Jiménez Asensio, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Colección Teoría constitucional y Derecho, (Madrid: IVAP - Marcial Pons, 2016), 207.

15 A partir de la reforma constitucional del 26 de enero de 2010.

16 Masso Garrote, Marcos Francisco, «Apuntes para una teoría de la interpretación constitucional: los métodos de interpretación», en Tribunal Constitucional de la República Dominicana, *Anuario 2012*, (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2013), 220.

17 Jiménez Asensio, Rafael, 196.

18 Corte Constitucional de Colombia, C-225-95, de 18 de mayo de 1995; Arango Olaya, Mónica, «El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», Precedente – Anuario Jurídico (2004), 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, **integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad,** al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria; (subrayado nuestro).¹⁹

Esta noción describe, en esencia, un mecanismo de apertura del derecho constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al derecho internacional de los derechos humanos, de manera que se amplía la Constitución con normas a las que ésta remite, otorgándoles rango constitucional²⁰. Esta recepción -que expresamente hace el texto constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos- implica necesariamente que la interpretación del contenido y alcance del mandato de dichos instrumentos se realice en el marco de su propio sistema normativo, es decir, por los organismos y procedimientos internacionales encargados de interpretar y aplicar las normas contenidas en los tratados. Esto conlleva, a su vez, que el Estado -dígase, todos sus poderes, órganos y autoridades- se vincule a la interpretación que resulta de la aplicación concreta de las normas de los tratados que crean y les dan las atribuciones a los distintos organismos internacionales.

B. Obligación de los poderes públicos de examinar la convencionalidad²¹

El Poder Legislativo ejerce una labor interpretativa normal y ordinaria, aunque de naturaleza política,

que expresa, mediante las leyes, la voluntad general²² y los derechos políticos democráticos. En este sentido, el legislador interpreta los alcances de la Constitución al elaborar leyes cuyo objeto sea la regulación de derechos fundamentales, la delimitación de las funciones y competencias de los distintos órganos constitucionales, o el desarrollo, de alguna otra forma, de los preceptos contenidos en la carta sustantiva²³. Y es que, en principio, «la Constitución solo determina quién manda y, en parte, hasta dónde puede mandar», pero lo que respecta al contenido de dicho mandato «es algo que, dentro de los límites de la elasticidad, se deja al legislador democrático [...] quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto»²⁴.

El legislador es, por tanto, *el primer intérprete de la Constitución*, pero a quien solo le corresponde la *simple ejecución* del proyecto político articulado por la norma fundamental, en la medida en que la actividad legislativa—comprendida, principalmente, en leyes o resoluciones- solo puede concebirse como una concreción de la abstracción constitucional y nunca como una modificación de la ley suprema por la vía ordinaria²⁵. Proceder de una manera distinta pudiera resultar en la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de que se trate o de alguno de sus artículos, en la fijación del significado de un concepto o mandato legal controvertido, o en una exhortación al legislador de reformar la ley en determinados términos, toda vez que las interpretaciones hechas por el legislador están sujetas al voto de conformidad constitucional del Tribunal Constitucional.

19 Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución núm. 1920-2003, de 13 de noviembre de 2003.

20 Rojo Ávila, Cipatli Y., y Valenzuela Reyes, María Delgadina, «El bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano», en Armienta Hernández, Gonzalo e Iglesias Báez, Mercedes (eds.), Balance y perspectivas del Estado Social y Democrático de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca (Aquilafuente, 268), 2019).

21 Para un estudio detallado sobre el control de convencionalidad véase Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos: ideas fuerza rectoras*, 2da. Ed., (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018).

22 Según Häberle, el legislador concreta la Constitución «desde abajo», mediante su actividad legislativa. Häberle, Peter. El Estado Constitucional, Traducido por Héctor Fix-Fierro, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2003).

23 Conde Jiminián, Jimena, «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes» en: Jorge Prats, Eduardo (dir.), Liber Amicorum Milton Ray Guevara: La Organización del Poder para la Libertad, (Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional – IDDEC, 2020), 595.

24 Masso Garrote, Marcos Francisco, «Apuntes para una teoría de la interpretación constitucional: los métodos de interpretación», en Tribunal Constitucional de la República Dominicana, *Anuario 2012*, (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2013), 221.

25 Y es que, como atinadamente señala González Rivas, «[s]i el poder legislativo pudiese modificar la Constitución por la vía ordinaria, se desmoronaría la supremacía de la Constitución» en: González Rivas, Juan José, *La interpretación de la constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, (España: Thomson Civitas, 2005), 28.

En otras palabras, la interpretación de la carta sustantiva se realiza siempre en *ejercicio compartido* con esta alta corte²⁶, en la medida en que la Constitución *expresamente* sujeta la labor del Poder Legislativo a la supervisión y eventual aprobación de este tribunal²⁷. Es este último, como el órgano constitucionalmente facultado para revisar la interpretación inicialmente hecha por el legislador²⁸, el que goza de un «privilegio de interpretación» y de la facultad de modificar o expulsar del ordenamiento aquellas normas que rebasen el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.

Se configura también un ejercicio compartido entre estas dos instancias en lo concerniente a la validación de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado dominicano, aspecto que analizaremos más adelante. No obstante, dentro del marco del derecho internacional y, específicamente, en lo que concierne a los tratados relativos al derecho internacional de los derechos humanos, es de rigor detenernos en la obligación del legislador de plasmar en su actividad legislativa no solo su interpretación del texto constitucional en los términos antes indicados, sino también en el marco de las obligaciones convencionales de carácter internacional a las que la República Dominicana se ha comprometido como parte de la comunidad internacional de naciones.

El punto de partida es señalar que, en el derecho internacional, los tratados o convenios, como examinaremos detenidamente en la sección siguiente, tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo estas los Estados u organizaciones internacionales. Sin embargo, en materia de derechos humanos no emergen de estos acuerdos solamente obligaciones y derechos entre los Estados

sino, más bien, derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado. Aspecto que subraya aún más la función política que desempeñan los derechos, los cuales «se han querido mantener al margen y por encima de toda legislación y hasta de la propia constitución»²⁹. Además, la vinculación a todos los poderes públicos, que se desprende de este grupo de derechos, significa que el desarrollo legislativo no es un trámite necesario e imprescindible para la efectiva vigencia de estos, ya que «existen y resultan operativos desde la Constitución misma»³⁰.

En consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones y deberes consignados por este tipo de tratados se configura como un límite material al ejercicio de los poderes públicos. A modo ilustrativo, el numeral 4 del artículo 74 constitucional prescribe que al momento de interpretar los derechos y garantías fundamentales «[l]os poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución».

Es decir, la norma constitucional puede ser *derrotable* en la medida en que prevé que otras disposiciones se apliquen con preferencia a ella³¹, como en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico internacional mejore la situación de los derechos constitucionales. Este tipo de estipulaciones se conoce como cláusulas particulares sobre la aplicación preferente de los tratados internacionales de derechos humanos que sean más beneficiosos para las personas; distinguiéndose así los distintos ámbitos de

26 Masso Garrote, Marcos Francisco, 221.

27 Conde Jiminián, Jimena, 598.

28 Conde Jiminián, Jimena, 595.

29 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 214.

30 *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 215.

31 Según Tremolada Álvarez y Martínez Dalmau, las nociones de «jerarquía y aplicación hacen referencia a dos cuestiones diferentes: la primera, a una

aplicación de diferentes normas -una internacional y una nacional- que, aunque válidas, «tienen la capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente»³².

Por consiguiente, ante las posibles contradicciones que surjan entre los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el ordenamiento interno del Estado, particularmente sus poderes públicos, estas deberán ser resueltas conforme al artículo 1 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados parte se han comprometido «a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna». A partir de este mandato se configura un límite material al ejercicio de los poderes públicos, a la vez que prima la obligación de adoptar la norma e interpretación más garantista, que ofrezca, como tal, la protección más amplia o favorable a la persona.

De lo anterior se desprende que todos los poderes públicos -incluyendo el Poder Legislativo- están obligados a ejercer el denominado «control de convencionalidad» entre las normas internas y los tratados sobre derechos humanos, para el cual deben tener en cuenta no sólo los textos *stricto sensu* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los demás instrumentos interamericanos sobre derechos humanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete última de la Convención³³. Es decir, dicho control consiste en verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas de un Estado con los mandatos de la CADH, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH y los demás tratados sobre derechos humanos de los cuales el Estado sea parte³⁴.

Se trata, pues, de una obligación que recae sobre *todos los órganos y autoridades de un Estado, especialmente sus jueces*, en el ámbito de sus competencias³⁵, de:

«[...] velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial y, de manera particular, las cortes supremas y los tribunales constitucionales, deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»³⁶.

Parte del fundamento de este control se desprende del mandato de los artículos 1 y

prelación donde existe un orden respecto al origen de la norma, y la segunda al destino del mandato jurídico en el terreno factual. El hecho de que unas normas prevalezcan sobre otras en el ámbito jerárquico no excluye, como es sabido, que otras normas se apliquen con preferencia a la jerárquicamente superior cuando la propia norma superior lo prevea». Tremolada Álvarez, Eric, & Martínez Dalmau, Rubén, «Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración», 128 *Vniversitas* (2014), 390-391.

32 Tribunal Constitucional de España, DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2005, FJ 4.

33 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

34 El referido control de convencionalidad es una institución que, si bien emerge a nivel del pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006 (serie C, núm. 154), sus contornos se han ido precisando y afinando a partir de otras sentencias (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006; Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 120; Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Sentencia del 20 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 253; Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250).

35 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 22; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282; Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 285.

36 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 120, párr. 225; Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párr. 78.

2 de la Convención, los cuales consagran, respectivamente, la obligación que descansa sobre los Estados parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento, así como el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los referidos derechos y libertades. *Ergo*, todo el Estado -en cualquiera de sus manifestaciones, poderes u órganos- es *responsable* por los actos u omisiones relativos a la violación de lo establecido en el artículo 1, numeral 1, de la CADH. Por consiguiente, la ejecución de dicho control implica, entre otros aspectos, la supresión de normas contrarias a la Convención o la *interpretación conforme* de dichas normas frente al aludido instrumento.

Por tanto, cuando el Poder Legislativo falla en su tarea de armonizar la ley nacional a la convencional (a través de la adopción de medidas legislativas concretas para adecuar su normativa interna), el resto del Estado debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención -o cualquier otra norma internacional parte del bloque de constitucionalidad-. De lo contrario, el Estado estaría incurriendo en responsabilidad internacional, situación que el ejercicio de un control de convencionalidad persigue evitar. Así la cosas, la no adecuación del derecho interno, así como la omisión de ejercer dicho control frente a una violación de la Convención, puede afectar derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, acarreándose la responsabilidad internacional de dicho Estado.

[...] la expedición de una Ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera

responsabilidad internacional del tal Estado [...] [Q]ue el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado [...]³⁷ (subrayado nuestro)

Esta abstención subraya la *complementariedad o subsidiariedad* del sistema internacional, en lo contencioso, porque la importancia de llevar a cabo un control de convencionalidad en el ámbito interno es, en efecto, impedir que los Estados incurran en la aludida responsabilidad, conforme lo ha señalado la Corte IDH en su sentencia relativa al caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*³⁸:

La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional **después de que el Estado haya tenido la oportunidad** de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. [...] Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primeramente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria) (subrayado nuestro).

Por último, cabe recordar que en materia de control de convencionalidad rigen tres principios relevantes: el de *effet utile*, el de *pacta sunt servanda* y el de buena fe. El primero, establecido en el artículo 2 de la CADH, precisa que las medidas adoptadas de derecho interno de conformidad con la Convención tienen que ser efectivas. Por su parte, los otros dos principios, contemplados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reiteran que «lo pactado obliga», por lo que las obligaciones contraídas libremente frente a la comunidad

37 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, sobre la Responsabilidad Internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la CADH), del 9 de diciembre de 1994.

38 Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250.

internacional no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y que, además, las autoridades públicas deben ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una «persona correcta (*vir bonus*)».

Por consiguiente, como ejecutor de la Convención, la República Dominicana tiene el deber de adecuar su ordenamiento jurídico interno a los requerimientos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esta adecuación implica, por un lado, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías y, por otro lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio. En consecuencia, según la jurisprudencia interamericana, recae sobre el Estado -aunque de manera particular sobre el Poder Legislativo- la obligación de adoptar medidas legislativas convencionalmente adecuadas, abrogar las normas domésticas incompatibles con la Convención y jamás legislar contra la Convención^{39/40}.

Los legisladores están, pues, ineludiblemente compelidos a realizar los controles de constitucionalidad y de convencionalidad necesarios para determinar si las disposiciones de los proyectos de ley bajo su responsabilidad -en cualquier etapa en que se encuentren- o

las leyes actualmente vigentes cumplen con los requerimientos de la Constitución y los compromisos internacionales convencionales asumidos por el Estado dominicano. Al realizar este control de convencionalidad en defensa del orden jurídico constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos los legisladores se convierten en *legisladores interamericanos* «guardianes de la Convención Americana» y de todo el *corpus iuris interamericano* y, en tal virtud, garantizan que el derecho interno no contravenga los mandatos del sistema interamericano.

El ejercicio de este control por los legisladores, previo a la aprobación de una norma, es, además, esencial para la labor jurisdiccional, pues los jueces también están compelidos a realizar el control de convencionalidad y desaplicar, en aquellos casos concretos que lo ameriten, la norma inconventional. Sin embargo, esta labor jurisdiccional constituye una misión especialmente delicada en la medida en que sobre las normas de derecho interno reside una innegable *presunción* de legalidad y constitucionalidad.

Esta presunción de constitucionalidad de la cual están investidas las leyes subsiste hasta tanto sea declarada su inconformidad con las disposiciones constitucionales vigentes por el Tribunal Constitucional, en caso de un control concentrado, o por los tribunales judiciales, en caso de un control difuso de constitucionalidad⁴¹; criterio que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional dominicano⁴² y la jurisprudencia

39 Según la Corte IDH «[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos **debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas** [...]» (subrayado nuestro) (Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 87).

40 A modo ilustrativo, la Corte IDH, mediante la sentencia sobre el Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, ordenó al Estado dominicano adecuar su legislación y prácticas internas sobre inscripción y otorgamiento de nacionalidad al Derecho internacional de los Derechos Humanos en los siguientes términos: «469. [...] Por lo tanto, de acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana. 470. Además de lo anterior, con el fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan, este Tribunal estima pertinente disponer que el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo [...]» (subrayado nuestro).

41 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/00039/15, de 9 de marzo de 2015.

42 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/00039/15, de 9 de marzo de 2015, TC/0274/13, de 26 de diciembre de 2013, TC/0015/17, de 11 de enero de 2017.

constitucional comparada⁴³ en reiteradas ocasiones.

Esto es un corolario de lo prescrito en los artículos 75, numeral 1, y 109 de la Constitución dominicana, «que establecen el deber de los ciudadanos de “acatar y cumplir” la ley, así como la obligatoriedad de la misma, una vez promulgada; obligaciones constitucionales que solo cesan con la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, lo que implica su expulsión como norma del ordenamiento jurídico dominicano»⁴⁴. Así las cosas, en nuestro ordenamiento «prevalece el criterio de que una ley es constitucional hasta tanto el órgano encargado del control de la constitucionalidad se pronuncie en sentido contrario, de conformidad con la máxima *in dubio pro-legislatore*»⁴⁵. De igual manera, «constituye una garantía indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema de democracia representativa, en el cual la soberanía popular se ejerce a través del legislador»⁴⁶.

III. El control congresual de los tratados internacionales

A. Control preventivo de los tratados internacionales

Conforme al párrafo capital del artículo 26 constitucional la República Dominicana «es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional». En consecuencia, se debe promover y favorecer la integración con las naciones americanas para defender los intereses de la región a través de la suscripción

de «tratados internacionales para promover el desarrollo común de las naciones, que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, y para atribuir a organizaciones internacionales las competencias requeridas para participar en procesos de integración»⁴⁷.

Esta dirección de la política interior y exterior del Estado, en los términos constitucionales antes citados, le corresponde al Poder Ejecutivo, al ostentar el poder general de iniciativa en esta materia, en su calidad de jefe de Estado y en atención a las atribuciones prescritas por el artículo 128 de la Ley Fundamental. En este sentido, «[t]odo el proceso internacional de celebración de un tratado incumbe al Gobierno, tanto en su *fase inicial* (negociación, adopción del texto y autenticación) como *final* (la manifestación del consentimiento y su perfeccionamiento), sin perjuicio de la exigencia constitucional de una *fase intermedia* (de índole interna) para determinados tratados»⁴⁸.

Los tratados internacionales⁴⁹ son una codificación escrita del derecho internacional celebrado entre sujetos de este derecho, ya sean Estados u organizaciones internacionales, dotados del *ius contrahendi* o la capacidad de concertar acuerdos, regidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales del 21 de marzo 1986, respectivamente. Se rigen por las normas

43 Corte Constitucional de Colombia, C-874-02, de 15 de octubre de 2002; Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 00033-2007-PI/TC, de 13 de febrero de 2009; Tribunal Constitucional de Chile, sentencia núm. 309, de 4 de agosto de 2000.

44 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/00039/15, de 9 de marzo de 2015, párr. 9.6.

45 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0274/13, de 26 de diciembre de 2013, párr. 8.5 (b), TC/00039/15, de 9 de marzo de 2015, párr. 9.6.

46 Corte Constitucional de Colombia, C-874-02, de 15 de octubre de 2002.

47 Constitución de la República Dominicana (CRD), proclamada el 13 de junio de 2015, artículo 26, numeral 5.

48 Díez-Hochleitner, Javier, «Artículo 94», en: Casas Baamonde, María Emilia; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores), *Comentarios a la Constitución española. XXXX aniversario*, (España: Fundación Wolters Kluwer, 2008), 1585.

49 «El término tratado es genérico y comprende denominaciones tan variadas como las de convenio, convención, acuerdo, pacto, estatuto, carta, constitución, declaración, compromiso, concordato, etc.» Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ta. Ed., (Madrid: Tecnos, 2007), 162; Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 17ma. Ed., (España, Tecnos, 2013), 160.

del derecho internacional, salvo aquellos que se sometan al ordenamiento jurídico interno de un Estado o a normas sustantivas elaboradas por las partes⁵⁰. Constituyen, además, la fuente de producción jurídica más importante del derecho internacional, pues solo aquellos actos que producen efectos jurídicos o crean derechos y obligaciones internacionales pueden ser considerados como tratados internacionales⁵¹.

La celebración de este tipo de instrumentos se refiere al conjunto de actos que determinan la creación de un tratado hasta la generación de efectos jurídicos para las partes contratantes⁵², distinguiéndose dos etapas esenciales: por un lado, el proceso de elaboración y adopción de un texto y, por otro, los actos en virtud de los cuales los Estados manifiestan su voluntad de obligarse por el tratado de que se trate. Concretamente, estas formas de manifestación del consentimiento incluyen la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, así como cualquier *otra forma* convenida entre las partes contratantes⁵³. En otras palabras, los Estados determinan y escogen libremente cuál será el modo concreto de expresión de obligación por un tratado, pues todo se reduce a su voluntad e intenciones.

De especial interés para nuestro análisis son la firma y la ratificación. La primera se refiere estrictamente a una actuación del Poder Ejecutivo, y puede convenirse que esta «sea a la vez forma de autenticación y de manifestación del consentimiento»⁵⁴, mientras que la segunda se configura como el derecho del soberano «de dar por sí mismo valor obligatorio al tratado por una

formalidad distinta de la firma»⁵⁵ o la confirmación del presidente de la República, en tanto jefe de Estado, de los plenos poderes conferidos a su representante. Para el ordenamiento dominicano esta confirmación se materializa en un acto del Poder Legislativo que concretiza inequívocamente el consentimiento del Estado en obligarse.

Sin embargo, previo a esta aprobación congresual, el ordenamiento constitucional dominicano sujeta los acuerdos o tratados internacionales suscritos por la República Dominicana a un control preventivo o previo de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 185, numeral 2, de la Constitución, y 55 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales. Ergo, el Poder *Jurisdiccional* -encarnado en el Tribunal Constitucional- fiscaliza la conformidad de los tratados internacionales con los textos constitucional y convencional.

Este control es ejercido a instancia del presidente de la República, quien puede remitir los tratados internacionales a este tribunal en *cualquier momento previo* a su ratificación o aprobación congresual, a fin de asegurar la supremacía de la Norma Fundamental prevista en el artículo 6 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a esta Constitución.

50 Rodríguez Carrión, Alejandro J., 90.

51 Sobre este particular, Pastor Ridruejo explica que en la práctica interestatal existen acuerdos entre Estados que no son tratados internacionales sino, más bien, acuerdos políticos, declaraciones de intenciones o acuerdos entre caballeros (*gentlemen's agreements*) o memorandos de entendimiento (*MOU o memoandums of understanding*) «que, basados en la buena fe, no entrañan compromisos jurídicos regidos por el Derecho Internacional, sino que generan tan sólo obligaciones políticas y exigibles en este último plano». Pastor Ridruejo, José A., 91.

52 Rodríguez Carrión, Alejandro J., 163.

53 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, aprobada por el Congreso Nacional de la República Dominicana mediante la Resolución núm. 375-09 del 23 de diciembre de 2009, artículo 11.

54 Díez-Hochleitner, Javier, 1586.

55 Pastor Ridruejo, José A., 95.

A partir de este mecanismo, el Tribunal Constitucional escruta y se pronuncia a priori -es decir, previo a su aprobación por el Congreso Nacional- sobre la posible incorporación de preceptos legales de origen internacional en el ordenamiento jurídico interno. En este sentido, la determinación de si el instrumento internacional examinado es conforme con el texto constitucional, tanto desde la óptica formal como sustancial, asegura la aludida supremacía constitucional y garantiza la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales asumidos por el Estado con la finalidad de salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado⁵⁶.

En otras palabras, este control preventivo *obligatorio de todos* los acuerdos y tratados internacionales implica un juicio de compatibilidad entre las normas del derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno para evitar «el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Constitución o impedir que normas provenientes del Derecho Internacional inconstitucionales se incorporen al ordenamiento jurídico nacional»⁵⁷ y establecer su conformidad o inconvención con la Constitución. Proceder en este sentido permite evadir cualquier conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional, por lo que estamos en presencia de un control que persigue:

[...] que las cláusulas que integran un acuerdo internacional no contradigan la Carta Fundamental, evitando distorsiones del ordenamiento constitucional con los tratados internacionales, en tanto constituyen fuente

del derecho interno, para que el Estado no se haga promisorio de obligaciones y deberes en el ámbito internacional contrarios a la Constitución⁵⁸.

[...] evitar distorsiones del ordenamiento constitucional, con los tratados internacionales como sistema de fuentes del derecho interno y, consecuentemente, que el Estado asuma compromisos y obligaciones contrarios a la Constitución, lo que constituye la justificación hermenéutica del control de constitucionalidad a través del mecanismo antes señalado⁵⁹.

Por consiguiente, este proceso constitucional preventivo emerge «como vehículo facilitador de un concepto de *constitucionalismo útil* para resolver problemas políticos de calibre constitucional»⁶⁰ o «como un mecanismo de gran utilidad para garantizar la supremacía constitucional»⁶¹. Ello en la medida en que permite al Tribunal Constitucional evaluar si las disposiciones internacionales contenidas en los acuerdos suscritos por el Poder Ejecutivo, que implicarán deberes y obligaciones para el Estado, no entran en contradicción con la Constitución, en tanto norma habilitante que faculta a la autoridad que suscribe el tratado⁶², y cumple con los requisitos constitucionales sobre soberanía, no intervención, integridad territorial y reciprocidad⁶³.

Si, respecto de determinado convenio, el Tribunal considera que existe una contradicción entre este y la Carta Sustantiva el instrumento es devuelto al Poder Ejecutivo e impedida su remisión a las

56 Pastor Ridruejo, José A., 102; Rodríguez Gómez, Cristóbal, «Artículo 185.- Atribuciones», en: Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) (coord.), Constitución comentada 2015, 4ta. Ed., (República Dominicana: editora Búho, 2015), 401-402.

57 Nogueira Alcalá, Humberto, «El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la perspectiva comparativa con los tribunales constitucionales latinoamericanos», Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (RDU CN), año 19, núm. 1, (2012), 386-388; Ayuso, José Alejandro, *La soberanía de la Constitución. El patriotismo constitucional en tiempo de globalización y pluralismo*, (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana - Colección IUDEX, 2019), 122.

58 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0122/13, de 4 de julio de 2013, párr. 5.2; TC/0229/13, de 29 de noviembre de 2013, párr. 5.3.

59 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0315/15, de 25 de septiembre de 2015, párr. 6.2.

60 Pulido Quecedo, Manuel, «Artículo 95», en: Casas Baamonde, María Emilia; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores), *Comentarios a la Constitución española. XXXX aniversario*, (España: Fundación Wolters Kluwer, 2008), 1597.

61 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0031/12, de 7 de septiembre de 2012, párr. 2.4.3.

62 Ibid.

63 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0014/14, de 14 de enero de 2014; TC/0315/15, de 25 de septiembre de 2015.

cámaras legislativas para estudio y eventual aprobación. Sin embargo, esta decisión no impide la renegociación del acuerdo ni crea «un impedimento para que ante una eventual reestructuración o reorientación de las cláusulas insalvables del mismo [...] este colegiado, en su función de guardián de la supremacía de la Constitución y en aplicación del control preventivo de constitucionalidad, pueda evaluar nueva vez las pretensiones de las partes»⁶⁴; restando, además, la posibilidad de reformar el texto constitucional con la finalidad de compatibilizar las disposiciones normativas en conflicto en aquellos casos en que resultara de alta prioridad para el Estado la entrada en vigencia de determinado tratado pero de suma dificultad su renegociación⁶⁵.

De no existir contradicción alguna entre el texto del tratado y la Constitución, el presidente de la República, en su condición de jefe de Estado, remitirá al Congreso Nacional, en los términos previstos en el numeral 1, letra d, del artículo 128 constitucional, dicho acuerdo a fin de autorizar o no la manifestación por el Gobierno del consentimiento del Estado dominicano en obligarse por este instrumento internacional⁶⁶. Cabe señalar, en este punto, que la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional -sobre la constitucionalidad o no de estos tratados internacionales suscritos por el Estado dominicano- será vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo de acuerdo con el artículo 57 de la Ley núm. 137-11 y no podrá ejercerse contra dicho instrumento

un control *a posteriori* de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal por los motivos valorados por dicho colegiado⁶⁷.

Precisado lo anterior, es, sin embargo, importante observar que sobre el Poder Legislativo recae la determinación, en última instancia, de si los tratados internacionales pueden efectivamente desplegar su eficacia en el orden interno dominicano, aun cuando estos hayan pasado el control constitucional, ya que sin su aprobación dichos tratados o convenciones internacionales «no tendrán validez ni obligarán a la República», en atención a lo dispuesto en la previamente señalada disposición constitucional.

Esta determinación quedará finalmente reflejada en una resolución dictada a tales fines por el Congreso Nacional, sin que sea necesario mediar alguna otra actuación por parte de las cámaras legislativas ni que la eficacia de esta resolución o del tratado de que se trate dependa de una ley posterior que es, sin duda, una figura «esencialmente distinta» de la autorización congresual de los tratados⁶⁸. Una vez concretada la prestación del consentimiento del Estado por parte de los órganos constitucionales expresamente facultados a tales fines -dígase, el Tribunal Constitucional y el Congreso Nacional- las consecuencias de los distintos instrumentos internacionales para el ordenamiento dominicano «son claras, inmediatas y perfectamente delimitadas y controladas» a raíz del ejercicio de estos controles⁶⁹.

64 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0315/15, de 25 de septiembre de 2015, párr. 11.15.

65 Rodríguez Gómez, Cristóbal, «Artículo 185.- Atribuciones», en: Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) (coord.), Constitución comentada 2015, 4ta. Ed., (República Dominicana: editora Búho, 2015), 401-402.

66 Para fines comparativos, en España, por ejemplo, solo la celebración de un tratado internacional que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional y la autorización de las cámaras legislativas para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios internacionales *se limita* a aquellos instrumentos que tengan carácter político, militar, afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales, impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, o supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución, de acuerdo con los artículos 94, numeral 1, y 95, numeral 1, de la Constitución española. Para un examen más detallado sobre el alcance de estas disposiciones véase Díez-Hochleitner, Javier, Op. cit., 1589-1593; Pulido Quecedo, Manuel, Op. cit., 1596 *et seq.*

67 Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, de 13 de junio de 2011, artículo 57, párrafo.

68 «Y es que la ley es una figura «esencialmente distinta» de la autorización parlamentaria de los tratados (Auto TC 114/1991, FJ 3), para la que el art. 74.2 CE establece «un procedimiento parlamentario específico y diverso del legislativo ordinario o común [...]» (STC 155/2005, FJ 9)» Díez-Hochleitner, Javier, Op. cit., 1586-1588; Remiro Brotons, A., «La Constitución y el Derecho Internacional», en Álvarez Conde, E. (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, (España: INAP, 1998), 130.

69 Pérez Royo, Javier y Carrasco Durán, Manuel, *Curso de Derecho constitucional*, 16ta. Ed., (Madrid: Marcial Pons, 2018), 653.

B. El legislador como intérprete de la voluntad política del Estado

1. La ratificación de los tratados internacionales como instrumento de control político

Para la formación interna de voluntad del Estado una parte de la doctrina aduce que se requiere la participación de otros órganos estatales en el proceso de elaboración de tratados, más allá de aquel que expresamente consienta al instrumento internacional de que se trate⁷⁰. En este sentido, algunos autores contemplan un método de interpretación de tratados denominado «examen de facilitación» (*facilitation test*), en virtud del cual un Estado no acumulará obligaciones significativas hasta tanto los órganos gubernamentales correspondientes aprueben dichas obligaciones a través de los procesos legitimadores requeridos por sus leyes domésticas⁷¹.

Otros observan que, en la práctica, son los textos constitucionales los que tienden a requerir la aprobación de otro órgano estatal para la implementación de los tratados en el ordenamiento interno⁷². Este es el caso específico del ordenamiento constitucional dominicano, que expresamente prevé tanto un *control jurisdiccional* -ejercido por el Tribunal Constitucional mediante el control previo y obligatorio de los tratados internacionales- como un *control político* -por parte del Congreso Nacional- para revisar y determinar que determinado tratado está en conformidad con sus procedimientos domésticos establecidos; esto último se traduce, en términos

prácticos, en la *aprobación o desaprobación* de los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo⁷³, de lo que dependen, conforme señalamos anteriormente, la validez y obligatoriedad de estos acuerdos⁷⁴.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 contempla todas las formas de manifestación del consentimiento, desde aquellas que existían a la fecha de su adopción como las que fueron desarrollándose e implementándose en la práctica, así como aquellas que pudiesen desprenderse de la voluntad de las partes contratantes. En consecuencia, lo que pareciera ser jurídicamente relevante es la manifestación del consentimiento en obligarse y no necesariamente la forma que se adopte a esos fines, modalidad que puede ser determinada y escogida libremente por las partes.

Una aseveración en ese sentido supondría restarle importancia a la figura de la *ratificación*, pero lo cierto es que, con la aparición del constitucionalismo, la exigencia de la ratificación adquiere una nueva dimensión. Al respecto, Pastor Ridruejo precisa que la finalidad de este mecanismo es «realizar el control parlamentario de las relaciones exteriores, y significa el acto de autorización del parlamento al poder ejecutivo para que éste pueda expresar en el ámbito internacional su manifestación en obligar al Estado por un tratado. De ahí que se distinga entre una ratificación constitucional o en el ámbito interno y una ratificación internacional» (subrayado nuestro)⁷⁵. Por su parte, Andaluz distingue entre la ratificación de derecho interno,

70 Geck, Wilhelm Karl. «The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party. Comments on Arts. 6 and 43 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV* 27 (1967), 439; Jonas, David S. Saunders, Thomas N. «The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods», *43 Vanderbilt Journal of Transnational Law* 3 (2010), 604.

71 Jonas, David S. Saunders, Thomas N. *Ibid.*, 604, 608.

72 Deener, David R., «Treaties, Constitutions and Judicial Review», *Virginia Journal of International Law*, volume 4, (1969), 7 et seq.; Geck, Wilhelm Karl. «The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party. Comments on Arts. 6 and 43 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV* 27 (1967), 445-446.

73 Constitución de la República Dominicana, artículo 93, numeral 1, letra l.

74 Constitución de la República Dominicana, artículo 128, numeral 1, letra d.

75 Comisión de Derecho Internacional, «Anuario de la Comisión de Derecho Internacional», vol. II (1966), 215; citado por: Pastor Ridruejo también observa que, si bien la ratificación era imprescindible para obligar internacionalmente al Estado a lo largo del siglo XIX, el acrecentamiento de las relaciones interestatales «implicaron el empleo cada vez mayor de acuerdo en forma simplificada, que eran obligatorios únicamente por la firma o por el simple intercambio de instrumentos **sin necesidad de ratificación**. Surgieron además otras formas de manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, **como la adhesión, aprobación y aceptación**» (subrayado nuestro) Pastor Ridruejo, José A., 95.

en tanto acto «mediante el cual los órganos legislativos autorizan la celebración de tratados», de la ratificación según el derecho internacional, que «es una forma de consentir en obligarse un Estado ante sus pares vinculados por el tratado», mientras que la ratificación legislativa «la precede a título de autorización a su Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por cada Constitución, para que preste tal consentimiento»⁷⁶.

En lo relativo al caso dominicano, la Constitución establece que el consentimiento del Estado en obligarse por una convención internacional se perfecciona, previo control de constitucionalidad, con la «aprobación» de dicho texto. Pero por la figura de la «aprobación», a la que remite el artículo 93, numeral 1, letra l), y el artículo 128, numeral 1, letra d), de la Constitución, debe entenderse que se refiere a la noción de «ratificación» de tipo legislativa y no a ninguna otra forma de manifestación del consentimiento, entre las que se incluye la aprobación. Toda vez que el resto del texto constitucional, en cuanto dispone en materia de tratados internacionales, sujeta su validez a la *ratificación*, así como también lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Artículo 26.- Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: [...] 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial;

Artículo 46.- Libertad de tránsito. [...] 2) Toda persona tiene derecho a solicitar asilo en el territorio nacional, en caso de persecución por razones políticas. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus

derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales.

Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: [...] 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;

Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: [...] 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;

9.20. Conviene dejar constancia de que los principios enunciados no son exclusivos del Estado dominicano, sino que forman parte del Derecho Constitucional Comparado, donde se asume que la aprobación de cualquier instrumento internacional que no sea un tratado **debe ser sometido al régimen de ratificación congresual por tratarse de actos jurídicos que comprometen internacionalmente al Estado** (subrayado nuestro)⁷⁷.

Es posible, pues, que la referencia a la «aprobación» en el cuerpo de los artículos 93 y 128, antes indicados, constituya simplemente un error conceptual o terminológico en el que incurrió el constituyente, pero que se corrige,

76 Andalus, Horacio, «El Derecho internacional en el Sistema de fuentes. Propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. III (2008), 20.

77 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0256/14, de 4 de noviembre de 2014, párr. 9.20.

en la práctica, con el accionar de las cámaras legislativas al momento de conocer y decidir sobre estos instrumentos⁷⁸.

Independientemente de la cuestión semántica, queda por precisar que la naturaleza de la ratificación legislativa, como la contemplada por el ordenamiento dominicano, lo que persigue es verificar, por un lado, si el accionar del Poder Ejecutivo es cónsono con el marco constitucional vigente, objeto del control jurídico ejercido por el Tribunal Constitucional, y, por otro lado, determinar si dicho accionar se produjo con la debida diligencia y en el marco de sus atribuciones, proceso este que corresponde al control político que está facultado a ejercer el Poder Legislativo⁷⁹. Se trata, por tanto, de constatar la adecuación de la conducta del Gobierno -al suscribir el tratado internacional- a los parámetros constitucionales, legales y convencionales previsto en el ordenamiento y, en caso de no cumplir con estos parámetros, someter dicho instrumento a su derrotabilidad, así sea en sede constitucional o congresual.

2. El control político del Poder Legislativo

El Poder Legislativo, encarnado en el Congreso Nacional, compuesto, a su vez, por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, se desarrolla en el ejercicio de dos tareas: las legislativas y las de control. Sobre las primeras corresponde señalar que, al igual que en las cámaras legislativas homólogas, el trabajo legislativo parte de una iniciativa legislativa o gubernamental, dígame, un

proyecto de ley sometido a su consideración y estudio, en los términos de los artículos 96 y 97 de la Constitución.

Por su parte, la labor del control del Congreso o Parlamento, conforme explica Rubio Llorente, «no es, como la legislativa, una tarea definida por el producto que de ella resulta, sino por referencia a la actividad misma, que consiste en conocer y juzgar la actividad ajena»⁸⁰. Ajustada a las realidades propias de la democracia contemporánea, este control constituye, según el mencionado jurista español, «la vía más idónea para hacer llegar a la opinión la información crítica sobre la actuación del Gobierno, sin la cual ninguna democracia es imaginable, y para asegurar en lo posible que el poder de la burocracia no se autonomice más de lo que la propia naturaleza de las cosas hace inevitable»⁸¹.

En tal virtud, este control es esencial para darle publicidad a la política del Gobierno y, al mismo tiempo, controlar la administración, pero únicamente para ello, pues no surge de esta representación política responsabilidades u obligaciones jurídicas⁸² ni puede identificarse con la potestad legislativa otorgada por el constituyente a este poder del Estado, pues esta -como señalamos anteriormente- corresponde a una facultad legislativa de naturaleza distinta⁸³.

Concretamente, para el interés de este estudio, el control político ejercido por los miembros de las cámaras legislativas obedece a las obligaciones políticas propias de la representación política que

78 Es importante precisar que, aunque la Constitución dominicana únicamente se refiere a las figuras de la «ratificación» y la «aprobación» no es menos cierto que, en la práctica internacional en materia de tratados, existen otras formas de manifestación de la voluntad del Estado en obligarse por determinado instrumento jurídico a través de un acto denominado de manera distinta, pero con los mismos efectos jurídicos que la ratificación. En este sentido, nos referimos al mecanismo de la «adhesión» o aquel acto en virtud del cual un Estado acepta formar parte de un tratado previamente negociado y firmado por otros Estados, es decir, uno que ya ha entrado en vigor. Véanse, al respecto, los artículos 2(1)(b), 14(1), 15 y 16 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

79 Andaluz, Horacio, 22.

80 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, volumen II, Estudios Constitucionales, 3ra. Ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 591.

81 Rubio Llorente, Francisco, 592.

82 Rubio Llorente, Francisco, 612.

83 Sobre este particular Rubio Llorente observa, en su análisis sobre las características de la democracia representativa, que «la representación política no está conectada necesariamente con la idea de división de poderes, ni con la atribución al cuerpo representativo de la potestad legislativa, que efectivamente puede no tener; es un principio, por así decir, axiológicamente neutral». Rubio Llorente, Francisco, 612.

los distintos legisladores electos ejercen respecto del pueblo que los ha elegido, aspecto identificador de las democracias representativas como la dominicana. Esta *naturaleza representativa* del control político hace que las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo sobre los derechos y libertades, así como sobre el alcance de los compromisos internacionales adquiridos por el Poder Ejecutivo, sean tan importantes como las decisiones jurisdiccionales, si no más, pues asegurar la defensa de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía constitucional no es solo responsabilidad del Poder Jurisdiccional.

En el caso específico que nos ocupa, dígame, el examen que realizan las cámaras legislativas de un tratado internacional, una vez confirmada su conformidad constitucional por el Tribunal Constitucional, este conlleva su consideración a la luz del fin político del Estado en sentido general, como de la fórmula política que identifica al texto fundamental, entendiéndose esta figura como «el conjunto de principios y postulados esenciales jurídicos, políticos y socioeconómicos sobre los que descansa la voluntad de la Constitución, animada y plasmada por la voluntad del conjunto de fuerzas políticas constitucionales»⁸⁴.

Esto es especialmente cierto cuando observamos que, contrario a las altas cortes, especialmente aquellas de denotado activismo judicial, son las cámaras legislativas que teóricamente cuentan «con la sensibilidad política necesaria para que ciertas decisiones, aunque jurídicamente fundamentadas, tengan la legitimidad popular necesaria» para garantizar o conservar el grado más alto de representatividad democrática, así como la posibilidad de que dichas decisiones sean efectivamente obedecidas y ejecutadas

en la práctica⁸⁵. Es decir, se sitúan en los justos términos del debate político-constitucional de un determinado momento.

Sin embargo, con este razonamiento no se pretende obviar que, en muchos casos, las decisiones legislativas suelen responder a las presiones o el autointerés de determinados grupos de poder ni tampoco esconder la ineficacia funcional e ineficiencia burocrática de la que tantas veces adolece el Poder Legislativo y que se concreta en su omisión de dotar el Estado de las competencias necesarias para hacer frente a las realidades del sistema, concretamente de aquellas que limitan el alcance de los derechos y libertades reconocidos expresa e implícitamente por el ordenamiento⁸⁶.

Tampoco pretenden ignorarse las ventajas de «un progresismo respetuoso de las funciones y competencias de los diversos organismos estatales»⁸⁷. Lo que nos lleva a abogar por una articulación más eficaz y efectiva del Estado, que permita a los tribunales, especialmente los constitucionales, a convertirse «en órganos moderadores de excesos con prudencia política»⁸⁸ y a los poderes públicos en su conjunto, pero especialmente al Poder Legislativo, a construir un derecho garantista con perspectiva colectiva que legitime el accionar público y revalorice el contenido constitucional. Pero ojo, el control congresual que ejercerán las cámaras legislativas en la construcción de este derecho no obedecerá a un «parámetro normativo, objetivado, indisponible» porque no hay razonamiento jurídico necesario en esta sede, sino, más bien, «[s]on los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro como la formulación del juicio valorativo o de adecuación»⁸⁹.

84 Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), 280-281.

85 García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, Serie Doctrina Jurídica núm. 727, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 164.

86 Conde Jiminián, Jimena, 626.

87 García Jaramillo, Leonardo, 164.

88 Conde Jiminián, Jimena, 627-628.

89 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999), 122.

Lo que se persigue con esta argumentación es subrayar que ninguna autoridad puede monopolizar la realización de la Constitución. Se aboga, más bien, por la existencia de límites que impidan el despotismo y prevengan la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública⁹⁰, así como los insumos necesarios para la consecución de cambios constitucionales dialéctico e interactivo que promuevan *conjuntamente* los valores constitucionales progresistas⁹¹ y aseguren la protección de los derechos fundamentales, en tanto presupuesto determinante de toda democracia constitucional.

Actuar en sentido contrario sentaría las bases para consolidar una postura «centrada en el hecho de que la Constitución es definida exclusivamente por los tribunales» sin dejar espacio al cambio social por parte de los legisladores⁹² o que deje de lado el hecho de que «una decisión es más legítima cuanto más democrático y deliberativo haya sido el procedimiento utilizado para tomarla»⁹³. Pues la ley es, ante todo, el producto de una actividad política del Poder Legislativo, por lo que es imposible delimitar con claridad los contornos entre lo político y lo jurídico en el ejercicio del control constitucional.

IV. Reflexiones finales

Es ineludible reconocer la encrucijada que se materializa cada vez que es necesario someter a examen una norma internacional cuya eventual inserción en el ordenamiento interno es, en primer lugar, consecuencia de la actividad política del Poder Ejecutivo. En este caso la actividad de control es jurídica, en lo que respecta al control

preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional, así como política, en atención a las obvias consideraciones que de esta naturaleza debe tener en cuenta el Poder Legislativo. Se trata, por tanto, de la regulación jurídica de un fenómeno político, lo que produce un doble filtro de control que otorga a dos entes distintos el derecho de examinar las decisiones del Ejecutivo y sopesar en distintas balanzas los compromisos -en este caso, de carácter internacional- que de dichas decisiones pueden desprenderse.

Es en este escenario que cobran especial relevancia las palabras de Aragón Reyes cuando aduce que el control parlamentario o congresual constituye uno de los medios más eficaces de control político pues su fuerza descansa «más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras, más que en derogar el Gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral»⁹⁴. Esta labor de crítica, de fiscalización, constituye el significado propio del control político que emana de las cámaras legislativas, el cual puede manifestarse tanto a través de decisiones concretas entre las que se encuentran los actos de aprobación, autorización o ratificación, como a través de actuaciones de los legisladores que, si bien no se traduzcan en un acto concreto, ejercen una influencia innegable en la opinión pública, así como en el control social o en el control político electoral⁹⁵, puesto que «[l]a mayoría impone la decisión, pero no puede impedir la opinión» o deliberación de los legisladores⁹⁶.

90 Holmes, Stephen, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, (Chicago: University of Chicago Press, 1995); García Jaramillo, Leonardo, 165.

91 García Jaramillo, Leonardo, 168.

92 García Jaramillo, Leonardo, 164 et seq.

93 Martí, J., *La república deliberativa*, (Madrid: Marcial Pons, 2006), 133; Estrada-Vélez, Sergio, «El control de constitucionalidad: ¿promotor o aniquilador de la democracia deliberativa? Reflexiones en torno a las tensiones entre la primacía constitucional y la potestad de configuración legislativa», en Londoño Jaramillo, Mabel (coord.), *Constitución y Democracia: la cuadratura del círculo*, (Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012), 207.

94 Aragón Reyes, Manuel, 122-123.

95 Aragón Reyes, Manuel, 126-127.

96 Aragón Reyes, Manuel, 133-134.

Ahora bien, la discrecionalidad de ambos intérpretes en sus distintos campos de acción, obviamente esperada, en tanto parte intrínseca de su rol dentro del Estado, no puede guiarse en un sentido distinto al de los principios y valores estructurales que encuadran la fórmula política base sobre la que se estructura el ordenamiento constitucional dominicano, entre los que se encuentran la dignidad humana y el respeto efectivo de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas, la supremacía constitucional la unidad, independencia y soberanía nacional, y la membresía en la comunidad internacional, entre otros.

Por consiguiente, así como el juicio de compatibilidad entre las normas del derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno ejercido por el Tribunal Constitucional requiere de un análisis de las cláusulas que integran un acuerdo internacional «con la prudencia y el cuidado suficientes para no afectar la norma fundamental»⁹⁷, así también debe proceder el Congreso Nacional en el ejercicio de su función de vigilancia, control y fiscalización de los actos de carácter internacional realizados por el Poder Ejecutivo antes de que se consideren vinculantes para el Estado⁹⁸. Son, pues, innegables los efectos multidimensionales y transversales del control político propio del Poder Legislativo, de los cuales las normas del derecho internacional no son ajenas.

Referencias

Andaluz, Horacio, «El Derecho internacional en el Sistema de fuentes. Propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III (2008).

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999).

Arango Olaya, Mónica, «El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Precedente – Anuario Jurídico* (2004).

Ayuso, José Alejandro, *La soberanía de la Constitución. El patriotismo constitucional en tiempo de globalización y pluralismo*, (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana - Colección IUDEX, 2019).

Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988).

Conde Jiminián, Jimena, «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes» en: Jorge Prats, Eduardo (dir.), *Liber Amicorum Milton Ray Guevara: La Organización del Poder para la Libertad*, (Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional – IDDEC, 2020).

Comisión de Derecho Internacional, «Anuario de la Comisión de Derecho Internacional», vol. II (1966).

Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, aprobada por el Congreso Nacional de la República Dominicana mediante la Resolución núm. 375-09 del 23 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Colombia, C-225-95, de 18 de mayo de 1995.

_____, C-874-02, de 15 de octubre de 2002.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, sobre la Responsabilidad Internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la CADH), del 9 de diciembre de 1994.

97 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0315/15, de 25 de septiembre de 2015, párr. 6.2.

98 A modo ilustrativo, véanse los artículos 26.2, 74.3 y 185.2 de la Constitución de la República Dominicana.

_____, Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

_____, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

_____, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

_____, Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

_____, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 120.

_____, Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 22.

_____, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250.

_____, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

_____, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 285.

Díez-Hochleitner, Javier, «Artículo 94», en: Casas Baamonde, María Emilia; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores), *Comentarios a la Constitución española. XXXX aniversario*, (España: Fundación Wolters Kluwer, 2008), 1585.

Deener, David R., «Treaties, Constitutions and Judicial Review», *Virginia Journal of International Law*, volume 4, (1969), 7 et seq.

Estrada-Vélez, Sergio, «El control de constitucionalidad: ¿promotor o aniquilador de la democracia deliberativa? Reflexiones en torno a las tensiones entre la primacía constitucional y la potestad de configuración legislativa», en Londoño Jaramillo, Mabel (coord.), *Constitución y Democracia: la cuadratura del círculo*, (Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012).

García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, Serie Doctrina Jurídica núm. 727, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015).

Geck, Wilhelm Karl. «The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party. Comments on Arts. 6 and 43 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV* 27 (1967).

González Rivas, Juan José, *La interpretación de la constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, (España: Thomson Civitas, 2005).

Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, Traducido por Héctor Fix-Fierro, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2003).

Holmes, Stephen, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

Jiménez Asensio, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Colección Teoría constitucional y Derecho, (Madrid: IVAP - Marcial Pons, 2016).

Jonas, David S. Saunders, Thomas N. «The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods», *43 Vanderbilt Journal of Transnational Law* 3 (2010).

Jorge García, Juan, *Derecho constitucional dominicano*, 3era. Ed., (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016).

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, volumen II, 2da. Ed., (República Dominicana: Ius Novum, 2012).

Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, de 13 de junio de 2011.

Martí, J., *La república deliberativa*, (Madrid: Marcial Pons, 2006).

Masso Garrote, Marcos Francisco, «Apuntes para una teoría de la interpretación constitucional: los métodos de interpretación», en Tribunal Constitucional de la República Dominicana, *Anuario 2012*, (República Dominicana: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2013).

Nogueira Alcalá, Humberto, «El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la perspectiva comparativa con los tribunales constitucionales latinoamericanos», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (RDUCN)*, año 19, núm. 1, (2012).

Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 17ma. Ed., (España, Tecnos, 2013).

Pérez Royo, Javier y Carrasco Durán, Manuel, *Curso de Derecho constitucional*, 16ta. Ed., (Madrid: Marcial Pons, 2018).

Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, (Madrid: Editorial Trotta, 2013).

Pulido Quecedo, Manuel, «Artículo 95», en: Casas Baamonde, María Emilia; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (directores), *Comentarios a la Constitución española. XXXX aniversario*, (España: Fundación Wolters Kluwer, 2008).

Remiro Brotóns, A., «La Constitución y el Derecho Internacional», en Álvarez Conde, E. (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, (España: INAP, 1998).

Rojo Ávila, Cipatli Y., y Valenzuela Reyes, María Delgadina, «El bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano», en Armienta Hernández, Gonzalo e Iglesias Báñez, Mercedes (eds.), *Balance y perspectivas del Estado Social y Democrático de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo*, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca (Aquilafuente, 268), 2019).

Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ta. Ed., (Madrid: Tecnos, 2007).

Rodríguez Gómez, Cristóbal, «Artículo 185.- Atribuciones», en: Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) (coord.), *Constitución comentada 2015*, 4ta. Ed., (República Dominicana: editora Búho, 2015).

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, volumen II, *Estudios Constitucionales*, 3ra. Ed., (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos: ideas fuerza rectoras*, 2da. Ed., (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018).

Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución núm. 1920-2003, de 13 de noviembre de 2003.

Tremolada Álvarez, Eric, & Martínez Dalmau, Rubén, «Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración», 128 *Vniversitas* (2014).

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia núm. 309, de 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional de España, DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2005.

_____, STC 25/1981, de 14 de julio de 1981.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 00033-2007-PI/TC, de 13 de febrero de 2009.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC/0031/12, de 7 de septiembre de 2012

_____, TC/0229/13, de 29 de noviembre de 2013.

_____, TC/0122/13, de 4 de julio de 2013.

_____, TC/0274/13, de 26 de diciembre de 2013.

_____, TC/0014/14, de 14 de enero de 2014.

_____, TC/0256/14, de 4 de noviembre de 2014.

_____, TC/00039/15, de 9 de marzo de 2015.

_____, TC/0315/15, de 25 de septiembre de 2015

_____, TC/0015/17, de 11 de enero de 2017.

La integración de los contratos a partir de la adopción del Estado social y democrático de derecho, guía y límites de la regla pacta sunt servanda

Israel Armando José Rosado¹

Recibido: 15 de abril de 2023 - Aceptado: 16 de junio de 2023

Resumen

El artículo contrasta la denominada regla de «intangibilidad de las convenciones», construida por la jurisprudencia dominicana, como equívoco sinónimo del *pacta sunt servanda*; con los efectos de la redefinición de la autonomía privada en torno a los valores que caracterizan el modelo de Estado social y democrático de derecho, acuñado por el ordenamiento dominicano. A tales fines se expone el rol normativo de los principios generales del derecho, los valores constitucionales y los derechos fundamentales en la contratación privada, por efecto de la adopción de este modelo y cómo estos influyen en las disputas contractuales, con el objetivo de comprender el verdadero alcance de la regla *pacta sunt servanda*.

Palabras clave: Estado social y democrático de derecho, principios generales del derecho, integración de las obligaciones, *pacta sunt servanda*, Constitución.

Abstract

This article contrasts the so-called 'intangibility of conventions' rule, made by Dominican jurisprudence, as an equivocal synonym of the pacta sunt servanda rule; with the effects of the redefinition of the paradigm of private autonomy around the values that characterize the social and democratic state of law, coined by the Dominican legal system. In this order of ideas, the article exposes the normative role of the general principles of law, constitutional values, and fundamental rights in private contracts, because of the adoption social and the democratic state of law, and how they influence contractual disputes. All the above to understand the true scope of the pacta sunt servanda rule.

Keywords: Social and democratic State governed by the rule of law, general principles of law, integration of obligations, *pacta sunt servanda*, Constitution.

¹ Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (2016). Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea, por la Universidad Externado de Colombia (2023). Abogado en la Oficina de Abogados José & Asociados, S.R.L. Correo electrónico: ijose@joseyasociados.com

I. Introducción

La jurisprudencia dominicana ha construido la regla denominada «intangibilidad de las convenciones», a través de esta enmarca el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas por las partes como efecto de la autonomía privada. El desarrollo de dicha regla se ha erigido en base a una interpretación exegética de la regla *pacta sunt servanda* conforme a la cual el cumplimiento del contrato debe ser interpretado estrictamente y según el tenor literal de lo pactado entre las partes.

Sin embargo, a partir del año 2010 el Estado dominicano ha adoptado el modelo de Estado social y democrático de derecho. Este hecho implica que el ejercicio de la autonomía privada ha de sujetarse a las exigencias de la función social predicable de los contratos en este tipo de Estados. Por lo tanto, las obligaciones contractuales no se limitan exclusivamente a las pactadas por las partes, sino que se integran con aquellas obligaciones derivadas de los valores constitucionales, derechos fundamentales y principios generales del derecho, en virtud de la función social del contrato en este modelo estatal.

El presente artículo pretende abordar la hipótesis de la integración de las obligaciones de las partes en la contratación privada en el marco del Estado social y democrático de derecho como el dominicano. A tal efecto, plantearé tres partes dedicadas a: 1) la presentación de un estado de la cuestión acerca de la interpretación del contenido y alcance del principio de autonomía contractual en el ordenamiento jurídico dominicano; 2) las consecuencias que conlleva la adopción de un modelo de Estado social de derecho con relación al contrato; y 3) la concepción de la autonomía privada en el Estado social y democrático de

derecho y de qué manera los principios generales del derecho, junto a los valores constitucionales y los derechos fundamentales, se erigen en normas de aplicación inmediata en los contratos a la luz de la adopción de este modelo de Estado.

1. En el ordenamiento jurídico dominicano impera la concepción de que la integración de las obligaciones que surgen del contrato opera exclusivamente por vía de la ley, como única fuente integradora del acuerdo de las partes debido al efecto del principio voluntarista.

El Código Civil dominicano vigente es una traducción literal del Código Civil francés de 1804, por lo que responde al ideal de «libertad individual» característico de dicho siglo. En este subyacían las ideas de «igualdad total» de las partes que convivían en la sociedad, la ley como garante de la estabilidad del ordenamiento y la capacidad de autorregulación de las relaciones. Como consecuencia, se entendía que quien se adentraba en una negociación se sometía a un clausulado realmente justo y consecuente con su interés.

El contrato era entonces una herramienta a la que accedían aquellos sujetos verdaderamente libres de disponer de su esfera patrimonial a través de un negocio jurídico. Por esta razón, las relaciones contractuales se fundamentaban en un mecanismo voluntarista, en el que las partes se dotaban de sus propias reglas² y, hacían de estas leyes que regían su propio universo negocial. Bajo esta visión quien manifestaba su consentimiento de forma libre y voluntaria, se encontraba en una relación de justicia; asociada a la idea de que quien dice contractual dice justo³.

En nuestra legislación el principio voluntarista se prevé en el artículo 1134⁴, el cual pone de

2 De aquí que se describa la teoría de la autonomía de la voluntad la cual explica «la fuerza obligatoria del contrato por la toda poderosa voluntad que permite a las partes disponer de su propia ley y por ella misma forzarse. El individuo está obligado porque él ha querido y él no está obligado sino en la medida que ha querido». FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit Des Obligations «1-Contrat Et Engagement Unilateral»*, 5ta Edición, Themis Droit, París, Francia, 2019. Pág. 104.

3 De aquí la famosa fórmula expuesta por Alfred Fouillée de que «quien dice contractual dice justo». Fouillée, Alfred. *La Science Sociale Contemporaine*. Deuxieme Edition, Librairie Hachette et Cie., Paris, Francia. 1985. 410.

4 Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley.

presente que el consentimiento y, por ende, la voluntad de las partes contratantes es suficiente para la celebración de un contrato y, por ello, las convenciones constituyen la ley entre ellas⁵. Todo ello a través de tres incisos que regulan las condiciones, límites y efectos de su aplicación.

El inciso primero del artículo establece de manera clara la condición de legalidad y armonía con el sistema, que es necesaria para el nacimiento del contrato y la aplicación total de la autonomía de la voluntad, cuando se cumple con las prerrogativas de la ley material⁶. El inciso segundo dispone que, para las partes, el contrato ocupa el lugar asignado a la ley dentro del ordenamiento jurídico general⁷, por lo que se genera una unión ineludible entre los sujetos obligados cuya modalidad de cumplimiento es determinada por la fuerza de la voluntad que estos habían dispuesto⁸. Por último, el tercer inciso del artículo, el más olvidado, dispone la ejecución de los contratos de buena fe⁹.

La jurisprudencia dominicana a partir de las disposiciones del art. 1134, anudado al aforismo *pacta sunt servanda*¹⁰, ha construido el denominado

«principio de intangibilidad de las convenciones». Este principio ha sido definido como aquel que «concede a las partes poder de disposición sobre sus respectivos intereses, de manera que puedan decidir, de forma libre y voluntaria sobre el contenido de las estipulaciones o cláusulas en las que se consignan las obligaciones contraídas, así como la forma y los plazos para su ejecución» (*sic.*)¹¹. Agregando, la Alta Corte, además, que este prohíbe la interferencia de los jueces de fondo para modificar los contratos pactados por las partes¹². Lo que en todo sentido impide al juez interpretar por fuera del clausulado contractual e integrar el contrato con otras disposiciones que no provengan de la ley o del contrato entendido como ley privada, bajo pena de que su sentencia sea casada por desnaturalización del contrato¹³.

La Suprema Corte de Justicia Dominicana, en el proceso de construcción jurisprudencial del principio, ha establecido los límites que emanan de este. Dentro de lo que se encuentra principalmente el bloqueo a la interferencia de los jueces en el fondo en las convenciones pactadas por las partes, por más equitativa que consideren su intervención¹⁴. Claramente el resultado de esta

-
- 5 Subero Isa, Jorge. *Teoría General de las Obligaciones en Derecho Dominicano*. Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo, República Dominicana. 2007. Pág. 122
 - 6 El art. 1134 del Código Civil se refiere a «convenciones legalmente formadas»; en efecto, la ley siempre ha fijado ciertos límites al principio de la autonomía de la voluntad. Larroumet, Christian, *Teoría General Del Contrato*, Tomo I. Santa Fé De Bogotá. Colombia: Editorial Themis 1999, Segunda Edición. Pág. 87
 - 7 Mazeaud, Henri, Mazeaud, Leon y Mazeaud Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda Volumen III, cumplimiento extinción y transmisión de las obligaciones*. (Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1969. Pág. 7
 - 8 «La voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y para determinar sus efectos, es decir, las obligaciones que crea, así como sus modalidades. Dicho de esta forma, no podrá haber contrato sin voluntad; el contrato realiza un equilibrio que es lo que han querido que sean los contratantes y, en principio, nada puede atentar contra él». Larroumet, C., *Teoría General Del Contrato*. Ob. cit. Pág. 85
 - 9 Para los redactores del Código Civil francés este párrafo evocaba la idea del cumplimiento de la palabra empeñada en el contrato, con la intención de honrar las disposiciones del clausulado. De forma que, las cláusulas expresas previstas por las partes eran lo que únicamente se sujetaba a una ejecución leal o de buena fe.
 - 10 «El artículo 1134 del Código Civil dominicano da cabida además a una regla que está íntimamente unida a la autonomía de la voluntad, como es el *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga)». Puello Herrera, Juan. *La autonomía de la voluntad al desnudo* [en línea] [consultado 3 de abril de 2023]. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/autonomia-voluntad-desnudo-644894149>.
 - 11 Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia núm. 1. Fecha: 03 de julio de 2013. Partes: Francisco Antonio Jorge Elías y Clear Water Industries Limited vs. Marina Puerto Bonito, S.A. Decisión: Rechaza. Ponente: Mariano Germán.
 - 12 Así lo plantea la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia Dominicana que «no corresponde a los tribunales modificar las convenciones de las partes contratantes por más equitativa que considere su intervención jurisdiccional». Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sala Civil. Sentencia núm. 1830. Fecha: 27 septiembre 2017. Exp. núm. 2005-2323 Partes: Marina Estebanía Mercedes Espinal vs. Robinson Olivares Núñez. Decisión: Rechaza. Ponente: Francisco Antonio Jerez Mena.
 - 13 La soberanía de la voluntad significa que el contrato debe ejecutarse conforme a lo que han querido las partes. Esto ocurre en primer lugar, en lo concerniente a la interpretación del contrato; por ello los jueces deben utilizar un método que consiste en averiguar la voluntad de las partes y no interpretar las cláusulas claras y precisas, pues, de lo contrario, puede haber lugar al recurso de casación por desnaturalización del contrato. Larroumet, C., *Teoría General Del Contrato*. Ob. cit. Pág. 87
 - 14 «El artículo 1134 del Código Civil, en cuya virtud “las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellas que las han hecho. No pueden

construcción conduce al entendimiento de que el rol del juez es meramente interpretativo del texto del contrato, mas no integrador, como efecto del principio voluntarista.

El trasfondo de esta visión del contrato como intangible o rígido, no es otro que la exacerbada valoración de la manifestación de la voluntad y el rol imperante que esta ejerce aún en el ordenamiento dominicano. Por lo tanto, el contrato resulta ser un instrumento jurídico estricto, que reduce la función del juez a verificar su cumplimiento conforme a la voluntad de las partes, sin poder integrar el contenido del contrato, a la luz de las exigencias de la buena fe y demás principios que rigen la contratación, y que se encuentran tipificados en nuestra legislación.

Así las cosas, el elemento que ha guiado la determinación del alcance de los principios generales plasmados en la normativa dominicana ha sido reducido a la valoración de la ejecución de lo pactado por las partes¹⁵, impidiendo su función integrativa. Esta visión, a nuestro entender reductiva, ha sido influida por la doctrina francesa, partidaria, en gran parte, de una concepción de desconfianza en torno al principio de buena fe. Este hecho se evidencia cuando dicha doctrina explica que la buena fe es un concepto «abstracto y difícil de definir», por lo que pudiera existir una tentación de aprovecharse de su elasticidad para «pedir al juez o al árbitro que ejerza su poder moderador general e incontrolado, lo que acabaría por quitarle el principio mismo de fuerza obligatoria al contrato»¹⁶. En consecuencia, a fin de evitar

que se utilice un poder desproporcionado se ha establecido que el juez puede sancionar el uso desleal de una prerrogativa, mas no intervenir en la sustancia misma de los derechos y obligaciones pactadas por las partes¹⁷.

Bajo ese contexto, la interpretación que ha adoptado la jurisprudencia en relación con estas normas de derecho se ha centrado en atarlas directamente a la voluntad de las partes, impidiendo que los principios jueguen un rol integrativo por fuera de lo pactado por ellas. De aquí que nuestra jurisprudencia defina el principio general de buena fe como un deber de conducta que no debe ser probado, por lo que es medida como un estado de conciencia del sujeto que no implica ni siquiera un comportamiento activo en la realización de sus negocios. En consecuencia, el entendimiento del principio de buena fe elaborado por la jurisprudencia dominicana se sustenta en lo que la doctrina comparada ha denominado buena fe subjetiva¹⁸, con lo que reduce injustificadamente su alcance.

A partir de esta construcción del alcance de los principios generales del derecho se sustenta la idea, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina aplicada en el derecho dominicano, de que la buena fe sirve para verificar el ejercicio de las prerrogativas contractuales, pero no para definir la sustancia del contrato mismo, todo esto en virtud de que, luego de la formación del contrato, este ocupa el lugar de ley entre los contratantes y debe ser seguido por estas¹⁹. Bajo este contexto, aun con la positivización del principio general de

ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”, consagra el principio de la intangibilidad de las convenciones, por lo que no corresponde a los tribunales modificar las convenciones de las partes contratantes por más equitativa que considere su intervención jurisdiccional; que, igualmente, los tribunales no pueden, sin ser pasibles de la censura casacional, determinar pura y simplemente, sin mayor explicación, que una cláusula contractual no tiene una aplicación racional». Suprema Corte de Justicia Dominicana. Sala Civil. Sentencia núm. 3/2008. Fecha: 01 de octubre de 2008. B.J. 1175 Partes: Jaime Bermúdez Mendoza vs. Occifitur dominicana, S. A (Operadora del Hotel Occidental El Embajador). Preside: Rafael Luciano Pichardo. (el subrayado es nuestro).

15 De conformidad con la interpretación del art. 1134 inciso 3.

16 Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent y Stoffel-Munck, Philippe, *Les Obligations*, París. Francia: Ediciones LGDJ, 6ta edición. 2013. Págs. 373-374

17 *Ibidem*.

18 El concepto de buena fe en su acepción tanto objetiva como subjetiva, es estudiado por la profesora Martha Lucia Neme, la cual define la acepción subjetiva del principio de buena fe como la convicción íntima de no dañar derecho ajeno, en contraposición, presenta la acepción objetiva de la buena fe, como un comportamiento que se adecua a los valores del principio, es decir, aquella que «se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado». NEME VILLARREAL, Martha. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: Revista de Derecho Privado Universidad Externado, No. 17, 2009. Págs. 49-50.

19 Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent y Stoffel-Munck, Philippe. *Ob. Cit.*, pág. 373-374.

buena fe, no se le ha asignado un carácter amplio, sino limitado y sujeto a la voluntad estricta de las partes, sin consideración de los demás valores del principio, siendo la jurisprudencia enfática en la visión de que, lo único amparado por el principio general de la buena fe es el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que han sido pactadas por los contratantes²⁰.

Estos planteamientos nos llevan a plantear que la jurisprudencia dominicana le ha asignado un rol preponderante al contrato, en su acepción de ley, y la ley material en el momento de la integración del contrato. En ese sentido las normas de carácter diverso, como los principios generales del derecho, tienen un rol secundario, sujeto a la voluntad de los contratantes. En consecuencia, se limita la intervención de los jueces en la integración de los derechos y obligaciones propios del contrato, pues se entiende que el intérprete no puede intervenir en el contenido de las obligaciones pactadas cuando quiera que el contrato esté legalmente celebrado²¹. El panorama descrito permite colegir que la convención formada, al ampararse en la autonomía privada, es rígida e intangible, y se autointegra únicamente por lo previsto en el contrato y la ley material. Sin embargo, debemos preguntarnos si el carácter asignado a las normas de carácter distinto a la ley se encuentra en consonancia con las exigencias propias del modelo de Estado adoptado por el ordenamiento dominicano.

2. El Estado dominicano es considerado constitucionalmente como un Estado social y democrático de derecho a partir de la

promulgación de la Constitución del año 2010, lo que implica la transformación del sistema de fuentes y permite entender el nuevo rol del juzgador para el ordenamiento²².

El Estado Dominicano se erigió como Estado social y democrático de derecho a partir de la reforma constitucional del año 2010²³. La adecuación a este modelo implicó una reforma integral en la concepción de la relación sociedad-Estado, puesto que, anterior a esta, las constituciones dominicanas adoptaban exclusivamente el modelo de Estado derecho²⁴.

El modelo de Estado de derecho se caracteriza por la dirección y gobernanza de la ley, en sentido estricto, como garante de las libertades fundamentales de los ciudadanos. Este modelo de Estado, característico del siglo XIX, es regido por la preponderancia de la ley a través de un estricto principio de legalidad²⁵. En ese orden de ideas, se colocaba en el centro del ordenamiento a la ley formal, en su visión estricta o exegética, y la seguridad que esta ofrece a los ciudadanos para el acceso igualitario a la justicia brindada por el Estado.

Las constituciones que propugnaban este modelo seguían un patrón alineado con las codificaciones decimonónicas civiles de la época, en función de que ambos cuerpos normativos declaraban la igualdad formal de los ciudadanos en todas sus relaciones. En consecuencia, la garantía del ordenamiento se sustentaba en la libertad de los ciudadanos para concurrir en sus relaciones jurídicas partiendo desde el mismo punto de

20 Este criterio ha sido expresado por la Suprema Corte de Justicia Dominicana, la cual en ocasiones ha reprochado la acción del demandante en el ejercicio temerario de la acción en justicia que en el caso se tipificaba en un ejercicio de mala fe, lo que constituía «una evidente trasgresión a la letra del último movimiento del artículo 1134 del Código civil que aconseja que la ejecución de las obligaciones debe llevarse a cabo de buena fe». Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia núm. 1. Fecha: 03 de julio de 2013.

21 Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent y Stoffel-Lunck, Philippe. Ob. Cit., pág. 373-374

22 A los fines de esta investigación tomaremos como referencia la Constitución Dominicana del año 2010, cuando planteemos el cambio de paradigma de Estado de Derecho a Estado Social y Democrático de Derecho, en función de que la Constitución vigente del año 2015 solo modificó el régimen electoral del Poder Ejecutivo, lo cual no presenta relevancia para la presente investigación.

23 El artículo 7 de la nueva constitución tipificaba de manera expresa la acogida del Estado Dominicano al modelo social y democrático de derecho, estableciendo que: «La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos».

24 Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Volumen II. Santo Domingo: República Dominicana: Ius Novum. 2da Ed. 2012. pág. 635

25 Villar Borda, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. En: Revista Derecho del Estado, UExternado. No. 20, diciembre 2007. Pág. 78.

partida, la igualdad ante la ley. En función de esta premisa, el rol del Estado era pasivo, interviniendo únicamente cuando se violentaba la libertad de los ciudadanos garantizadas por este o se violaba la igualdad formal que aseguraba la ley²⁶.

Bajo este modelo constitucional las relaciones civiles eran gobernadas por la voluntad, que formalmente se materializaba como libre, plena e inviolable²⁷. Esta visión de exclusiva garantía de libertad formal permite entender la interpretación que el ordenamiento asignó al artículo 1134 del Código Civil dominicano que codifica la libertad de las partes para hacerse de su propia ley; y la cual resulta protegida con la garantía estatal del cumplimiento a través de todos los mecanismos de coacción que este disponía, siempre y cuando no se cercenara la libertad de otros sujetos²⁸.

Sin embargo, aunque esta política liberal, de *laissez faire*, consiguió conquistar las aspiraciones burguesas de igualdad²⁹, a partir de los eventos históricos que definieron el siglo XX, como las guerras mundiales y las crisis económicas y políticas, se colocó en evidencia que la igualdad ante la ley no aseguraba a los ciudadanos el acceso a los derechos de forma equitativa. De

aquí que, los reclamos sociales proliferaran en la defensa del desplazamiento de la ley como centro del ordenamiento, para colocar al ser humano en su lugar, erigiéndolo como el fin en sí mismo de la sociedad.

Fruto de estos reclamos surge una nueva concepción del Estado donde se plantea como social y democrático de derecho. En este tipo de modelo el Estado asume un rol activo que no solo procura el acceso igualitario a la ley material y la libertad de autorregulación de las relaciones entre las partes, sino que se ocupa de colocar al ser humano en el centro de las relaciones sociales a través de derechos cuya garantía es protegida por este, como la dignidad, la salud, el medio ambiente³⁰. De esta forma se propugna la intervención del Estado en lo económico y en lo social, lo que conduce a la superación de la dicotomía Estado-sociedad y ambos aparecen estrechamente vinculados³¹.

El Estado dominicano no estuvo ajeno a estas realidades, sino que vivió la transformación que conllevaba el paso de un Estado de derecho a un estado social y democrático de derecho. Como efecto de la adopción de este modelo el epicentro

26 La fuerza coercitiva del Estado se manifestaba en el orden constitucional solo para proteger las libertades del ciudadano y los derechos básicos que fundaban la sociedad, como la propiedad. En el caso de las legislaciones civiles el rol pasivo del estado era similar, puesto que, su intervención sucedía en la etapa de formación de los contratos para velar por el acceso a la herramienta contractual de manera libre, voluntaria y sin transigencia al ordenamiento social, como se planteó en el capítulo 1. De manera que, el Estado como regulador del ordenamiento constitucional y civil tenía un rol pasivo donde solo intervenía en los casos de que alguno de estos supuestos fuera vulnerado.

27 Esta visión, la cual ayuda a materializar el objetivo de las revoluciones burguesas y la formación de los estados nación en el siglo XIX, permitía la emancipación de los vínculos aristocráticos característicos de los estados monárquicos. En ese sentido la ley pasó de proteger a los ciudadanos en función de su estratificación, a proteger a los ciudadanos de manera amplia en igualdad de condiciones. De aquí que, el principio que determina la estructura de la sociedad postrevolucionaria es uno solo: el principio jurídico y político que afirma la igualdad de todos frente al derecho, por lo tanto, el derecho moderno (postrevolucionario) no es otra cosa que el derecho de la igualdad formal. Rodríguez Olmos, Javier M. *Más allá del contrato por medio del contrato: transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización*; En: Neme, Martha Lucia. *Autonomía Privada Perspectiva del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Colombia: Universidad Externado. 2018. 978-958-790-046-0. Pág. 150.

28 En palabras de Eduardo Jorge Prats, se trataba de un Estado en el cual existía un reinado absoluto de la voluntad, donde en la sociedad no reinaba la anarquía sino el orden autorregulado «por reglas de un mercado de coerción jurídica». Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Volumen II. Ob. Cit. pág. 640-642

29 La cual es el fundamento de los estados-nación recién formados de la época, por permitir esta la implementación del sistema capitalista que fomentaba la idea del libre mercado y por lo tanto el desarrollo «igualitario» de todos los sujetos de la sociedad. Rodríguez, Javier M. *Más allá del contrato por medio del contrato: transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización*; Ob. Cit. Pág. 151.

30 En este nuevo modelo la ley como producto de la omnipotencia parlamentaria deja de ser la figura rígida y superior dentro del ordenamiento, siendo desplazada por el rol de la constitución como norma suprema. Así las cosas, los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución, pero no como una mera relación jurídica impuesta, sino como «un compromiso con los valores constitucionales, porque la Constitución deja de ser considerada como una norma meramente programática y se convierte en el eje del sistema político al señalar las reglas básicas de juego aceptadas por todos que permiten el desarrollo social integral», todo esto en vía de colocar al ser humano en el epicentro del ordenamiento a través de una igualdad no solo formal sino real. Alonzo de Antonio, José Antonio. *Principios, valores y fines de la Constitución Dominicana*; En: González-Trevijano, Pedro y Arnaldo Alcubilla, Enrique. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*. Madrid: España. 2012. Primera edición. Pág. 239

31 Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Volumen II, Ob. Cit. 664

del ordenamiento jurídico se transformó y, en lugar de ser la ley material, pasó a ser el ser humano, sus relaciones con sus pares y la efectividad de sus derechos frente a estos y el ordenamiento. A tal efecto, la Constitución dominicana, en miras a lograr este objetivo, ha establecido una serie de mecanismos de protección denominados garantías de los derechos fundamentales³², las cuales se materializan a través de procedimientos especiales de protección, así como una jurisdicción especial para ello³³.

Sin embargo, la tutela efectiva de los derechos fundamentales no se agota, ni resulta eficaz, cuando se reduce al ámbito de las acciones judiciales que promuevan el cese de su vulneración, como sucede con las figuras tradicionales previstas en la Constitución dominicana³⁴. La tutela efectiva requiere una verdadera inserción de los derechos en todos los ámbitos del ordenamiento y su protección no solo de carácter resarcitoria sino preventiva y restaurativa. Por lo tanto, es necesario «que los jueces apliquen, los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales en todo tipo de procesos que ante ellos se sustancien, de acuerdo con su

carácter de normas superiores del ordenamiento jurídico, bien utilizándolos directamente para la resolución de controversias, bien interpretando las restantes normas conforme al contenido de dichos preceptos constitucionales»³⁵.

En consecuencia, en este nuevo sistema el operador jurídico no es sólo un guardián de la aplicación estricta de la ley, como se planteó originalmente por la doctrina y codificación decimonónica, sino que se convierte en un activo creador del derecho³⁶ con el objetivo de materializar el efectivo despliegue de la tutela de los derechos de los ciudadanos³⁷. En ese sentido, en el momento de la acción judicial, con el objetivo de lograr la garantía efectiva de los derechos, el juzgador y los juristas, están obligados a utilizar como herramientas los preceptos constitucionales relativos no sólo a las garantías fundamentales, sino a todas las normas que orbitan en el ordenamiento y, fundamentalmente, a los principios generales del derecho, los cuales, en sentido amplio, comparten el objetivo de la ley asignado en la Constitución³⁸. De modo que el rol hegemónico de la ley formal que se erigía como fuente principal del Estado de derecho queda

-
- 32 El capítulo II, del Título II, de la Constitución Dominicana del 2015, contiene el título de las garantías de los derechos fundamentales, podemos resaltar los artículos 68 y 69, denominados garantías de los derechos fundamentales y tutela judicial efectiva y debido proceso, respectivamente, donde se enuncian las prerrogativas que servirán para garantizar los derechos fundamentales.
- 33 Lopez Guerra, Luis. *La Constitución de la República Dominicana en el Contexto del Constitucionalismo Actual.*; En: González-Trevijano, Pedro y Arnaldo Alcubilla, Enrique. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana.* Madrid: España. 2012. Primera Edición. pág. 5-20. pág. 16.
- 34 Giovanni Piori Posada, establece que la efectividad de la tutela judicial resulta de que esta brinde, a través del proceso, un amparo de los derechos de manera adecuada y oportuna. De forma que esta deber ser idónea, en función de que el proceso permita proteger el derecho tutelable a través de los medios propuestos para ello; y a su vez material, como efecto de reconocer que entre la necesidad de protección y el remedio existe una relación directa, de modo que el ordenamiento debe dar respuesta frente a la lesión o amenaza de lesión de un derecho con el objetivo de salvaguardarlo. De ello resulta que el juez como interprete material aplique las herramientas previstas por el ordenamiento sin que estas resulten un obstáculo para la protección del derecho tutelable. Piori Posada, Giovanni. «Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos». *Revista ius et veritas*, 49 (2014):158-159.
- 35 Sarazá Jimena, Rafael. *La Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.* Tirant Lo Blanch. Valencia: España, 2011. Pág. 143.
- 36 Cuando la parte demandada o demandante frente a cualquier escenario presente la cuestión relativa a los derechos fundamentales en el proceso ordinario, el juez está obligado a analizar estas cuestiones, teniendo como norte la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Esto se debe al rol que le asigna el ordenamiento como garante esencial de la constitución. Por lo que no se podrá escudar en que este no es juez fundamental y mucho menos desconocer derechos fundamentales, sino que debe prever que realmente sean aplicados estos derechos. Sarazá Jimena, Rafael. *La Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.* Ob. Cit. Pág. 150
- 37 Lopez Guerra, Luis. *La Constitución de la República Dominicana en el Contexto del Constitucionalismo Actual.* Ob. Cit. pág. 16.
- 38 La constitución dominicana integra al ordenamiento principios que aseguran el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales en distintos ámbitos de aplicación. Tomemos por ejemplo las exigencias establecidas en el art. 75 numeral 10, que se refiere al principio de solidaridad social, en cuanto principio conforme al cual ha de actuarse en el tema de los deberes fundamentales de tal modo que se debe responder con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Principios en lo que se sustenta el régimen económico cuya base es la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad. Alonzo de Antonio, José Antonio. Principios, valores y fines de la Constitución Dominicana; Ob. Cit. Pág. 270-271.

desplazado y a la vez se supera la posición de que la función del juez se reduce a ser «boca de la ley» y aplicar únicamente el derecho, concebido como «ley»³⁹.

Por tales motivos, frente a una casuística cuyo origen sea un contrato, el rol del juez no se limita exclusivamente a lo previsto por las partes, basado en la premisa de la «intangibilidad de las convenciones», ni debe reducirse a la interpretación de las cláusulas ambiguas, sino que debe hacerse sobre todo el contrato, incluso respecto a las convenciones aparentemente claras⁴⁰. Esto conlleva a que el juez se vea obligado a poner en conexión la totalidad del texto contractual, con la función del contrato y el ordenamiento en general⁴¹.

Así las cosas, la contratación privada no es ajena a los efectos de los derechos fundamentales, sino que se ve impregnada de sus valores y exigencias. Por lo tanto, las partes inmersas en las relaciones jurídicas privadas tienen el derecho de exigir la tutela efectiva de sus derechos fundamentales tanto por la vía preventiva de su observancia en el contenido

mismo de las obligaciones contractuales, como en la tutela de su preservación dentro del desarrollo del contrato, a través de la integración de las obligaciones que emanan de estos derechos⁴² y de los principios generales del derecho por compartir en su núcleo los mismos valores. De manera que, tanto el jurista que elabora el texto contractual, como el que lo interpreta, así como el juez que resuelve las controversias que este pueda suscitar, tienen la obligación de prevenir la transgresión de las obligaciones derivadas de estos derechos, de inhibirla, de suspenderla y en el ámbito judicial de aplicar las garantías ordinarias previstas para tutelar los derechos fundamentales y su protección efectiva, puesto que, es su rol en el ordenamiento jurídico; y en el caso del juez ordinario lo erige como juez natural de los derechos fundamentales⁴³ y, consecuentemente, como garante activo del cumplimiento y respecto efectivo de estos derechos.

De forma que, en el imaginario del juzgador dominicano, específicamente en la rama civil, existe una dualidad de tareas, puesto que en un

39 Luisa María Balaguer Callejón, se refiere a estos sistemas como sistemas en donde existía una idea de plenitud del ordenamiento, donde ante la cualquier laguna que pudiera aparecer frente al ordenamiento, éste por sí mismo, se auto integraba aplicando otras leyes que lo componían. De este modo la ley servía como respuesta a todos los supuestos de hecho planteados ante el juez. Sin embargo, esto presentaba paradojas debido a que «justamente la pretensión de que el Derecho positivo pudiera ofrecer respuesta a todas las cuestiones que requerían una solución jurídica, es lo que plantea el problema de las lagunas en el Derecho, al que se ofrecieron diversas respuestas orientadas a debatir la existencia de lagunas o a suplirlas para garantizar la plenitud del ordenamiento», de modo que la idea de que el ordenamiento era completo o completo con las normas que pertenecían a el mismo resultaba contradictorio. Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos. Madrid: España 1997. Pág. 121.

40 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 07 de febrero del 2008, expediente 2001-06915-01, MP. Willam Namen, esta sostuvo que «la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado "por claro que sea el tenor literal del contrato» (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni «encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...» (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656)".

41 Las fuentes del derecho se conciben actualmente como «tipos normativos por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento». Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Ob cit. Pág. 115

42 Esto implica que, dentro de la esfera de la autonomía privada, la cual si bien es reconocida como un derecho fundamental no es absoluta, irradian otros derechos de la misma categoría como la dignidad humana o el derecho a la igualdad. La Dra. Martha Neme explica como conviven estos derechos en su artículo La prohibición de discriminación contractual un asunto de dignidad humana, de democracia y justicia, al plantear la hipótesis de que la autonomía privada no es absoluta y hoy en día convive con los derechos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto implica que se prohiban comportamientos tendentes a la discriminación contractual, no solo en el ámbito de la contratación masiva o de consumo, sino dentro del ordenamiento general. Por lo tanto, el Estado, con el objetivo de cumplir su rol de garante de la vida en sociedad, debe tutelar el derecho a la no discriminación imponiendo así la contratación a aquellos sujetos que fundamentados exclusivamente en su libertad contractual omiten de contratar con otros individuos sobre la única base de su apreciación de origen étnico, religioso, su orientación sexual, sin ningún respaldo objetivo. De forma que, evidenciamos como los valores constitucionales realmente se vuelven derechos verdaderamente subjetivos y capaces de ser exigidos. Neme Villarreal, Martha Lucia. La Prohibición De Discriminación Contractual Un Asunto De Dignidad Humana, Democracia Y Justicia. Pendiente de publicación en la Revista De Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

43 Julio Estrada, Alexei, *La Eficacia De Los Derechos Fundamentales Entre Particulares*. 1era Ed. Bogotá: Colombia, UExternado, 2000. pág. págs. 104 y 142

extremo se encuentra la proclama de un sistema cerrado o autointegrado donde es simplemente aplicador de la norma, mientras que, en el otro, el ordenamiento constitucional le asigna un rol garantista y creador de tutelas efectivas del derecho. Frente a esta aparente contradicción del rol de juez frente al contrato, debe prevalecer el orden constitucional que expresamente confía al juez la tarea de la búsqueda de la efectividad del cumplimiento de los derechos⁴⁴. Más aún cuando se le presenta una hipótesis en donde la aplicación de la norma escrita contraviene los preceptos de aplicación integral de los derechos o los valores fundamentales que cimentan el ordenamiento⁴⁵.

Por todo esto, es que nuestro ordenamiento, como efecto de la irradiación constitucional y la garantía efectiva de los derechos fundamentales, debe entender el concepto de ley para retornar a la concepción de esta como *ius*⁴⁶. Lo que quiere decir superar el concepto de ley en sentido estricto, para entender que el derecho trasciende

el estrecho marco de la ley, al nutrirse de un amplio núcleo de valores y preceptos contenidos no solo en la ley, sino en los principios generales del derecho, en los principios constitucionales, en las cláusulas y reglas que los desarrollan, en los tratados internacionales, en los derechos humanos, etc., los cuales se orientan a la solución de los problemas jurídicos de acuerdo con los supuestos particulares de cada caso. El sistema así se concibe como abierto, tal y como lo regía en la tradición clásica romana, donde este estaba nutrido no solo por la *lex* (...), sino por una serie de valores expresadas en los principios: *aequitas*, *bona fides*, *libertas*, *humanitas*, nutrida por el pensamiento de los juristas e incluso por las controversias que entre ellos se suscitaban⁴⁷.

Así las cosas, el sistema no puede ser concebido como intangible donde el contrato en su acepción de ley es la única herramienta capaz de ser utilizada por el intérprete para dirimir el conflicto contractual. En virtud de que, «todo el derecho no

44 No obstante, en sistemas en los cuales se concibe la ley material como fuente central de la creación de obligaciones el rol juez activo del juez, como garante efectivo de los derechos y no como simple aplicador de la norma, resulta difícil de materializar, toda vez que, como expuso el profesor Fernando Hinestrosa, «la inercia y el peso de la tradición hacen que prive la mentalidad antecedente y que, por lo mismo, de hecho rijan, paralelamente, leyes que corresponden a otro pensamiento y otro estilo, ya superados, junto con los cánones y principios nuevos y, lo que es más grave, que las leyes y códigos anteriores se sigan interpretando y aplicando con el criterio obsoleto, que, inclusive, llega a imperar en el propio entendimiento de las nuevas Constituciones». Lo que conlleva a que si bien en sistemas como los expuestos aplica los derechos fundamentales cuando las partes así lo requieran, no es menos ciertos que son reservados con la aplicación de normas provenientes de otras fuentes, en respeto a la tradición civil decimonónica y el apego ciego a la norma escrita, materializada en reglas como el *principio de intangibilidad de las convenciones* expuesto en el capítulo I. Hinestrosa, Fernando, «Los principios generales del derecho: Aplicación y perspectivas», en *Revista de derecho privado* n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero / junio 1997. Pág. 12

45 Con el objetivo de cumplir con esta tarea el juzgador debe aplicar los derechos estipulados en el denominado Bloque de Constitucionalidad, instaurado mediante en República Dominicana por primera vez por medio de la Resolución No. 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia, instaurado constitucionalmente a través del artículo 74.3 de la Constitución Dominicana promulgada en el año 2010, así como en el artículo 7 numeral 10 de la ley 137-11 del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. Esta figura ha sido definida por el Tribunal Constitucional Dominicano en su sentencia TC 0095/15, como el conjunto de derechos que, «pese a no encontrarse contenidos en la Constitución dominicana, son reconocidos como tales [...]». Se trata de los derechos humanos que figuran en los tratados, pactos y convenciones internacionales, que han sido suscritos y ratificados por el Estado dominicano. En efecto, la misma Carta Magna otorga rango constitucional a esos derechos, convirtiéndolos en fundamentales, en virtud de la norma del artículo 74.3, que dispone lo siguiente: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado». Este conjunto de derechos debe ser aplicado conforme a los distintos principios que orientan la justicia constitucional, dentro de ellos el de favorabilidad, lo que para el Tribunal Constitucional Dominicano, de acuerdo con su sentencia TC 0101/20 significa que «(i) todo juez...está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada; (ii) la Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental; (iii) ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada, en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales»; así como por la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-225-95, como «aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución».

46 Expone la profesora Martha Neme en su artículo «La importancia de la tópicica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes», que el *ius* es definido como el conjunto de conocimientos teóricos, capacidades prácticas y actividades necesarias exigidas para la materialización del derecho, de forma que se evita la sujeción a la ley formal o a las decisiones de los jueces, para sujetar al «derecho», es decir que el modelo está llamado a aplicar aquello que reúne las características de lo que es «*bonum et aequum*, esto es, la mejor solución posible y por ende la racional, e igual en el sentido de igualdad proporcional» para las partes. Ver Neme Villarreal, Martha. *La importancia de la tópicica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes*. Revista De La Facultad De Derecho PUCP N. 80 DE 2018. Pág. 50

47 Ver Neme Villarreal, Martha. *La importancia de la tópicica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes*. Ob. Cit.

está encerrado dentro de la legalidad; y alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de estándares, en los cuales distingue muy justamente los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de super legalidad (...)»⁴⁸, cuya aplicación garantiza realmente la aplicación material de la igualdad del derecho.

Por lo tanto, en miras a lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales y la materialización de los valores constitucionales, el juez no puede reducir su labor a la tradicional función interpretativa de la norma que se le había asignado, sino que debe desempeñar un rol de creador del derecho y dar soluciones a los casos concretos sobre la base de los valores constitucionales de un Estado social y democrático de derecho⁴⁹.

Todo este proceso de ajuste de la normatividad a las nuevas realidades y a las exigencias de justicia social y, en nuestro caso en particular, a la materialización de la función social del contrato, supone comprender el sistema jurídico como un sistema abierto, regido por la supremacía de la Constitución la cual no se compone exclusivamente de los preceptos constitucionales, sino también del marco amplio del bloque de

constitucionalidad, armonizado en consonancia con todos los principios constitucionales, los derechos fundamentales, los principios generales del derecho y la jurisprudencia constitucional, los cuales integran las disposiciones constitucionales, y lo que convierte estas categorías en fuente del derecho⁵⁰.

3. En el Estado social y democrático de derecho el contrato está destinado a cumplir una función social, por lo que no se circunscribe únicamente a la autonomía dispositiva de las partes, sino que ha de responder a las exigencias del ordenamiento.

A partir de la nueva concepción de Estado y bajo el contexto de supremacía de la Constitución, los operadores jurídicos están llamados a partir de los preceptos dictados en esta como guía y orientación para redefinir la tarea de integración del contrato. Como primera herramienta de integración del contenido contractual, el operador debe mirar a la sección preliminar o preámbulo⁵¹ de la Constitución que enuncia los «valores y principios» supremos sobre los cuales se sustenta la sociedad dominicana. Estos valores como normas programáticas se convierten en vinculantes para los operadores jurídicos⁵², pero por su carácter abstracto se materializan en el ordenamiento mediante las reglas que los

48 Suprema de Justicia Colombiana. Sentencia de Casación Civil. de. 20 de mayo de 1936. G.J. XLIII, 47-48, reiterada en La sentencia de la Corte Suprema De Justicia Sala de Casación Civil, de 7 de octubre de 2009, citadas por NEME Villarreal, Martha. *El Rol de los Principios en la Integración e Interpretación de las Fuentes del Derecho: La Disyuntiva Entre Autointegración o Heterointegración*. En: Barcia Lehmann y Otros. (2020). REFLEXIONES JURÍDICAS Vol. VI Primera Parte. Quito: Ecuador. 2020. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Pág.180

49 La profesora Martha Neme expone en su artículo Tópica y Jurisprudencia la necesidad de que, en el derecho contemporáneo, donde la tutela efectiva de los derechos de la persona se exige al jurista en general un cambio de mentalidad, «hacia una concepción no positivista del derecho que, por el contrario, privilegia la realidad inherente al derecho y permita la recuperación del propio rol del jurista en la elaboración del *ius*». Así mismo plantea que, «en este proceso de recuperación de lo que significa una verdadera tutela efectiva de los derechos, resulta sustancial el rol de las cortes o salas constitucionales de los tribunales encargados de juzgar la constitucionalidad de la ley». Neme Villarreal, Martha. *La importancia de la tópica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes*. Ob. Cit. Pág. 78.

50 En todo este proceso de transformación de un sistema auto integrado a uno hetero integrado se debe destacar el rol que juegan los derechos fundamentales «que han dejado de ser aspiraciones políticas o directrices no vinculantes, como lo eran en el siglo XIX, para convertirse en un sistema de preceptos destinados a garantizar su tutela, que como derecho subjetivo su titular tiene derecho a exigir y, cuya efectiva protección sólo puede entenderse desde la lógica de un razonamiento por principios en un sistema jurídico abierto». Neme Villarreal, Martha. *El Rol de los Principios en la Integración e Interpretación de las Fuentes del Derecho: La Disyuntiva Entre Autointegración o Heterointegración*. Ob. Cit. Pág. 157.

51 La sección preambular es un rasgo de la mayor parte de los cuerpos constitucionales que rigen los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

52 El Tribunal Constitucional Dominicano en distintas ocasiones ha determinado el carácter vinculante de los valores constitucionales previstos en el preámbulo constitucional, a título de ejemplo podemos citar la posición con relación al valor de la igualdad donde en la sentencia TC/0159/2013 estableció que «la igualdad es descrita dentro de los valores supremos y principios fundamentales del ordenamiento jurídico dominicano. En consecuencia, toda situación desigual [...] resulta incongruente con el ordenamiento constitucional»; su posición relativa al valor de la solidaridad en la sentencia TC/0357/15 donde ha sostenido que «el valor de la solidaridad que anuncia el preámbulo de la Constitución refuerza la obligación de la distribución equitativa de los recursos públicos en el territorio»; Así como también se ha referido a la proyección normativa del valor de la dignidad humana en las sentencias TC/0059/13 y TC/0081/14.

desarrollan⁵³. De modo que, su concreción como normas imperativas se realiza a través de los distintos principios y derechos constitucionales que les materializan⁵⁴.

Al reconocer la irradiación de los valores constitucionales sobre el ordenamiento, debemos abrir la reflexión acerca de la comprensión en el ordenamiento civil del rol de los principios generales del derecho allí plasmados, como la buena fe y la equidad. Esta relectura debe ser guiada conforme al criterio de coherencia⁵⁵ a través del cual se articulan los valores de dichos principios con los del ordenamiento constitucional, a fin de colocarlos en armonía. Como efecto de dicha armonización comprendemos que estos no pueden entenderse bajo la función residual que les fuere asignada al momento de la codificación decimonónica, por la desconfianza del interprete en su aplicación⁵⁶, sino que deben ser ponderados, poniendo a un lado el individualismo jurídico y aplicando los efectos de estos principios de manera general

a los contratos, toda vez que en su núcleo alojan valores similares a los compartidos en el preámbulo constitucional⁵⁷.

Al tenor de estas ideas al momento de atender al cumplimiento a las obligaciones contractuales se debe superar la visión de que la buena fe opera exclusivamente sobre la ejecución del contrato y que la equidad tiene carácter subsidiario. En consecuencia, debemos acuñar para nuestro ordenamiento el sentido de la buena fe de forma objetiva, que responde a los valores de lealtad, honestidad, coherencia, entre otros, y al respeto de las reglas que plasman su aplicación concreta, lo que en conclusión apunta a una expresión de su función integradora. Así las cosas «ejecutar conforme a buena fe» implica que el clausulado se componga no solo de los dispuesto por las partes, sino, que este se integre con las obligaciones que emanen de los principios y demás valores que integran el ordenamiento⁵⁸. De aquí que, la buena fe «no solo obliga a lo fijado en la convención, sino

- 53 El derecho civil hoy en día se aborda desde la Constitución, siendo esto una forma «de apreciar el derecho civil en virtud de la cual la norma constitucional aparece como la razón primaria y justificante, aun cuando no la única, de la relevancia jurídica de las relaciones personales y socioeconómicas, y constituye parte integrante de la normativa sobre la cual tales relaciones se sustentan. En tal sentido, la Constitución Política no es solamente norma hermenéutica, sino regla de comportamiento idónea para incidir sobre el contenido de las relaciones subjetivas en atención a nuevos valores». Franco Vitoria, Diego. Conferencia dictada por el autor el 29 de septiembre de 2009 en desarrollo del II Encuentro del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina, en la Universidad Externado de Colombia. Pág. 5.
- 54 Catalina Botero plantea que, si bien los valores expresados en el preámbulo constitucional constituyen la razón de ser de las normas y estos cuentan con un carácter vinculante, por su carácter abstracto no son suficientes para determinar una decisión del operador jurídico, sino que sirven de guía y orientación para el operador al momento de dirimir la tensión entre dos normas de carácter constitucional. BOTERO MARINO, Catalina. «El valor normativo del Preámbulo de la Constitución». En: TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier. *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Cuadernos y Debates 113, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2001. Pág. 131. No obstante, nosotros sostenemos que, a pesar de su carácter abstracto, estos, al igual que los principios expresamente consagrados en el cuerpo de la Constitución, poseen una propia fuerza normativa, que se expresa en las reglas que constituyen su desarrollo, de manera que integran la totalidad del ordenamiento con fuerza vinculante.
- 55 Este criterio establece que, «una norma debe ser interpretada en el sentido que coincida con los principios esenciales del sistema, contenidos en la constitución integrada por el bloque de constitucionalidad y cuya interpretación ha de realizarse de manera consistente en los casos análogos, de forma que promueva la unidad del ordenamiento jurídico en el marco del sistema». Neme Villarreal, Martha. «Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus: Tensiones entre los Principios De Buena Fe Y Autonomía Contractual»; EN: Soriano Cienfuegos, Carlos. *Pacta Sunt Servanda Y Rebus Sic Stantibus Desarrollos Actuales Y Perspectivas Históricas*. México: Ciudad de México. 2014. Pág. 10.
- 56 Cabrillac, Rémy. *El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos*. En Revista de Derecho Themis. Pontificia Universidad Católica de Perú. Núm. 70, 2016.
- 57 Alrededor de los principios generales del derecho como el de la buena fe, existe consenso social sobre los valores que lo componen como los son la lealtad, la corrección, el equilibrio, la honestidad, la diligencia, la transparencia, la protección de la confianza etc.; valores que subyacen en las reglas generales que emanan del principio. Neme Villarreal, Martha. «Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico». EN: Cortes, Edgar; Gonzalez de Cancino, Emilssen; y Navia Arroyo, Felipe. *Estudios de derecho civil, en memoria de Fernando Hinestrosa, Tomo I*. Bogotá: Colombia. 2014. Pág. 317. Todo lo cual resulta predicable de ordenamientos como el dominicano.
- 58 Es de destacar la labor del Grupo para la Armonización del derecho en América Latina (GADAL), los cuales a través de una propuesta de código marco para las obligaciones, cuyo objetivo es funcionar como herramienta de unificación contextual para el subsistema latinoamericano, reconoce de forma amplia la función de los principios generales del derecho como conceptos capaces de articular el conjunto de valores que compone nuestro subsistema, lo cual permitiría la actualización del mismo a través de la integración de las obligaciones que emanan de las reglas que responden a los valores orientadores de dichos principios. En ese sentido podemos ampliar en: Neme Villarreal, Martha Lucia. «La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana» (GADAL). En: Europa e America Latina due Continenti, un solo diritto. Unità e specifi cità del sistema giuridico latinoamericano. Antonio Saccoccio - Simona Cacace, Torino: Giappichelli editor Editore, 2020. Págs. 152-186.

a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente»⁵⁹.

Estas ideas entonces infieren que la concepción conforme a la cual la «autonomía de la voluntad» posee la fuerza omnipotente e inmutable de imponerse a los contratantes ha cambiado. Esta se ha transformado en «autonomía contractual» principio que reconoce la valía y supremacía de otros principios como la buena fe, cuando las disposiciones contractuales transgreden valores constitucionales, derechos fundamentales, valores del principio de buena fe o de los principios que integran el ordenamiento, tales como la igualdad, la prohibición de discriminación, la equidad, la dignidad humana. Esto no quiere decir que el principio de autonomía se vea aniquilado, por el contrario, este mantiene su rol central dentro del ordenamiento civil, como efecto garantista del sistema de mercado en el que vivimos. Lo que ha variado es la concepción de su análisis, puesto que, hoy en día este no se valora de forma aislada, sino que debe ponderarse en armonía con las demás fuentes normativas, tales como el ordenamiento constitucional y los principios generales del derecho, entre ellos la buena fe y la equidad. Todo ello en miras a responder la finalidad esencial de este modelo de Estado al que se sujeta el ordenamiento, que impone la tutela efectiva de los derechos de la persona y como efecto de la heterointegración del sistema que este supone.

Por otra parte, se debe reconocer que la armonización del texto con el ordenamiento deriva de la transformación de la categoría jurídica del contrato y la condición de los sujetos de derecho que intervienen en este, desde la emisión del Código Civil Dominicano. Debido a que, al momento de la expedición de los códigos decimonónicos, el contrato era visto únicamente como un instrumento jurídico al cual las partes se debían por el compromiso de su palabra, sus efectos eran aislados del contexto social y restringidos a la esfera privada e individualista del sujeto. Hoy en día el centro de gravedad del contrato no es el consentimiento, sino el intercambio económico⁶⁰, lo que permite entender que, el contrato pasó de ser un instrumento de exclusiva relación interpersonal a una relación de cooperación en la que la satisfacción de los intereses de las partes es el fin último en orden a la protección de la economía en la sociedad.

Es por todo esto que hoy en día es necesario armonizar el contrato con nuestro ordenamiento constitucional, lo que implica que el operador, al momento de realizar su labor hermenéutica, adecue el texto al contexto económico, sociopolítico y cultural en el que se desarrolla. Todo esto en vista del impacto que provoca la categoría de contrato en la sociedad, en los mercados en que surte sus efectos, en el contexto ambiental y social de los sujetos sobre los cuales irradia la categoría; por lo que hoy ya no se sitúa el contrato únicamente en la esfera personal, sino que se habla de su función social y ecológica⁶¹. Esto nos permite abordar el contrato más allá de la tipicidad utilizada por las

59 Neme Villarreal, Martha. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. Ob. Cit. Pág.90

60 Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen II. 1era Ed. Bogotá: Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág133

61 En este contexto la función social del contrato se erige en una limitación al poder de reglamentación absoluto de la autonomía privada, a través de cuyo concepto se garantizan los intereses colectivos del contrato sobre los intereses particulares, en virtud de su impacto en la economía y la sociedad. De forma que, bajo esta función se trata de evitar la materialización de las desigualdades consecuencia de un fallo en el sistema, las cuales, de no ser reguladas por el Estado constituirían una legalización del dominio del contratante con mayor poder y un eventual retorno a la autonomía aislada de los códigos decimonónicos. En tal sentido, «para promover la igualdad en la sociedad el Estado protege a la parte más débil de la relación contractual a través de la regulación heterónoma de los contratos para lograr una distribución más justa de sus beneficios. Se trata, en suma, de un modelo que entiende que la idea de libertad contractual plena es una ficción, ya que no habría tal libertad contractual si existe, en los hechos, una disparidad aguda entre las partes». Por todo ello se aborda el contrato desde la preservación de la igualdad real entre las partes y consecuentemente la protección del contrato, lo que se logra a través de la limitación de los poderes del contratante que se encuentra en posición de dominio, con el objetivo de materializar el fin último del contrato que es su cumplimiento y sus efectos en el desarrollo de la economía. Benetti Timm, Luciano *La Función Social Del Derecho Contractual En El Código Civil Brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficiencia Económica*. Revista de Instituciones, Ideas y Mercados, EseedE, No. 52, mayo 2010. Pág. 16.

partes o el clausulado que estas hayan pactado, a fin de ser analizado desde la función que este desempeña en el desarrollo de las relaciones sociales de los particulares⁶².

Por lo tanto, la autonomía dispositiva debe enmarcarse en un contexto de valores jerárquicamente ordenados, donde, los valores constitucionales, los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho, (la buena fe, la equidad, la igualdad, la solidaridad), deben tutelarse en aras de garantizar relaciones realmente justas⁶³. Todo lo que se materializa a través de la integración del contrato como efecto del principio general de buena fe, entendido en sentido amplio y analizado en coherencia con el ordenamiento constitucional.

En ese orden de ideas, podemos asumir que la regla *pacta sunt servanda* no implica la observancia de la letra del contrato como una camisa de fuerza, sino que esta regla prevé el cumplimiento de las obligaciones pactadas de acuerdo con los preceptos del ordenamiento. De ahí que deba entenderse que como regla supone «la consideración de las condiciones contractuales adoptadas en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas u oscuras»⁶⁴, con el objetivo de realmente llevar a cabo el cumplimiento del contrato. En tal sentido el *pacta sunt servanda* no es sinónimo de «intangibilidad», pues el propio

ordenamiento impone a la citada regla límites «en las exigencias de justicia y equidad que llaman a la conservación del contrato (...) fundado en la buena fe y la equidad correctiva, en la equidad de la cooperación que llama a las partes a procurar el remedio para las anomalías sobrevenidas, a conservar el contrato y alcanzar las expectativas recíprocas»⁶⁵ y los principios constitucionales imponen reglas a fin de hacerles prevalecer en toda relación como efecto de la supremacía constitucional. Lo que se logra a través del poder integrador derivado de nuestra normativa civil, el cual debe tomar en cuenta la denominada función social del contrato.

En el contexto actual, no se pueda perfilar una autonomía negocial cuyas disposiciones prevean la explotación de la contraparte o el desequilibrio ilegítimo del elemento económico del contrato⁶⁶. De aquí que, frente a situaciones donde el operador verifique posibles abusos, desequilibrios o la falta de disposición de reglamentación para el cumplimiento contractual, este haga uso de su poder integrador de manera directa para prever esta disfunción de las disposiciones⁶⁷ y armonizarlas con el ordenamiento. En consecuencia, se verían vetados los abusos amparados, únicamente, en una eficiencia económica que coloque a la persona tutelada en una categoría inferior, equiparando las posiciones a un marco de

62 La Función social no solo debe ser entendida como «la función típica de un contrato en la sociedad, sino como utilidad social de un contrato (Gorla). En otras palabras, no limitada a la existencia de una función económico-social o económico-individual que justifique el respaldo del ordenamiento jurídico (en este sentido Hinestroza. *Tratado de las obligaciones* ii, vol. i, cit., pp. 123 ss.), sino extendida a otro nivel que reconoce el papel del contrato en el conflicto social, y que por tanto integra abiertamente a esa institución en el entramado de causas y soluciones», de forma que el contrato es una herramienta de desarrollo en la sociedad en la cual sus disposiciones desarrollan un papel para el acceso a soluciones eficaces de los problemas que se presentan ante los individuos en la sociedad. Rodríguez Olmos, Javier M. *Más allá del contrato por medio del contrato: transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización*; Ob. Cit. Pág. 172.

63 Bianca, Cesare Massimo. *Derecho Civil, 3, El contrato, 2ª ed.*; Hinestroza, Fernando y Cortés, Edgar (trad.) Bogotá: Colombia: UExternado. 2007. Pág. 53

64 Neme Villarreal, Martha. *Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus: Tensiones entre los Principios De Buena Fe Y Autonomía Contractual*; Ob. Cit Pág. 18

65 Neme Villarreal, Martha. *Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus: Tensiones entre los Principios De Buena Fe Y Autonomía Contractual*; Ob. Cit. Pág. 20.

66 Estos comportamientos de ser permitidos serían contrarios a los valores que fundan la sociedad de desarrollo social e igualdad, de aquí que permitir estos comportamientos se traduciría en últimas en una aceptación de un aprovechamiento injusto, lo que «naturalmente es contrario al actuar de buena fe en la medida en que es una forma de dolo». Chamie, José Félix. *Autonomía privada y el contrato como instrumento económico y social: ¿continuidad, adaptación, transformación?*; ob. Cit. pág. 132

67 La intervención del operador se justifica en las herramientas constitucionales de legitimación materializadas a traves de las disposiciones que plantean «la prevalencia del interés general sobre el particular; la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas; el derecho a la igualdad». Franco Vitoria, Diego. Conferencia dictada por el autor el 29 de septiembre de 2009 en desarrollo del II Encuentro del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina, en la Universidad Externado de Colombia. Pág. 11

protección de los intereses de ambas partes en función del principio de solidaridad⁶⁸. Esto lleva a que el Estado, a través de las normas ejerza un poder de integración en los reglamentos contractuales particulares, «mediante muchas formas, entre ellas: la imposición de un modelo de contrato, la revisión preventiva de textos, el veto impuesto sobre pactos, cláusulas o estipulaciones y la consecuente sustitución legal de ellos cuando sean contrarios a la norma que los prohíbe»⁶⁹.

Estos argumentos justifican la intervención y tutela del Estado como garante del ordenamiento, a través del juzgador o del intérprete del contrato sea en la determinación del alcance de las obligaciones de las partes en el contrato celebrado o como modelador del contenido de la autonomía contractual en general, por ejemplo, en casos como:

- a) La prohibición de cláusulas donde una de las partes ejerza de manera unilateral una facultad que le ha sido conferida, en condiciones que contraríen las exigencias de pertinencia, proporcionalidad, equilibrio, moderación, transparencia y lealtad entre otros de los valores que propone la buena fe⁷⁰.

En efecto, el principio general de buena fe no admite la aplicación automática de este tipo de cláusula que, si bien no resultan nulas de pleno derecho, su ejercicio debe realizarse en consonancia con las reglas que emanan del principio, el que resulta objeto de evaluación, a fin de constatar si ha sido ejercido de forma legítima.

Encontramos aplicación de ello en las cláusulas de terminación unilateral en contratos de seguro de salud, en las que las aseguradoras se reservan

el derecho de terminar unilateralmente el contrato, las cuales no pueden ser aplicadas de manera automática, pues el cumplimiento de los valores que contiene el principio de buena fe y aquellos que en razón a la naturaleza de derecho fundamental se integran al negocio, constituyen presupuesto de su legítimo ejercicio. Ciertamente este servicio se considera de interés social o utilidad pública; en ese sentido su ejercicio no puede ser resultado de un comportamiento contractual que ampare abuso de la posición dominante de la parte aseguradora (clara regla derivada del principio de buena fe) y que contravenga la función social de este contrato (proteger el derecho fundamental a una salud digna). Es por lo que, en estos casos el juzgador debe vetar el ejercicio de la cláusula por la parte aseguradora si este no es ejercido con justa causa, en condiciones de transparencia, lo que implica una adecuada información y motivación suministrada con antelación; con honestidad y lealtad de manera que el ejercicio de la cláusula no se motive en razones oscuras o desleales no correlacionadas con las razones que motivaron la concesión de la facultad, y en todo caso preservando las condiciones de equilibrio del contrato de seguros, en consonancia con el principio general de buena fe. Si tales condiciones no se respetaran no sería posible ejercer la facultad y el contrato debería mantener su vigencia. Cabe resaltar que el ejercicio de la citada cláusula no solo está delimitado por la prohibición del abuso del derecho y demás valores que provienen de la buena fe, sino también como efecto de que el objeto del contrato recaiga sobre un derecho fundamental, como lo es el derecho a la salud, del cual resulta deudora, la parte contratante aseguradora, como efecto de la aplicación directa de los derechos fundamentales en el contrato⁷¹.

68 «La solidaridad no solo es un deber constitucional, también es un principio fundamental. Como principio requiere parámetros de conducta social a los particulares en los intercambios sociales, de allí, a los intercambios sociales que designan a los contratos. En el Estado social de derecho, el principio de solidaridad en la figura del Contrato como instrumento económico y social cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas, sobre los desajustes que inciden en el Contrato». Chamie, José Félix. *Autonomía privada y el contrato como instrumento económico y social: ¿continuidad, adaptación, transformación?*; ob. Cit. pág. 141

69 Ibid.

70 Neme Villarreal, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

71 En este aspecto debemos resaltar la sentencia SU-039 de 1998 la Corte Constitucional Colombiana, donde la corporación establece que este tipo de

Dentro de este tipo de limitaciones también se encuentra la prohibición del ejercicio de terminación unilateral, cuando este contravenga la legitimidad en el ejercicio del *ius variandi*, o prohibición del ejercicio abusivo de la modificación contractual en el marco de contratos de ejecución sucesiva. El principio general de buena fe exige la legitimidad en el ejercicio del *ius variandi* en contratos de ejecución sucesiva con el objetivo de preservar su ejecución y cabal cumplimiento del *pacta sunt servanda*. En ese sentido, el ejercicio de esta facultad debe ser adecuado a la naturaleza del tipo contractual y el objetivo real de la concreción de la cláusula.

Un ejemplo de ello podríamos establecerlo en el marco de los contratos de agencia mercantil. En este tipo de contrato el agenciado por su naturaleza cuenta con la facultad de modificar la zona de acción del agente cuando existan nuevas circunstancias que lo ameriten, a fin de preservar su ejecución. En ese sentido, esta potestad no puede ser utilizada para un fin distinto al que fue concebida, por ejemplo, la modificación de la zona de agencia por parte del agenciado a fin de que el agente abandone su posición contractual. En dicho escenario el ejercicio de la facultad contravendría la regla *pacta sunt servanda* en función de que su uso resultaría ilegítimo, abusivo y contrario al deber de lealtad, integrados todos al contrato como efecto del principio general de buena fe⁷².

- b) El respeto de la confianza legítima o venire contra factum proprium non valet en aquellos eventos en que se ha generado una confianza legítima en la

otra parte acerca de la celebración de un contrato a pesar de que no se han reunido las formalidades propias del contrato.

El principio general de buena fe despliega sus efectos durante todo el *iter* contractual, es decir, antes, durante y después de la formación del contrato. Por vía de consecuencia todo comportamiento de las partes debe ser analizado en función de las obligaciones de conducta, coherencia y lealtad a la palabra dada (correcto entendimiento de la regla *pacta sunt servanda*) derivadas de la buena fe. En consecuencia, una de las partes no puede separarse del compromiso contractual, aun antes de formalizarle, de manera abrupta, y sin justa causa, cuando ha creado en su contraparte la legítima expectativa de la formación del contrato.

Podemos ilustrar este escenario tomando como ejemplo los contratos de apertura a crédito financiero o mutuo bancario. Este tipo de contrato por su naturaleza es denominado un contrato real, en consecuencia, para su formalización es necesaria la entrega de la cosa. Sin embargo, en el contexto social actual la banca comercial previo a la formalización del contrato realiza un estudio crediticio exhaustivo antes de hacer entrega del bien en mutuo. Así mismo, exige que la mutuaria aporte todo tipo de documentación que avale su aptitud para formar parte del contrato e incluso que otorgue garantías; y solo si la mutuante considera que es suficiente otorga una carta de donde manifiesta su pleno consentimiento en el otorgamiento del crédito, vale decir de la celebración del contrato (acercándose así el contrato a un contrato consensual en el cual se ha vertido el consentimiento).

contratos se desarrollan en el marco del principio de buena fe, planteando que «la celebración de un contrato de esa clase (de servicios suscrito por una entidad de medicina prepagada y una persona) se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas. Son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aun cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado [...]». (Subrayado nuestro).

72 Neme Villarreal, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ob. Cit. Pág. 31.

El comportamiento de la mutuante crea en la mutuaría la legítima expectativa de la celebración del contrato de mutuo crediticio. Bajo este escenario el principio general de buena fe actúa en armonía con los supuestos de hechos que rodea el negocio, creando una obligación de lealtad a la palabra empeñada por el mutuante, impidiendo que este ocasione la ruptura arbitraria del contrato de mutuo sin justa causa, a través de la negativa al desembolso o entrega de los fondos. Al amparo de estos supuestos y en aplicación de los valores de tutela de la confianza legítima es predicable el entendimiento de que el contrato ha sido celebrado y procede la obligatoriedad de la entrega de la cosa mutuada. Ello resulta de la legítima expectativa derivada del deber de coherencia y lealtad a la palabra empeñada; pero también el principio general de buena fe permite que el juzgador integre el contrato con otros valores como los derivados de la accesibilidad al crédito como herramienta de desarrollo social, la cual sería ampliamente vulnerada en caso de la negativa a celebrar el contrato⁷³.

Otra manifestación de la obligación de coherencia como producto de la regla *venire contra factum proprium non valet* tiene lugar en el momento en que se les exige a los contratantes responder por sus propios actos en el desarrollo del contrato, lo cual sucede cuando mediante su comportamiento se manifiesta «la voluntad de renunciar a las exigencias de la prestación en

los términos inicialmente convenidos, lo cual impide que posteriormente se pretendan pedir el cumplimiento en tales términos»⁷⁴. Tomemos como ejemplo:

(...) un contrato de arrendamiento en el cual las partes han estipulado una cláusula resolutoria de pleno derecho, donde se ha insertado una cláusula de indexación anual en función de unos índices establecidos en el mismo contrato. Los años transcurren, y jamás el arrendador reclama la indexación prevista en el contrato. De igual forma, el arrendador tampoco ha cobrado un centavo de más a su inquilino cuando este se ha retrasado en el pago de las cuotas. El arrendador está impedido de realizar una intimación de pago al arrendatario señalando la aplicación de la cláusula resolutoria de pleno derecho, en caso de no obtemperar al pago de las penalidades (nunca cobradas) y, de igual forma, reclamándole el monto total de la indexación de la moneda (nunca cobrada)⁷⁵.

En consecuencia, al amparo de su propio comportamiento el arrendador no puede pretender ejercer la prestación en los términos convenidos, toda vez que sus propios actos han modificado el contrato y, en consecuencia, su cumplimiento. En ese sentido, el principio general de buena fe impone que el contrato sea adaptado a las circunstancias de hecho que lo rodean y no así únicamente a su clausulado⁷⁶.

73 Neme Villarreal, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ob. Cit. Pág. 30

74 Neme Villarreal, Martha. «La integración del contrato como presupuesto de la determinación del incumplimiento». EN: Chinchilla Imbett, Carlos Alberto y Grondona, Mauro. *Incumplimiento y Remedios Contractuales*. Bogotá: Colombia. UExternado. Primera Edición. Pág. 226

75 Juan José Esparillat Álvarez, El rol de la buena fe en la aplicación de las cláusulas resolutorias de pleno derecho, Id. vLex: VLEX-644894249 Link: <http://vlex.com/vid/rol-buena-fe-aplicacion-644894249> [consultado en línea el 11 de septiembre del año 2022].

76 A esta afirmación pudiese hacernos creer que la aplicación de la regla *venire contra factum proprium non valet* desestabilizaría la seguridad jurídica frente a posibles cláusulas estipuladas por las partes, como aquellas donde se plantea que, «el no ejercicio de los derechos estipulados en el tiempo oportuno no significa una renuncia a los mismos». La realidad es que, los principios generales como fuente de derecho no son de aplicación automática, sino que se concretan a través de distintas cláusulas como, la «confianza legítima» o «la prohibición del abuso del derecho», las cuales deben ser analizadas y ponderadas frente al caso concreto. En tal sentido, la doctrina de los actos propios que, en este caso, conllevaría a la derogación de derechos provenientes del comportamiento del acreedor, le impide a este actuar de forma retroactiva en la exigencia de la prestación, evitando así la concurrencia del ejercicio de su derecho con un abuso desproporcional al reclamar de forma acumulativa las obligaciones, en este caso la indexación del precio, desde el día cero. Así las cosas, bajo esta hipótesis el acreedor no pierde la prerrogativa de exigir la indexación del precio, sino que debe ejercerla conforme a la buena fe, lo que conlleva a realizar un ejercicio del derecho apegado a los valores de honradez, prudencia y lealtad, a fin de preservar el cumplimiento del sinalagma, fin último del contrato. En consecuencia, el principio exige comunicar correctamente la indexación mediante los mecanismos adecuados para pagos futuros. De forma que, la regla veta la aplicación retroactiva del derecho y prescribe una aplicación coherente hacia el futuro, por lo que no constituiría una inseguridad jurídica, sino un mecanismo de prevención del abuso del derecho de una parte que, a través de su comportamiento ha fomentado la expectativa de inaplicación de su prerrogativa frente a deudor.

Otro ejemplo de este tipo de exigencias de la buena fe lo encontramos en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, en el que desarrolló dicho concepto, nos referimos a su sentencia del 1ero. de diciembre de 2019, en la cual «se pronunció sobre la obligación de diligencia que le incumbe al asegurador en relación con el establecimiento del riesgo asegurable y que le resulta exigible en virtud del principio de buena fe. El pronunciamiento se refiere al caso en que una aseguradora pretende no pagar un seguro de vida alegando que la muerte del asegurado tuvo lugar cuando este superaba la edad máxima asegurable, ello a pesar de renovar el contrato en fecha en que el asegurado sobrepasaba dicha edad y de haber recibido los pagos mensuales por concepto de pago de la prima acordada. Lo cual daría lugar, a nuestro juicio, a la aplicación de la teoría de los actos propios»⁷⁷.

c) La inaplicación de cláusulas generales derivadas del principio general de buena fe cuando la favorecida sea considerada como parte fuerte en el contrato.

El principio general de buena fe no es de aplicación automática, sino que es dúctil, por su naturaleza abstracta, lo que ocasiona que las reglas que deriven de este se adapten a las circunstancias del caso particular. En ese sentido cuando una de sus reglas derive en favor de uno de los contratantes considerados con aptitud de diligencia o conocimiento dentro del negocio esta no surte los efectos normalmente establecidos, por lo que puede suceder que esta no tenga efecto en el caso

específico o se invierta su aplicación. Verbigracia la regla favor debitoris, cuyos efectos resultarían invertidos «cuando quiera que el deudor sea una parte fuerte en el contrato pues en estos casos la buena fe impondría siempre el favorecimiento de la parte débil, invirtiendo la regla en el caso concreto para favorecer al deudor»⁷⁸ o inaplicable entre contratantes de la misma categoría como efecto de analizar la regla al amparo del estándar del buen hombre de negocios, cuyo conocimiento propio de la materia no le permitiría favorecerse de su propia torpeza negocial⁷⁹.

d) La obligación de contratar, cuando el contrato se erija como un mecanismo de acceso a una vida digna⁸⁰.

Esta obligación surge en casos en los cuales el contrato se erige como herramienta social para la satisfacción de derechos fundamentales y el acceso a este resulta negado por factores objetivamente discriminatorios. Una ilustración de esta obligación la observamos al analizar la sentencia T-1165 de 2001 de la Corte Constitucional Colombiana, donde la Corte ordenó a una compañía de seguros a contratar un seguro de vida con pacientes asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). La Corte Constitucional sustentó su fallo en función de que, al ser los contratantes pacientes asintomáticos no existía razón objetiva para no contratar, constituyendo la negativa una vulneración a sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora, al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida necesaria para estos acceder al derecho

77 Neme VillarealL, Martha. *La integración del contrato como presupuesto de la determinación del incumplimiento*. Ob. Cit. Pág. 196

78 Neme VillarealL, Martha. «La buena fe como eje de integración e interpretación del contrato en el código de Bello»; En: Navia Arroyo, Felipe y Chinchilla Imbett, Carlos. *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello, Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá: Colombia: UExternado. 2019. Pág. Pág. 257

79 El principio de la buena fe al poseer un carácter dúctil y abstracto no se define, ni aplica, de una sola forma, sino que lo hace tomando en consideración el caso concreto; y como hemos establecido a través de la aplicación de reglas y estándares que se armonicen con sus valores. Esto hecho implica que, su aplicación se realice con mayor o menor intensidad tomando en cuenta aspectos concreto del caso a analizar, como la calidad de las partes envueltas en el negocio. De aquí que, se exige la aplicación con mayor severidad cuando la relación se encuentra conformada una parte en posición de dominancia y otra en carencia de dominio, a fin de tutelar a la parte débil; sin embargo, se atenúa cuando en el negocio las partes envueltas presentan el mismo grado de conocimiento e igualdad. De esta forma la aplicación del principio no resulta desequilibrada en aras de salvaguardar una igualdad meramente material. En el caso expuesto el principio no permitiría amparar el error de un negociante cuyo perjuicio derive de un comportamiento que por su posición debió conocer.

80 Ver sentencia T-1165 de 2001 y T-375 de 1997 de la Corte Constitucional Colombiana.

a la vivienda. Este caso es un claro ejemplo de irradiación de los derechos fundamentales en la contratación privada a través del derecho a la vivienda digna, en función del valor de la solidaridad, eje central de nuestra sociedad, y la función social que el contrato desempeña como elemento de desarrollo, frente al único alegato de eficiencia económica.

e) La obligación de renegociación o aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* como producto del deber constitucional de solidaridad en la ejecución del contrato.

Esta obligación impone a los contratantes adaptar el contenido contractual, cuando ocurran circunstancias extrínsecas a las partes que impiden su cumplimiento normal, con el fin de salvaguardar el sinalagma y llevar a cabo el objetivo originalmente pactado por estas.

Este concepto es expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T520-2003 donde aplica la cláusula *Rebus Sic Stantibus* al amparo de las situaciones externas a las partes las cuales impidieron el desarrollo normal del contrato. En el caso de referencia una institución de intermediación financiera pretendía exigir las obligaciones pactadas en un contrato de mutuo, frente a un deudor que había sido objeto de secuestro. En ese sentido la Corte estableció que:

...el principio de solidaridad impone a las entidades financieras un deber de consideración hacia los deudores del sistema financiero que han sido liberados después de un secuestro. Por lo tanto, en desarrollo de sus actividades, estas entidades no pueden imponerles a

los deudores que hayan sido secuestrados cargas que superen sus posibilidades de cumplir libre y responsablemente sus obligaciones financieras. Particularmente, en aquellas circunstancias en que la conducta de las entidades bancarias incida directamente sobre las posibilidades de readaptación a la actividad económica y social de estas personas.

f) La obligación de mitigar el daño en la ejecución del contrato frente al incumplimiento de la contraparte.

Esta obligación proviene del deber de diligencia y prudencia derivado del principio general de buena fe, los cuales limitan la indemnización de los perjuicios, cuando el comportamiento de la víctima, en el marco de la ejecución del contrato, haya contribuido a incrementar el daño, aun frente al incumplimiento de su contraparte.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, en su Sentencia del 16 de diciembre de 2010⁸¹, establece que este deber resulta de la imposición a la víctima de disminuir el daño que esta pueda sufrir como producto del incumplimiento de su contraparte pues este comportamiento se entiende que deriva de la buena fe contractual, la cual implica un conjunto de acciones positivas, en cuanto exigen un determinado comportamiento activo de la contratantes, o acciones negativas, en cuanto exigen a los contratantes abstenerse a actuar de determinada manera. Esta corporación en el desarrollo de esta obligación establece límites, pues como hemos expuesto los principios y las obligaciones que derivan de ellos no operan de forma automática y este límite se circunscribe a que la obligación de mitigar el daño no coloque

81 En esta sentencia la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, analiza un caso por incumplimiento contractual entre Marítimas Internacionales S.A y Petrofert Ltda. Estas sociedades celebraron un contrato de transporte para el traslado de más de mil toneladas de fosfato de bicalcio. En este contrato intervino como agente aduanero Almagrario S.A y como destinatario la Caja Agraria de Colombia. La Corporación otorgó la reducción de la indemnización del lucro cesante al considerar que existía negligencia por parte del demandante (el vendedor) al no proceder a proteger sus propios intereses mitigando el daño sufrido como consecuencia del incumplimiento del comprador, que ocasionó la imposibilidad de descargar las mercancías transportadas por no sufragar el flete. En ese sentido, la Corte Suprema otorgó la reducción de la indemnización del lucro cesante al existir negligencia por parte del demandante al dejar transcurrir el tiempo para la solicitud de remate, pese a que el Código de Comercio lo facultaba para hacerlo pasados treinta días a partir del conocimiento de la retención de la mercancía, aduciendo como fundamento el artículo 2357 del Código Civil colombiano y la interferencia causal entre la actuación irregular del perjudicado y la producción del daño. A pesar de que la Corte acude a la teoría del nexo de causalidad, la usa en conjunción con el principio de buena fe.

a la víctima en una «situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe».

g) La obligación de diligencia del profesional.

El deber diligencia del profesional al ser analizado a la luz del estándar del buen hombre de negocios, impone que este brinde una información certera a su contraparte a fin de evitar conductas que le sean perjudiciales a su propia posición, como efecto de su propia negligencia. En este caso, la información brindada por el profesional no puede justificar su negativa de cumplir la obligación contractual bajo el argumento de haber cometido un error en la información suministrada. La parte profesional en virtud de su posición contractual debe dar garantía de la diligencia de una información certera y eficaz a su contraparte, vetando luego de ello ampararse en su propio error para no cumplir. En este caso el principio general de buena fe fija sobre el profesional la obligación de diligencia propia de un profesional y asigna a este los riesgos que pudieran resultar de su propio error al entender que este debe velar sobre sus propios intereses como un buen hombre de negocios.

h) La integración de las denominadas «obligaciones accesorias» de los contratantes.

En determinados contratos la ejecución conforme a buena fe resulta en la integración de obligaciones, que, aunque llamadas secundarias por ser accesorias a la obligación principal resultan en realidad obligaciones integradas al contrato como

resultado del entendimiento del correcto alcance de la regla *pacta sunt servanda*, como producto del cumplimiento de la palabra empeñada proveniente del principio general de buena fe. Este es el caso de la obligación de seguridad en el contrato de transporte, el deber de información en los contratos celebrados en torno a una relación de consumo⁸² o la obligación del comisionista de bolsa de asesoría que conlleva el analizar el riesgo del mercado y orientar a su contraparte en el negocio que más se adapte a sus expectativas y necesidades⁸³.

i) El adecuado entendimiento de la naturaleza de un negocio producto de las exigencias de integración del contenido de las obligaciones de las partes.

Es el caso de la integración de obligaciones en contratos que tradicionalmente se categorizan como unilaterales, respecto de los cuales si observamos los efectos que sobre ellos tendría la integración de obligaciones que proviene de la buena fe, podríamos concluir que se convierten en sinalagmáticos; En ese sentido sostiene la profesora Martha Neme que en este tipo de contratos, como efecto de la integración de las obligaciones contractuales que tiene lugar por virtud del principio de buena fe, se incorporan al contrato en cabeza de la parte que en principio parecería carecer de obligación alguna, obligaciones de lealtad, de transparencia, de información, de diligencia, entre otras que no son eventuales, ni secundarias, sino sustanciales dado que apuntan a la satisfacción de los intereses de las partes en cuanto responde a la función del contrato y, en consecuencia, convierten al contrato en verdaderamente bilateral⁸⁴. En ese sentido ilustra con ejemplos como:

El contrato de mutuo el cual, a pesar de ser considerado como unilateral, como efecto del

82 Ver pág. 332 en Chinchilla Imbett, Carlos. *El deber de información contractual y sus límites*. En: Revista de Derecho Privado UExternado, No. 21, 2011. Págs. 327-350.

83 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de enero de 2007, Exp. 0145,

84 NEME VILLARREAL MARTHA LUCÍA. *Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos*. Capítulo de libro en: HINESTROSA, Fernando y otros, *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad, Memoria del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, 2011. Páginas 443 y siguientes.

poder integrador de la buena fe, se asignan obligaciones al mutuante en favor del mutuario de «respetar el plazo, aplicar los pagos del mutuo de acuerdo al sistema de amortización, no incrementar o modificar los instalamentos convenidos o aceptar el pago anticipado, a informar periódicamente sobre el estado del crédito y la forma en que se han venido aplicando los abonos efectuados; a otorgar el respectivo paz salvo; a levantar las garantías que sirven de respaldo al crédito convenido una vez pagada la obligación garantizada; a retirar la inscripción de moroso en contra del deudor una vez se den las condiciones requeridas para resarcir el derecho al crédito; a otorgar referencias de pago sobre la forma en que se honró el crédito, e incluso, en la etapa precontractual, a no defraudar la confianza de la contraparte rompiendo intempestivamente las negociaciones»⁸⁵, todo ello con el objetivo de llevar a cabo un correcto cumplimiento del contrato.

El contrato de comodato en el cual se asignan

«obligaciones al comodante en favor del comodatario de respetar el plazo (pues cuando se deja al arbitrio del comodante el negocio asume la condición de precario); de entregar la cosa comodada en condiciones de ser usada según su naturaleza y los propios requerimientos manifestados por el comodatario o conocidos por el comodante; informar al comodatario de los defectos o vicios de la cosa; advertir sobre los peligros a ella inherentes, así como sobre las condiciones de uso y mantenimiento adecuado; salir en defensa del comodatario en cualquier evento en que un tercero pretenda privarlo del uso y goce de la cosa comodada alegando mejor derecho; estar disponible para recibir la cosa comodada en la fecha y lugar acordados o disponer lo pertinente»⁸⁶.

j) El cumplimiento del contrato en términos que permitan aseverar que la regla *pacta*

sunt servanda se realiza en conformidad con la causa final del contrato celebrado.

El juzgador debe analizar el cumplimiento del contrato dentro del marco del entendimiento de la regla *pacta sunt servanda* conforme a los valores de la confianza y lealtad, derivados del principio de buena fe. Un ejemplo de ello podemos ilustrarlo con el laudo de fecha tres (03) de diciembre del 2020, proceso arbitral Núm., 1810334, emitido por el Centro de resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, en el cual esta Corporación conocía de la resolución por incumplimiento contractual por parte del comprador por no honrar el pago del precio y el abono de daños y perjuicios. La parte vendedora alegaba que, construida la cosa pactada en el contrato, la parte vendedora debía pagar el precio, mientras que la compradora argüía que el precio no era exigible puesto que, a pesar de que el bien inmueble se encontraba construido las amenidades del proyecto establecido en el plan maestro de desarrollo no lo estaban.

En este caso los árbitros determinaron que la acción por incumplimiento no procedía porque si bien la cosa estaba lista para la entrega no era menos cierto, que las amenidades descritas en el contrato (establecidas en el plan de desarrollo maestro presentado al comprador y que formaba parte integral del contrato, como anexo) no estaban construidas. De ahí que al no construir todas las amenidades que el desarrollador vendía como «parte» del plan maestro, este incumplió con el contrato puesto que todas ellas eran las que conformaban la causa final de la compra y conformaron en el comprador la legítima expectativa de una revalorización de su inversión.

85 Ibidem.

86 Ibidem.

II. Conclusiones

La regla *pacta sunt servanda* no deriva del principio de autonomía privada, sino del principio general de buena fe, por lo que encuentra sus límites en los valores fundamentales, los derechos fundamentales y los principios generales del derecho como efecto de la heterointegración normativa propia de un Estado social y democrático de derecho.

La adopción por parte del ordenamiento dominicano del modelo de Estado social y democrático de derecho implica una transformación del concepto de autonomía privada y su relación con el subsistema. En este nuevo modelo la visión de la autonomía privada ha mutado hacia un nuevo paradigma, moldeado por los valores fundamentales, los principios generales del derecho y los derechos fundamentales.

Todo esto implica la necesidad de superar una concepción de tinte positivista y exegética del derecho ligada a la tradición voluntarista ya superada, lo cual permitirá una transformación de los operadores jurídicos en verdaderos creadores del derecho, garantes de la constitución, de la justicia y de la prevalencia de los derechos fundamentales. Esta tarea compete tanto al juez, en representación del Estado, como al jurista, en representación de la sociedad, quienes deben entender que hoy en día las normas no solo emanan del texto imperativo escrito, previsto por el legislador, sino que provienen de distintas fuentes como consecuencia del carácter abierto de nuestro sistema de fuentes, que permiten extraer normas imperativas de los valores constitucionales, los principios generales del derecho y los derechos fundamentales, los tratados de derechos humanos entre otros.

No obstante a ello, reconocemos que la nueva composición de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, electa en el año 2019, ha realizado un esfuerzo por ampliar los conceptos restrictivos asignados a nuestro sistema de fuentes y los principios generales del derecho; lo cual puede ser evidenciado en sentencias donde reconocen el carácter abierto del sistema de fuentes⁸⁷ o la materialización de reglas como el no abuso del derecho en armonía con el principio de buena fe⁸⁸; auguramos que dicha concepción se fortalezca pues aún falta mucho camino por recorrer debido a que la jurisprudencia mayoritaria es tímida, en cuanto al empoderamiento sobre su rol como garante del sistema en el derecho contractual y en el entendimiento de que la intervención judicial no es una usurpación de la seguridad jurídica de las normas materiales, sino que es una tarea que permite armonizar el texto con su función social, a fin de evitar abusos o disposiciones ilegítimas.

Bajo este contexto, la regla del *pacta sunt servanda* debe ser interpretada y aplicada como una expresión del principio de buena fe y no como una regla atada al principio de autonomía negocial sin conexión con la buena fe y los valores que la integran. Por lo tanto, en el ejercicio de integración del clausulado contractual han de ser empleadas todas las herramientas que le otorga el sistema al intérprete a fin de impedir la ejecución de un contrato injusto, que en últimas resulte en contravención con el ordenamiento.

Referencias

Alonso de Antonio, José Antonio. «Principios, valores y fines de la Constitución Dominicana»; En: González-Trevijano, Pedro y Arnaldo Alcubilla, Enrique. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Tomo I. Madrid: España. 2012.

87 Suprema Corte de Justicia Dominicana. Sala Civil. Sentencia núm. 0258/2020. fecha: 17 feb. 2020. Exp. núm. 001-011-2018-RECA-00637 Partes: Miguel María Madrid Baena vs. Milka Carolina Ramírez Méndez Materia: Partición de bienes Ponente: Mag. Pilar Jiménez Ortiz. En esta se considera que «la norma en función del sistema jurídico al cual pertenece, de modo que no se observa de forma aislada, sino en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento jurídico con la finalidad de obtener una interpretación válida».

88 Suprema Corte de Justicia Dominicana. Sala Civil. Sentencia de fecha 24 DE JULIO DE 2020. Partes: Inversiones Inmobiliarias y Turísticas S.A. vs. Caracoles Marinos, S. A. Ponente: Mag. Justiniano Montero. En esta sentencia se analiza el ejercicio de la terminación unilateral, el cual exige a los contratantes, «ejercer su derecho a la terminación de buena fe por aplicación del artículo 1134 del Código Civil, sin abusar de la ventaja que el contrato o la ley le conceden para la terminación, ni con intención de dañar o perturbar al otro».

Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos. Madrid: España 1997.

Benetti Timm, Luciano. «La Función Social Del Derecho Contractual En El Código Civil Brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficiencia Económica». *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados, ESEADE*, N.º 52, mayo 2010.

Bianca, Caesare Massimo. *Derecho Civil 3, El Contrato*. 2da. Ed. Bogotá: Colombia: UExternado. 2007. 771 p. (Traductores Hinestrosa, Fernando; Cortés, Edgar).

Botero Marino, Catalina. «El valor normativo del Preámbulo de la Constitución». En: Torres del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier. *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Cuadernos y Debates 113, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2001.

Cabrillac, Rémy. «El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos». *Revista de Derecho Themis*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Núm. 70, 2016.

Chamie, José Félix. «Autonomía privada y el contrato como instrumento económico y social: ¿continuidad, adaptación, transformación?»; En: Neme, Martha Lucia. *Autonomía Privada Perspectiva del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Colombia: UExternado. 2018.

Chinchilla Imbett, Carlos. «El deber de información contractual y sus límites». *Revista de Derecho Privado UExternado*, No. 21, 2011.

Espailat Álvarez, Juan. «El rol de la buena fe en la aplicación de las cláusulas resolutorias de pleno derecho». [en línea]. [consultado 25 septiembre 2022]. Disponible en <http://vlex.com/vid/rol-buena-fe-aplicacion-644894249>

Fabre-Magnan, Muriel, *Droit Des Obligations* «1-Contrat Et Engagement Unilateral», 5ta Edición, Themis Droit, París, Francia, 2019.

Fouillée, Alfred. *La Science Sociale Contemporaine*. Deuxieme Edition, Librairie Hachette et Cie., Paris, Francia. 1985.

Franco Victoria, Diego. *Obligaciones civiles y fuente constitucional*. Conferencia dictada por el autor el 29 de septiembre de 2009 en desarrollo del II Encuentro del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina, en la Universidad Externado de Colombia. El texto está en proceso de impresión.

Hinestrosa, Fernando, «Los principios generales del derecho: Aplicación y perspectivas», *Revista de derecho privado* n.º 1, enero / junio 1997.

_____. *Tratado de las Obligaciones I: Concepto, Estructura, Vicisitudes*. 3ra Ed. Bogotá: Colombia: UExternado. 2007.

_____. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen II. 1era Ed. Bogotá: Colombia: UExternado. 2015.

Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Volumen II. 2da Ed. Santo Domingo: República Dominicana: Ius Novum. 2012.

Julio Estrada, Alexei, *La Eficacia De Los Derechos Fundamentales Entre Particulares*. 1era Ed. Bogotá: Colombia: UExternado. 2000.

Larroumet, Christian, *Teoría General Del Contrato*, Tomo I. Santa Fe de Bogotá. Colombia: Editorial Themis 1999.

Lopez Guerra, Luis. «La Constitución de la República Dominicana en el Contexto del Constitucionalismo Actual»; En: González-Trevijano, Pedro y Arnaldo Alcubilla, Enrique. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Tomo I. Madrid: España. 2012. Primera edición. EDICIONES LA LEY.

Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent y Stoffel-Munck, Philippe, *Les Obligations*, París. Francia: Ediciones LGDJ, 6ta edición. 2013.

Mazeaud, Henri, et. al. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda Volumen III, cumplimiento extinción y transmisión de las obligaciones*. (Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1969.

Neme Villarreal, Martha. «Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos». *Revista de Derecho Privado Universidad Externado*, No. 17, 2009.

_____. «Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos». En: HINESTROSA, Fernando y otros, *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad, Memoria del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*. Bogotá, Colombia Universidad Externado de Colombia, 2011.

_____. «El Rol de los Principios en la Integración e Interpretación de las Fuentes del Derecho: La Disyuntiva Entre Autointegración o Heterointegración». En: BARCIA LEHMANN y Otros. (2020). *Reflexiones jurídicas* Vol. VI Primera Parte. Quito: Ecuador. 2020. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Neme Villarreal, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

_____. «La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana (GADAL)». En: *Europa e America Latina due Continenti, un solo diritto. Unità e specifi città del sistema giuridico latinoamericano*. Antonio Saccoccio - Simona Cacace, Torino: Giappichelli editor Editore, 2020.

_____. «La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales»; En: Navia Arroyo, Felipe y Chinchilla Imbett, Carlos. *La Vigencia del Código Civil de Andrés Bello, Análisis y Prospectivas en la sociedad Contemporánea*. Bogotá: Colombia: UExternado. 2019.

_____. La importancia de la tónica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes. *Revista de la Facultad de Derecho, PUC*. No. 80, 2018.

_____. «La integración del contrato como presupuesto de la determinación del incumplimiento». EN: Chinchilla Imbett, Carlos Alberto y Grondona, Mauro. *Incumplimiento y Remedios Contractuales*. Bogotá: Colombia. UExternado. Primera Edición. 2021.

_____. «Pacta Sunt Servanda y Rebus Sic Stantibus: Tensiones entre los Principios De Buena Fe Y Autonomía Contractual»; EN: Soriano Cienfuegos, Carlos. *Pacta Sunt Servanda Y Rebus Sic Stantibus Desarrollos Actuales Y Perspectivas Históricas*. Ciudad de México: México: Novum - Universidad Panamericana. 2014.

_____. «Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico. Tomo I». en: Cortes, Edgar; Gonzalez de Cancino, Emilssen; y Navia Arroyo, Felipe. *Estudios de derecho civil, en memoria de Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Colombia. UExternado. 2014.

_____. *La Prohibición De Discriminación Contractual Un Asunto De Dignidad Humana, Democracia Y Justicia*. [Pendiente de Publicación, en Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia]

Priori Posada, Giovanni. «Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos». *Revista ius et veritas*, No. 49, 2014.

Puello Herrera, Juan. «La autonomía de la voluntad al desnudo». [en línea] [consultado 3 de abril de 2021]. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/autonomia-voluntad-desnudo-644894149>.

Rodríguez Olmos, Javier M. «Más allá del contrato por medio del contrato: transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización»; En: Neme, Martha Lucia. *Autonomía Privada Perspectiva del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Colombia: UExternado. 2018.

Sarazá Jimena, Rafael. *La Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Tirant Lo Blanch. Valencia: España, 2011.

Subero Isa, Jorge. *Teoría General de las Obligaciones en Derecho Dominicano*. Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo, República Dominicana. 2007.

Villar Borda, Luis. «Estado de derecho y Estado Social y Democrático de Derecho». *Revista Derecho del Estado UExternado*. No. 20, diciembre 2007.

Análisis del uso de un vehículo de motor legalmente adquirido como garantía implícita de la libertad de tránsito y sus implicaciones en el sistema jurídico dominicano

Julio Ernesto Ortiz Peguero¹

Recibido: 5 de abril de 2023 - Aceptado: 16 de junio de 2023

Resumen

Los vehículos de motor son un elemento indispensable en la vida del ser humano, permitiéndole realizar diversas tareas cotidianas. El presente trabajo analizará el uso de los medios locomotores legalmente disponibles como garantías implícitas del libre tránsito y sus implicaciones dentro del sistema jurídico dominicano. El objetivo es determinar su vinculación con la libre circulación y reflexionar sobre su iusfundamentalidad, partiendo de su necesidad para salvaguardar la dignidad humana, mediante un análisis descriptivo fundamentado en el estudio de diversas sentencias y trabajos académicos. En definitiva, el presente artículo permitirá al lector conocer la necesidad de un vehículo de motor lícitamente adquirido para el ejercicio pleno al libre tránsito.

Palabras clave: Derecho del libre tránsito, vehículos de motor, garantías fundamentales, dignidad humana, constitución

Abstract

Motor vehicles are an indispensable element in human life, allowing them to perform various daily tasks. This work will analyze the use of legally available locomotive means as implicit guarantees of free transit, and its implications within the Dominican legal system. The objective is to determine its relationship with free movement and reflect on its iusfundamentalidad, based on its need to safeguard human dignity, through a descriptive analysis based on the study of various sentences and academic papers. This article will allow the reader to know the need for a legally acquired motor vehicle for the full exercise of free transit.

Keywords: Right of free transit, motor vehicles, fundamental guarantees, Dominican Republic, constitution

¹ Bachiller del Colegio Santa Teresa en 2021. Actualmente estudiante de Derecho (segundo año de carrera) de la PUCMM y presidente del Club de Debate de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra en su campus de Santo Domingo (PUCMM DEBATE CSD). Correo de contacto: julio-ernesto02@hotmail.com

I. Introducción

Hoy en día los vehículos de motor son un elemento indispensable en la vida del ser humano, permitiéndole recorrer grandes distancias y realizar actividades que siglos atrás tardaban días en concretarse. Un vehículo locomotor permite a un ciudadano trabajar, trasladarse a la universidad o la escuela, visitar un familiar ubicado en las vastas zonas rurales de nuestro país, entre otros usos. Es vital para tareas cotidianas. Vivimos, sin embargo, en un leviatán. El gobierno eternamente se ha visto tentado a reducir las esferas de libertad del individuo en razón de su composición por personas imperfectas, «lo cual ha sido una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites»², debiéndose aquello a que «podrían tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas en beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad»³.

Maquiavélico panorama nos hace preguntarnos: ¿quién protegerá nuestra libertad? Cual hombre de acero, aparecen los derechos y garantías fundamentales para salvarnos, los cuales, debido a su consagración constitucional y al lugar de la constitución como norma soberana, haciéndola omnipotente coercitiva de «todas las personas y órganos que ejercen potestades públicas, sujetándolos a obedecerla en razón de ser el fundamento del ordenamiento jurídico dominicano»⁴, son oponibles a cualquier acto abusivo del gobernante tirano que tienda a esclavizar nuestro arbitrio, haciendo nula toda acción corrupta por violar nuestras libertades constitucionales proclamadas en nuestra Carta Magna. Los atropellos contra la voluntad del ciudadano o extranjero de usar su medio de

transporte, que lícitamente posee, están protegidos por el derecho de propiedad. Ciertamente, la ley suprema del país establece que todo ser humano «tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes»⁵. Un automóvil legalmente adquirido por un individuo es su bien mueble, porque se constituyó en su propietario conforme a las disposiciones jurídicas. En análogo, toda persona humana, siempre que tenga autorización del legítimo dueño, puede poseer el vehículo por la facultad de disponer del arrendatario.

Visto lo anterior, es inconstitucional prohibir el uso de automóviles, pues impediría el disfrute y disposición de una posesión mobiliaria, pero ¿podría el uso de un vehículo de motor legalmente disponible estar amparado por otra prerrogativa constitucional? Yéndonos directamente al sentido de esta herramienta, la cual es permitir la circulación efectiva de un destino a otro, tenemos precisamente que la constitución consagra la autonomía de tránsito estableciendo que «toda persona que se encuentre en territorio nacional tiene derecho a transitar, residir y salir libremente del mismo, de conformidad con las disposiciones legales»⁶. Estudiando exegéticamente el artículo, extraemos que hombres y mujeres poseen la facultad de circular independientemente por el espacio dominicano, o sea, moverse a su albedrío entre nuestras provincias y municipios, según la ley. La Convención Americana sobre derechos humanos plantea algo similar, añadiendo el derecho, si es extranjero, «de no ser expulsado de un territorio bajo una decisión no conforme a la ley, cuando su vida o integridad física en el territorio donde será repatriado está en peligro, o de forma masiva con otros extranjeros»⁷. Cabría, sin embargo, preguntarse: ¿la libre locomoción implica también la capacidad al autónomo empleo de las herramientas que lo facilitan? En caso de

2 John Locke. *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Madrid: Alianza Editorial, 1990), 150.

3 Montesquieu. *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 2002), p. 106.

4 Artículo 5 de la Constitución dominicana.

5 Artículo 50 de la Constitución dominicana.

6 Artículo 46 de la Constitución dominicana.

7 Artículo 22.8 y 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ser así, ¿qué implicaciones tendría para el sistema jurídico considerarlo de ese modo?

El presente trabajo pretende responder estas preguntas mediante un análisis en torno al uso de un vehículo de motor legalmente disponible, considerándolo una garantía implícita del libre tránsito y sus consecuencias dentro del sistema jurídico nacional, con el objetivo de determinar o descartar su vinculación con esta prerrogativa constitucional, reflexionar sobre su iusfundamentalidad contemplando su necesidad para salvaguardar la dignidad humana, pedestal angular de la Magna Carta, en caso de reconocer su constitucionalidad partiendo de la libertad de locomoción. Buscando vislumbrar profundamente el fundamento constitucional de este soberano accionar del hombre, examinaremos primero su constitucionalidad como una garantía inherente al derecho de circulación y, luego, comprobaremos sus efectos en el ordenamiento legal, específicamente, la posibilidad de ejercerlo sin limitación material irrazonable y sin restricción temporal. Sustentaremos las conclusiones presentadas en la constitución, los tratados internacionales relativos a derechos humanos, la jurisprudencia constitucional dominicana y doctrina procedente de la materia.

II. El derecho al libre tránsito: Contenido esencial y prerrogativas fundamentales

¿Qué abarca el libre tránsito? En primer lugar, el derecho a ingresar al país. En segundo, implica la prerrogativa que tienen las personas que se encuentran en el espacio dominicano de transitar, residir y salir libremente del mismo, de conformidad con la ley. Finalmente, para los dominicanos, entraña la protección a ser expulsado o extrañado del territorio, salvo caso de extradición pronunciado por la autoridad judicial competente, conforme la ley y los acuerdos internacionales vigentes sobre la materia. Según el Tribunal Constitucional español, «al tratarse de un derecho-autonomía,

o derecho-libertad, la obligación de los poderes públicos consiste fundamentalmente, en “no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental”»⁸.

En tal virtud, el supremo interprete de la constitución destaca que:

(...)el derecho a la libertad de tránsito constituye una de las libertades fundamentales y una condición que resulta indispensable para el desarrollo de las personas. Puede ser ejercido desde distintas dimensiones, como es el derecho a transitar libremente, ya sea dentro de su país, como dentro del país donde se encuentra como visitante. En este último caso –y, como no, también en el primero–, la ley regula este derecho, por lo que no se trata de un derecho absoluto; no obstante, al momento de ser regulado, no debe anularse su núcleo esencial, pues ello conllevaría a una violación a ese derecho. Implica además la posibilidad de entrar y salir de un país cualquiera libremente, y se encuentra consagrado no sólo en nuestra Constitución, sino, además, en el marco internacional, lo encontramos en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁹. De esto se colige que el derecho al libre tránsito y al libre acceso a los demás derechos que se pueden ver afectados por la no libertad de estos, están garantizados no sólo por nuestra Constitución, sino por el bloque de constitucionalidad que componen los pactos y tratados a los que, como república, somos signatarios¹⁰.

En otras palabras, el derecho al libre tránsito es una facultad protegida no solo por la constitución, sino por los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Se manifiesta, en su contenido esencial, como un límite al accionar estatal. Es decir, que protege tanto al ciudadano

8 Tribunal Constitucional de España. Sentencia 8/1986; Eduardo Jorge Prats. Derecho Constitucional, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 180.

9 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0126/15 de fecha 10 de junio del 2015.

10 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0071/13 de fecha 7 de mayo del 2013.

como al extranjero de todo actuar del gobierno no contemplado por el corpus constitucional, que le impida transitar libremente por el territorio nacional. Aquello supone una obligación negativa del Estado, una abstención de obstaculizar la autónoma locomoción y las prerrogativas que emanan de él, pudiendo toda persona ejercerlas de distintas maneras. Sin embargo, como toda prerrogativa fundamental, no es absoluta sino que está sujeta a una intervención legislativa razonable que no lesione su núcleo innato.

El derecho de circulación y residencia reconoce, como todos los derechos fundamentales, a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un país, sin distinción de nacionalidad.

Esto no significa que el Estado no pueda ni deba exigir el cumplimiento de los requisitos de las leyes de inmigración a los extranjeros que deseen entrar y residir en el país. No. Lo que significa es que estos requisitos no pueden ser irrazonables o desnaturalizadores del contenido esencial del derecho de circulación y residencia. Asimismo, se le reconoce al extranjero el derecho al asilo por razones políticas, en el entendido de que quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana y de que no se consideraran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales¹¹.

Aquello significa que el Estado tiene la obligación, conforme a la ley, de permitir el asilo político, permitiendo el goce de sus derechos, a los extranjeros que así lo soliciten, siempre y cuando su situación no se deba a la comisión de actos de terrorismo, crímenes contra la humanidad, corrupción administrativa y delitos transnacionales.

Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. De ahí que el derecho a recibir un pasaporte de las autoridades nacionales, como bien estableció la Corte Suprema argentina, es:

(...) con observancia de la regulación razonable que se establezca, parte esencial del derecho de entrar, permanecer, transitar y salir. En este sentido, el hecho de que la Constitución permita restricciones a la libertad de tránsito que resultaren de las penas impuestas judicialmente, o de las leyes de policía, de inmigración y de sanidad, no justifica la conculcación del derecho al pasaporte, que solo puede ser limitado mientras se cumple condena impuesta por el juez y restrictiva de los derechos de movimiento del condenado. De ahí que cuentas veces se niega la expedición o renovación del pasaporte a un dominicano que cumplen con las condiciones mínimas y razonables que imponga la ley, se viola el derecho de circulación. Del mismo modo, el impedimento de salida del país solo puede imponerse a las personas que están subjudices, no siendo un cheque en blanco que las autoridades puedan expedir arbitrariamente¹².

Interesante criterio de la Corte Suprema argentina, donde se plantea que, si bien es cierto que toda persona tiene el derecho de entrar, permanecer y salir del país cumpliendo las regulaciones legales, las cuales deben ser, ante todo, razonables. De tal suerte que la autoridad nacional que niegue expedir un pasaporte o negar la entrada a un territorio por razones de etnia, color, o clase política o económica está violando la prerrogativa al libre tránsito por imponer normas jurídicas irrazonables. En efecto, al ser disposiciones discriminatorias que no responden proporcionalmente a su finalidad, son abiertamente arbitrarias. En ese sentido, es igual de violatorio de los derechos fundamentales la restricción del pasaporte por motivos no

11 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 181.

12 Corte Suprema de Argentina, Fallos, no. 307:430, de fecha 20 de agosto de 1985; Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 181.

contemplados por nuestra Carta Magna ni la ley, por cuanto cae en el absurdo al desposeer un fin legítimo. Finalmente, aunque los fines y medios estén consagrados en la legislación para restringir la expedición de un pasaporte en un determinado caso, esta prohibición debe mantenerse hasta que los fundamentos que la motivaron cesen, de lo contrario, sería irracional por desproporcionado.

¿Cuáles serían, entonces restricciones legítimas y proporcionales?

El derecho de circulación y residencia no es vulnerado por penas de privación de derechos que impidan al condenado regresar al lugar en que haya cometido la infracción o aquel en que resida la víctima o su familia. El internamiento de enfermos mentales en centros psiquiátricos tampoco vulnera este derecho siempre y cuando se rodee de las más amplias garantías al internado. El peaje no es violatorio de la libertad de tránsito en los casos que haya vías alternativas gratuitas y el pago de un impuesto de salida es constitucional en la medida en que no se haga prohibitivo el ejercicio de tránsito, y su monto y cuantía sean razonables¹³.

En ese sentido, son conforme con la Constitución en la medida que sean fines constitucionales, cuya consecución solamente es posible mediante la restricción al libre tránsito y que dicha limitación se realice en la medida de lo indispensable evitando la lesión de otros derechos fundamentales. Sin embargo, «un reglamento del Banco Central que obliga al pago de diferencias cambiarias para comprar un pasaje para viajar al exterior vulnera este derecho, como bien estableció la Corte Suprema argentina (CSJN, Fallos, 294:155)»¹⁴.

En ese sentido, vale acotar que el Tribunal Constitucional dominicano estableció que «el

derecho al libre tránsito implica la posibilidad de que toda persona pueda desplazarse de manera libre no solo en las vías públicas, sino en los espacios públicos o privados de uso público»¹⁵. En ese tenor, la Corte Constitucional de Colombia planteó que:

...la libertad de locomoción es un derecho fundamental al ser una expresión de la libertad, inherente al ser humano, cuya mínima manifestación consiste en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro –valga la redundancia, libremente- dentro del territorio del país, incluido especialmente, las vías y espacios públicos. Aunque no se trate de un derecho absoluto por lo cual está sujeto a restricciones, la libertad de locomoción es afectada legítimamente cuando se da aplicación de sanciones penales. Sin embargo, ésta se vulnera cuando, por ejemplo, se impide el tránsito de una persona en espacios de carácter público, que deben ser accesibles para todos los miembros de la sociedad, en igualdad de condiciones¹⁶.

III. La garantía de circular con el vehículo de motor legalmente disponible

1. El concepto de garantía fundamental

Primero, ¿qué es una garantía fundamental? La constitución las denomina como «todo mecanismo de tutela y protección de los derechos que permita al titular del derecho lograr la satisfacción de su derecho frente a los sujetos deudores de los mismos»¹⁷. En otras palabras, significa que «garantizan la efectividad de los derechos fundamentales, pues si los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los mismos deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente constitución y por la ley»¹⁸. Las garantías

13 Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992), p. 259.

14 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 182.

15 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0391/18 de fecha 11 de octubre del 2018.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-747/15 de fecha 2 de diciembre del 2015

17 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 264.

18 Artículo 68 de la Constitución dominicana.

vendrían a ser prerrogativas mediante las cuales los titulares de facultades constitucionales exigen a los órganos estatales una abstención o servicio de su parte para ejercer su albedrío constitucional satisfactoriamente.

En otras palabras, una garantía es un derecho a gozar otro óptimamente. En efecto, si la constitución consagra la tutela judicial efectiva dentro del capítulo de garantías fundamentales, pero proclama que «toda persona tiene derecho a obtener una tutela judicial efectiva»¹⁹, entonces es igualmente un derecho ya que se constitucionalizó con ese carácter. Lo mismo sucede con todas las garantías fundamentales proclamadas en la Magna Carta de nuestro país, siempre son consagradas como prerrogativas, así, por ejemplo, «toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos»²⁰, toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus²¹, toda persona tiene derecho a una acción de amparo»²². Parece, por tanto, indiscutible, que las garantías son facultades, en virtud de su constitucionalización en esa forma, de exigir determinada labor o abstención del Estado en aras de proteger sus libertades. En todo caso, son un tipo específico de derecho, según la ley suprema, que garantiza la efectividad de las prerrogativas fundamentales.

2. Fundamento constitucional de la garantía de circular con el vehículo de motor legalmente disponible

Considerando la capacidad de conducir el vehículo de motor legalmente disponible un accionar del individuo consistente en trasladarse con su automóvil o el lícitamente prestado por el propietario, ¿es una garantía implícita del derecho

a tránsito? La jurisprudencia constitucional ha establecido que «la facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, derecho que puede ser ejercido de modo individual y de manera física o a través de la utilización de herramientas tales como vehículos motorizados, locomotores, etc.»²³. El uso de automóviles para transitar es una forma de ejercer la prerrogativa fundamental al libre circular, sin embargo, ¿es el uso de esos medios motores que poseemos y pretendemos concretizar dicha libertad, garantías implícitas derivadas de esta?.

La constitución protege la libre expresión del ser humano consagrando «la prerrogativa que toda persona tiene a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa»²⁴. El constituyente del 2010 no solo constitucionalizó el derecho a la autónoma palabra, sino también la garantía de expresarse *por cualquier medio*, buscando, haciendo énfasis en la prohibición del veto previo, el amparo de sus modos de ejercicio para garantizar su efectividad fundamental. Así, la facultad de comunicarse por todos los medios es una garantía porque le exige al Estado la abstención de restringirlos para salvaguardar la eficacia del independiente manifestar de creencias. Es decir, se constituye una garantía, ya que permite la praxis eficaz del derecho a la libre expresión. Debiéndose aquello a que, si se consagrara, pero se dejara fuera de su campo de protección acciones como protestar contra una injusticia, ostentar una ideología política o producir largometrajes que manifiesten cierto credo, se lesionaría su núcleo esencial, por cuanto se impide exhibir un pensar, un mensaje de todo hombre o mujer. En consecuencia, si se prohibiera el exponer los pensares, por ejemplo,

19 Artículo 69 de la Constitución dominicana.

20 Artículo 70 de la Constitución dominicana.

21 Artículo 71 de la Constitución dominicana.

22 Artículo 72 de la Constitución dominicana.

23 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0091/18 de fecha 27 de abril de 2018.

24 Artículo 49 de la Constitución dominicana.

mediante protesta, se estaría lesionando una dimensión de este arbitrio constitucional, los gritos de denuncia, los cuales se verían silenciados por la soledad de quien los alza, ante su incapacidad de exteriorizar su queja.

Esta libertad de expresión hay que entenderla como una «manifestación de la intención del constituyente de maximizar las posibilidades de participar en el debate público»²⁵. Lógicamente, no podría haber discusión pública si no existiesen vías idóneas, (audiovisuales, escritos, pancartas, entre otros) para ejercer el albedrío de comunicar el argumento, ya que no sería óptimamente recibido. Igualmente, tampoco habría soberana declaración del pensar si ciertos fines de comunicación estuvieran censurados, ejemplo la exaltación de ideologías, pues es una dimensión inherente al manifestar mensajes. La constitución, consecuentemente, resguarda la autonomía de expresar, prohibiendo la censura previa, «el objeto de dicha disposición es constituirse en una garantía procesal de la libertad de pensamiento, evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión estén a priori excluidos del debate público»²⁶. Tal conclusión nos conduce a afirmar que los mecanismos de ejercicio de la libre expresión son garantías constitucionales debido a que salvaguardan su existencia misma.

¿Cuál es el sentido de este preámbulo? Así como los medios de ejercicio de la prerrogativa fundamental de expresión son garantías de aquel den razón de permitir la eficacia de elementos de su núcleo esencial, también las herramientas locomotoras para circular son garantías implícitas de la facultad constitucional de circulación. Si la capacidad de libre tránsito «comporta el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*, suponiendo la posibilidad de desplazarse auto determinativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales»²⁷,

expulsar del ámbito de protección la garantía de manejar cualquier automóvil a disposición de un individuo, cuyo destino se encuentra a días de distancia a pie, despojaría de substancia el derecho a tránsito, por cuanto esos mecanismos de tráfico edifican la consecución, inherentes a la libertad de transitar, de una necesidad y una aspiración personal consistente en moverse en un medio rápido e idóneo para llegar donde llaman sus asuntos y resolverlos de manera óptima con la satisfacción de haber usado su vehículo de motor. Por tanto, si la persona humana desposeyera la autonomía de usar el automóvil que lícitamente posee, no podría trasladarse en búsqueda de subsanar sus dificultades óptimamente, debido a los kilómetros que no puede humanamente recorrer y concretar las tareas propuestas, haciendo ineficaz la constitucionalización de la facultad de circular al no conseguir la locomoción para la realización humana.

Podría alegarse que la protección de las formas de ejercicio, como garantías inherentes a ella, de la libertad de expresión no se extiende obligatoriamente a los medios de la prerrogativa fundamental de circulación, de tal manera que se afirmaría que el constituyente quiso proteger los mecanismos para expresarse libremente pero no las herramientas para desplazarse en función a las necesidades y aspiraciones personales. Señalada alegación partiría de una glosa errónea, ya que «los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos»²⁸, este precepto interpretativo es el principio pro homine, «un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos»²⁹. En consecuencia, como a la humanidad, soberana

25 Leonel Fernández. *El delito de opinión pública* (Santo Domingo: Funglode, 2011).

26 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 190.

27 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0392/18 de fecha 11 de octubre de 2018.

28 Artículo 74.4 de la Constitución dominicana.

29 Pinto Mónica. «El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos». En Martín Abregú y Christian Courts (compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1997), p.163.

del libre tránsito, le favorece que se reconozca la garantía implícita de usar cualquier herramienta vehicular a su disposición para ejercer la mencionada facultad fundamental, a causa de permitir la consecución de ese transitar en beneficio de su desarrollo logrando su designio en sí mismo, la regla pro homine nos obliga a adoptar dicha adición, por cuanto está reconociendo una garantía necesariamente protegida por el libre tránsito, debido a que garantiza su raigambre constitucional.

La defensa constitucional de las formas de ejercer la libertad de expresión den razón de garantizar su eficacia implica, consecuencia del principio pro homine, el reconocimiento como garantías implícitas de los mecanismos locomotores del derecho fundamental al libre tránsito, con el fin de prevenirlo de caer en la inutilidad. Ahora bien, ¿son fundamentales esos medios de ejercicio? Es vital destacar que los derechos y garantías constitucionales, rango del que igualmente gozan los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado en materia de derechos humanos, en función a la Carta Magna de la nación, «no tienen carácter limitativo y no excluyen a otros de igual naturaleza»³⁰.

3. La garantía de circular con el vehículo de motor legalmente disponible como garante del principio de la dignidad humana

¿Cuáles son aquellos derechos fundamentales tácitos que nos menciona la Constitución? Si las prerrogativas y garantías fundamentales son inherentes a la dignidad humana³¹, o sea, «que en su naturaleza están unidos a ella, de modo que no se pueden separar sin perder su esencia»³², , serían fundamentales implícitos todas aquellas que logren «el respeto y la valoración de todo ser humano como ser individual y social con

sus características y condiciones particulares»³³. Esto significa que son iusfundamentales aquellos derechos y garantías que son inherentes al valor de tener humanidad. Situándonos en el derecho a transitar, considerando que este es inherente a aquellas «condiciones mínimas para una vida digna»³⁴, entonces debe ser interpretado como aquella facultad de trasladarse con cualquier vehículo, cumpliendo determinadas regulaciones derivadas del orden público, que el individuo desee, consecuencia de ser esta una garantía que permite la efectividad del libre tránsito al habilitar la realización de ser humano tomando en cuenta una condición particular, yacida en su herramienta locomotora.

En efecto, si el legislador pudiese libremente prohibir el uso de motores en la República Dominicana, muchas personas se verían privadas de su medio de transporte, uno que no pueden reemplazar a causa de sus recursos, y sin el cual no podrían realizar actividades vitales para su día a día, ejemplado en el laborar o dirigirse a un recinto educativo ubicado a larga distancia de sus hogares. Aquello mermaría la capacidad de sectores sociales de realizarse progresivamente, lo que provocaría que tengan una existencia indigna, ya que aquel incapaz de trabajar no puede obtener los peculios para construir su plan de vida, porque gran parte de las necesidades y aspiraciones a cubrir para llegar a la prosperidad personal se construyen mediante dinero, la moneda que compra materias primas, como los alimentos y vivienda, indispensables no solo para la felicidad, sino para la supervivencia de todo hombre o mujer. Ciertamente, la privación del trabajo, debido a su automóvil íntimo, limita la consecución del conspicuo requisito para vivir dignamente, el bienestar propio, haciendo ineficaz la prerrogativa de circulación por no cumplir su fin.

30 Artículo 74.1 de la Constitución dominicana.

31 Artículo 38 de la Constitución dominicana.

32 Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión en línea]. <https://dle.rae.es/inherente> [23 de marzo del 2023].

33 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0059/13 de fecha 15 de abril de 2013.

34 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0081/14 de fecha 12 de mayo de 2014.

En símil, una persona humana con un único medio de transporte viable para llegar a un recinto educativo, en razón de su localidad y condición económica, (sea un carro, guagua, motocicleta, entre otros), se vería privado de la educación, una íntima y sempiterna aspiración de la humanidad cuya consecución permite su realización, pero significa también una herramienta que, ausente, desembocaría en la pérdida del bienestar personal de miles de hombres y mujeres al no labrar donde deseen, consecuencia de la nula preparación académica. Ilustra este análisis una realidad, no es dable dejar al arbitrio del legislador la posibilidad de privar a los ciudadanos de un modo de ejercer la prerrogativa fundamental de circular, los vehículos de motor, por cuanto estos son herramientas indispensables para la plenitud del individuo, el prerequisite garante de la dignidad, y si el fin del Estado es protegerla y el derecho al libre tránsito implica una circulación para el desarrollo individual, la libertad de locomoción con el vehículo legalmente disponible ha de ser una de sus garantías fundamentales inherentes para ser eficaz. Lo anterior nos lleva forzosamente a la conclusión de que toda posible garantía, implícita de la libertad de circulación, que construya el camino para el desarrollo de la personalidad mediante la locomoción, es obligatoriamente una garantía tácita protegida por la aludida prerrogativa constitucional, fruto de garantizar su eficacia, ya que «el derecho a la libertad de tránsito es una prerrogativa consagrada en países democráticos donde respetan las libertades fundamentales del ser humano, con el objetivo de que este pueda alcanzar su plena eficacia y desarrollo personal»³⁵.

Podríamos afirmar que, así como un medio quedaría estéril si sus consecuencias no llegan satisfactoriamente al fin, por cuanto encuentran su propósito en concretizar aquel, también el derecho a transitar cuajaría desértico si no existieran garantías que la fusionasen materialmente con la dignidad del hombre, su agua de vida. En búsqueda entonces de llenarse de un manantial de

condiciones indispensables para la subsistencia digna del ser humano, la libertad de circulación debe dejar correr en su raudal fundamental el uso de cualquier automóvil a licita disposición del individuo para su ejercicio porque permite la dignificación, fin intrínseco del autónomo circular. Aquello implicaría, debido a ser una garantía implícita del libre tránsito, una obligación negativa por parte del Estado de interferir con la circulación de un vehículo de motor, lícitamente adquirido por un particular y cumplimiento las razonables regulaciones legales, debido a que la autónoma locomoción es un derecho-autonomía.

4. La libertad de ejercer el vehículo de motor legalmente disponible sin limitación temporal.

Finalmente, la garantía de ejercer el libre tránsito con el vehículo motorizado legalmente disponible ¿implica la capacidad de trasladarse libremente por el país, usando el medio de motor a nuestra disposición, sin limitación temporal? En primer lugar, debido a la interpretación extensiva de los derechos fundamentales desarrollada anteriormente, que nos manda la constitución, esa facultad de circulación autónoma en el territorio nacional no debe interpretarse de forma restrictiva, limitando el derecho de circular con libertad espacial, es decir, de transitar donde se desee, sino también a una libertad de locomoción estacional, o sea, cuando se aspire. Ciertamente, si existiese un veto de tráfico durante la mañana muchos alumnos no lograrían, igual que si fuese en cualquier hora de la tarde o noche, asistir a clases, causando que gran mayoría de estudiantes escolares o universitarios no pudieran cultivarse, trayéndonos a la forzada conclusión de que, una prohibición temporal impida la realización de las personas en aras de concretar su dignidad a través de la felicidad personal, la cual es conseguida del logro de realizar sus estudios o mediante las oportunidades de prosperidad que abren.

El Tribunal Constitucional dominicano ha dicho que «toda persona, que no tenga impedimento

35 Julio Cano. «Comentario al artículo 46». En Acosta de los Santos, Hermógenes(coord.). *La constitución de la República Dominicana comentada por los jueces y juezas del Poder Judicial*, edición virtual, tomo I (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2023), p. 433.

legal alguno, le asiste el derecho de transitar o movilizarse, sin ningún entorpecimiento, por las vías y espacios públicos o privados de uso público que empalmen con su propiedad»³⁶. Consecuentemente, a todo hombre y mujer posee la prerrogativa de trasladarse sin veto temporal, ya que este se constituye en la mayor traba del libre tránsito. Naturalmente, si el gobierno prohíbe el tráfico por reglado tiempo, los individuos no podrán, valga la redundancia, circular a lo largo del territorio nacional por el temor de la coerción del aparato estatal. En otros términos, como una limitación estacional, en razón de impedir su ejercicio durante determinadas horas, obstaculiza la efectividad de la libertad de circulación, el cual se concretará sin obstáculo según la jurisprudencia, entonces, debe forzosamente consagrarse la independiente locomoción temporal en aras de esa eficacia.

Teniendo en cuenta que la capacidad de ejercer la prerrogativa de locomoción empleando vehículos de motor es una garantía inherente a aquella por concretizar su fin, siendo la consecución de logros y solvencias personales del ser humano, tiene entonces que irradiar de la misma autonomía temporal. La prueba radica en que «si la libertad de tránsito constituye una de las libertades fundamentales y una condición que resulta indispensable para el desarrollo de las personas»³⁷, y se constitucionaliza la garantía de ejercerla a través de un medio motorizado legalmente adquirido para lograr el bienestar del individuo, garantizando su eficacia mediante la cosecha y subsanación de aspiraciones y necesidades humanas, una limitación estacional la forjaría infructífera, lo que a su vez esteriliza sus propósitos en general, suponiendo un obstáculo que constitucionalmente no debe existir. Aquello se justifica en algo sumamente sencillo, la circulación en dignificación de todo hombre y mujer que busca garantizar el transitar independiente, y que se consigue efectivamente

haciendo uso de un automóvil en razón de las largas distancias que nadie puede humanamente recorrer para suplir dificultades, se vería fracasado durante ese margen de tiempo vedado porque las personas no podrían conducir y transportarse óptimamente a distantes lugares, no pudiendo resolver sus penurias y viéndose así privadas del derecho a transitar en búsqueda de su progreso personal.

En consecuencia, en aras de garantizar la autónoma locomoción eficaz y no obstaculizada, debe garantizarse el mismo arbitrio temporal de circular con automóviles debido a su necesidad para el logro de los fines de esta libertad constitucional. Si uno de los designios constitucionales del Estado es «la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva»³⁸, entraría en una antítesis de su función, contrariando la constitución, si estableciera cualquier tipo de veto arbitrario al uso de vehículos locomotores. La razón radica en que miles de personas se verían privadas, durante el periodo de tiempo vedado, de realizar actividades económicas y personales por la falta de su medio locomotor, impidiéndoles la recaudación monetaria que permite su perfeccionamiento. En efecto, si los vehículos motores, como establecimos al principio de este artículo, son maneras de ejercer que maximizan el autónomo transitar del individuo, un derecho fundamental pilar para su desarrollo progresivo, su prohibición estatal le arrebataría ese medio que lo perfecciona mediante la optimización del libre tránsito, el cual ejerce para dignificarse.

IV. Límites a la garantía de circular con el vehículo de motor legalmente disponible

1. El ejercicio de otros derechos fundamentales

¿Podría el legislador regular la manera en la cual ejercemos esta garantía? La Constitución establece que la prerrogativa de locomoción se

36 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0126/19 de fecha 19 de mayo de 2019.

37 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0126/15 de fecha 10 de junio de 2015.

38 Artículo 8 de la Constitución dominicana.

ejerce «conforme a las disposiciones legales»³⁹ y la ley que «es función esencial del Estado dominicano la protección efectiva de los derechos fundamentales de quienes habitan en nuestro territorio»⁴⁰. Aquello significa que el gobierno puede limitar el haz de facultades protegidas por la facultad de circulación cuando entra en conflicto con otras de la misma jerarquía, ¿Por qué condicionar el haz de garantías de este arbitrio constitucional? Permitir que la libertad de tránsito impida el ejercicio efectivo de las demás libertades fundamentales provocaría la ineficacia de estas, lo que quebrantaría la dignidad humana de las personas en razón de que sus derechos constitucionales, los cuales son los ladrillos constructores de una vida dignificada por cuanto se realiza a través de ellos y sus garantías, se verían pisoteados e instrumentalizados, en detrimento de su realización como seres humanos autónomos, para la supremacía del libre circular.

Si la función esencial del Estado es la protección de todos los derechos fundamentales en beneficio de la dignidad humana, debe legislar y delimitar el libre tránsito de modo que todo hombre y mujer pueda ejercerlo efectivamente sin pisotear las libertades de los demás; contrariamente, estaría dándole una existencia supradigna a un individuo mediante la imposición de vidas indignas al resto de la población, cumpliendo su responsabilidad irresponsablemente. El absolutismo de las prerrogativas constitucionales traería, paradójicamente, su ineficacia, debido a la colisión de sus diferentes facultades. El clásico conflicto entre el autónomo expresar y el derecho a la intimidad lo ejemplifica. Este derecho «limita la libre expresión cuando se divulgan hechos que pertenecen a la esfera privada. Ahora bien, en el caso de figuras públicas, conforme ha

considerado el Tribunal Constitucional español, el interés público puede justificar que queden fuera de la esfera íntima aspectos de la vida privada que tienen trascendencia pública (STC 171/1990)»⁴¹.

Ejercer todopoderosamente la libertad de expresión, exhibiendo informaciones que ponen en peligro la intimidad de un ser humano, haría que nadie «tenga un respeto y no injerencia en su vida privada y familiar»⁴², lo que impediría su sano desarrollo personal y, por ende, el aborto de su dignidad. La supremacía del derecho a la privacidad a tal grado que impida revelar el rostro de un individuo que cometió un ilícito penal que altera el orden social, «impide que una persona pueda recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público»⁴³, impidiendo la construcción de una opinión que los dignifique. Conociendo esto, el constituyente del 2010 establece que «sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, y que, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución»⁴⁴. Por tanto, no existen las libertades y garantías absolutas, su empleo debe adecuarse armoniosamente con los ingredientes sine qua non de la Carta Magna nacional, como la eficacia de las prerrogativas constitucionales.

Valorar el uso de un medio locomotor legalmente disponible como una garantía implícita de la libertad de circulación nos lleva necesariamente a la conclusión que el legislador puede, por cuanto la habilitación legal que le brinda la constitución para regular este derecho, y debe, debido a que si el Estado no lo regulase estaría yendo contra su misión esencial de protección de los derechos

39 Artículo 46 de la Constitución dominicana.

40 Ver el 6º considerando de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional dominicano y de los procedimientos constitucionales, del 15 de junio del 2011.

41 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 201.

42 Artículo 44 de la Constitución dominicana.

43 Artículo 49 de la Constitución dominicana.

44 Artículo 74.2 de la Constitución dominicana.

fundamentales, limitarlos con el fin de precaver el despotismo del libre tránsito. El Pacto de San José, en símil con lo planteado, dice que «el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido, sino en virtud de una ley, en la medida de lo indispensable, para prevenir infracciones penales o proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás»⁴⁵. El manejo de un vehículo de motor sin la debida habilidad para conducir pone en peligro la paz pública porque perjudica la estabilidad vial por la ignorancia del conductor torpe, el cual producto de su incompetencia producirá un accidente, por ende, el gobierno tiene que reglar los requisitos para su uso.

2. La intervención regulatoria del Estado

Ahora bien, el hecho de que exista la garantía de circular en el vehículo de motor legalmente adquirido, ¿implica que esos vehículos son omnipotentes a una intervención estatal que bajo ningún concepto puede vetar su circulación en determinados supuestos? No, lo que significa es que, en principio, todo individuo tiene la garantía de transitar con el automóvil que lícitamente posee, hasta que dicho medio de transporte se convierta en un riesgo efectivo al orden público. El Estado, para el mantenimiento de la seguridad...

...puede utilizar con toda lógica fórmulas jurídicas con una operatividad preventiva y de control, como son las autorizaciones, las prohibiciones e inspecciones. En efecto, en una concepción clásica de policía que se le reconoce a la Administración, esta tiene la facultad de intervenir con carácter limitativo en la actividad de los particulares. Con estas fórmulas se pretende evitar y rechazar los peligros que pudieran alterar el orden público. Sin embargo, la actividad de la administración en materia de seguridad es hoy busca, más que orden público, la regulación y gestión de riesgos producto de la actividad humana⁴⁶.

Situémonos en un clima de ausencia de orden público derivado de la no prevención de riesgos, ¿Podrían bajo esas condiciones gozarse de los derechos fundamentales? En absoluto, nadie gozaría plenamente de integridad física si cualquier persona pudiese circular con un coche de motor inestable, pues sería una bomba móvil que pondría en peligro la seguridad de la ciudadanía. En símil, si cualquiera libremente adquiriese un helicóptero y lo pilotea donde desee, esto causaría daños a las infraestructuras vecinas, lesionando el hogar de varias familias. Finalmente, si haciendo uso de su prerrogativa de propiedad un individuo construyese una fábrica en una zona residencial que generara gas metano, las personas se verían expuestas a un vaivén que actuaría en perjuicio de su derecho a la salud. En ese tenor, para que puedan ejercerse efectivamente las prerrogativas constitucionales, debe la Administración Pública tomar medidas que impidan su ejercicio en determinados supuestos, para que se evadan o minimicen riesgos que afectarían la integridad de la ciudadanía.

En el caso de los automóviles, ciertamente la Administración Pública debe vetar y prohibir la circulación de ciertos tipos de medios de transporte en aras de proteger el interés general tomando en cuenta sus características, año de fabricación, etcétera. En efecto, un modelo automovilístico cuyo diseño tenga un desperfecto en el freno debe ser vetado por el Estado y, quien lo posea tiene que desistir de su uso una vez prohibido, para así poder salvaguardar su integridad física y la de los demás. Igualmente, aquel que haya adquirido lícitamente una marca de vehículo hace 30 años, que en la actualidad sufrió un veto por parte de las autoridades administrativas justificándose en motivos de seguridad por su antigüedad, le corresponde abstenerse de usarlo. Ahora bien, el hecho que puedan restringir el uso de determinados vehículos no significa que dicha facultad le sea de libre uso, poseen límites marcados.

45 Artículo 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

46 José Esteve Pardo. Lecciones de Derecho administrativo, 10a ed. (Barcelona: Marcial Pons, 2021), 360.

3. Delimitación a los límites de la garantía de circular con un vehículo locomotor lícitamente adquirido

En primer lugar, respecto al rol de policía administrativa que funge el Estado, este no puede ejercerlo, prohibiendo la circulación de vehículos de motor, por cualquier motivo, sino con la finalidad de prevención de determinados riesgos, efectivamente definidos y delimitados mediante expertos y técnicos en la materia. Las decisiones que adoptamos sobre los riesgos, también por supuesto las que se adoptan por las normas jurídicas y las autoridades públicas, no son decisiones que imponen la exclusión de todo riesgo, ni decisiones entre riesgo y no riesgo. Son decisiones que, ineludiblemente, se plantean como opciones entre riesgos. Se opta por un riesgo por otro o por un determinado nivel de riesgo⁴⁷.

¿Cómo determinamos entre un riesgo u otro? Mediante una «fase de conocimiento y valoración en la que predominan las valoraciones técnicas y científicas y en una gestión del riesgo permitido, es decir, se trata de ejercer un control sobre el riesgo»⁴⁸. Esto implica que el riesgo no lo determinan las corrientes partidarias que abogan en su campaña por la prohibición de tal o cual actividad porque consideran afecta a la colectividad, sino un grupo de expertos que, amparados por investigaciones e informes objetivos de carácter técnico, auxilian a la Administración, quien la decisión objetiva de adoptar un riesgo mediante una orden o autorización, con el fin de evadir otro de mayor gravedad.

En ese tenor, supongamos que una marca de vehículos XCF iniciase efectiva y legítimamente su comercialización en la República Dominicana, vendiendo miles a cientos de familias, y que pasados los 5 años se descubriese la existencia de un gas cancerígeno en el país que está matando a gran cantidad de dominicanos, cuya aparición

coincide con la circulación de los automóviles XCF. La Administración no debería, con base en un perjuicio y suposición, usar su facultad de policía y vetar su tráfico. En primer lugar, tiene que proceder a un estudio y valoración técnico-científica del problema, determinando mediante científicos la causa cierta del gas cancerígeno. Aquello debido a que la decisión que tome para prevenir el riesgo del auge del cáncer en el territorio supone adoptar el riesgo de perjudicar todo el mercado económico automovilístico por lo que, ha de decidir con el fundamento científico de que la prohibición de dicha clase de medios de transporte es beneficiosa para la salud general, caso contrario, no estaría solucionando una crisis, crearía otra igual de perjudicial. Es importante señalar, no es que no los puede restringir, debe restringirlos una vez tenga la certeza que son el peligro real y efectivo, la fuente del nuevo gas fatal, constatándolo una vez realicen los informes pertinentes.

Continuando el hipotético, supongamos dos escenarios posibles: 1) Que las investigaciones científicas arrojen que el gas cancerígeno proviene directamente de las emisiones de esta nueva clase de automóviles; y 2) que los informes científicos descubran que la causa del gas cancerígeno es una combinación de gases de diversas industrias, entre ellas el de XCF, que, combinadas todas juntas, producen el resultado mortal. En ambos casos, deberán ponderar los riesgos existentes, debiendo concluir por aquel que produzca el menor daño ambiental, social, salubre y económico posible. En ese sentido, si bien elegir el riesgo que supone el veto del vehículo de motor XCF parece ser el menos nocivo en el primer escenario, pues evidentemente la salud de la población se encuentra por encima de la estabilidad económica en este caso, en la segunda casuística la respuesta no aparece tan sencilla. En efecto, la Administración puede optar por vetar otra empresa, restringir su funcionamiento

47 José Esteve Pardo. *Lecciones de Derecho administrativo*, 10a ed (Barcelona: Marcial Pons, 2021), 363.

48 *Lecciones de Derecho administrativo*, 364.

a determinados periodos, etcétera. Lo importante a destacar es que el Estado no podría decidir arbitrariamente solo porque la circulación de esos medios locomotores represente un riesgo, sino que debe resolver con base en que científicamente el tránsito de la marca XCF es el más dañino.

Situémonos en el primer escenario, y la Administración Pública opta por el riesgo que implica la prohibición de circulación de los vehículos XCF. No se trata ahora de desentenderse del problema financiero y económico que supone para miles de dominicanos, deben ocuparse de la crisis y tomar las medidas de lugar para reducir al mínimo el daño provocado por su decisión, ¿Cómo gestionar efectivamente el riesgo? Hay muchas vertientes que ocupar, pero con relación al tema que estamos desarrollando, debe concentrarse en el principal perjudicado, el dominicano común que tuvo la desdicha de adquirir el vehículo XCF, un medio de transporte que funge como una garantía para desarrollar plenamente una locomoción en busca de su desarrollo. ¿De qué manera tramitarlo? Partiendo del principio general de la dignidad humana.

En efecto, si es función esencial del Estado, conforme al constituyente,

...la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas»⁴⁹.

Entonces, la Administración «debe procurar el mantenimiento de dichos medios de tal forma que se garantice el respeto a las libertades políticas, del espíritu y de la realización de los postulados de ecuanimidad social»⁵⁰. El veto de una determinada

marca de vehículos por motivos de seguridad por parte de la Administración no debe significar la privación a un sector ciudadano de aquellos mecanismos que permiten la realización plena de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, su dignidad. Aquello debido a que

...el concepto de dignidad de la constitución es uno en el que dicha dignidad no solo aparece en su perspectiva exclusivamente formal de prohibición de instrumentalización del hombre, o sea, de poner al hombre al servicio del Estado, sino también en su vertiente material y social, que presupone que la dignidad queda comprometida en aquel ordenamiento que obliga o permite que el hombre tenga que subsistir en condiciones inhumanas, en una situación de desamparo, exclusión, marginación y opresión social que lo degradan a la condición de objeto⁵¹.

La gestión del riesgo derivado de las implicaciones de restringir el uso de automóviles XFC realizado de tal modo que desampare a las personas de recursos que permiten la realización plena de su libre tránsito, implica una violación a la dignidad humana en sus dos vertientes y, por ende, una contradicción a esa función esencial del Estado de protegerla. En efecto, bien explicamos previamente que, un transporte constituye un medio que permite que el derecho de circulación favorezca el desarrollo del plan de vida del individuo y, en consecuencia, la construcción de su dignidad, por lo cual, privarlo de dicha herramienta en aras de satisfacer la seguridad general sería instrumentalizarlo para la consecución de un fin estatal, pues se está sacrificando esa locomoción del hombre en pro de su progreso para servicios estatales. Igualmente, un dominicano de clase media baja cuyo solo recurso para subsistir dignamente sea su automóvil XFC se vería obligado, fruto de la decisión de la Administración,

49 Artículo 8 de la Constitución dominicana.

50 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. I (Santo Domingo: Ius Novum, 2013), 596.

51 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Vol. I (Santo Domingo: Ius Novum, 2013), 597.

a vivir una situación de exclusión y marginalidad resultado de la pérdida del único mecanismo que permitía ingresos a su hogar, consecuentemente, estaría violando su dignidad al obligarlo a sobrevivir, producto de su accionar, en condiciones que degradan su condición como persona.

¿Qué implica entonces una gestión de riesgos que parta del principio de la dignidad humana? Significa una donde la restricción del uso del vehículo de motor específico que tenga un individuo no implique el deterioro de una autónoma circulación en pro de su desarrollo efectivo. No envuelve a que necesariamente la Administración deba de comprarle un automóvil a cada dominicano que ya no podrá usar un XFC fruto de su decisión. La obligación del Estado radica en analizar la manera en la cual esa herramienta locomotora fungía como un medio en la realización del libre tránsito y dignidad de los individuos afectados por la prohibición, reemplazándola por otro mecanismo que permita igualmente su perfeccionamiento progresivo.

Todo esto puede resumirse en que toda restricción y regulación de la garantía de circular con el vehículo de motor legalmente adquirido debe realizarse de forma proporcional «a la gravedad y la inminencia del riesgo que se considera. Se trata por tanto de ponderar el alcance de la precaución sujetándolo a la racionalidad»⁵².

El Pacto San José dice que toda normalización a la prerrogativa de transitar debe hacerse en la medida de lo indispensable. Aquello significa que, para garantizar los bienes constitucionales referidos anteriormente, deben agotarse todas las medidas posibles. En otras palabras, que la restricción a la circulación tenga un carácter de última ratio, siendo la opción extrema, y buscar vías más idóneas que permitan el máximo arbitrio

posible al ejercicio de locomoción. Si bien es cierto que el artículo ut supra citado únicamente habla de la limitación razonable de los derechos de tránsito citados y no de sus garantías, la Convención Americana sobre Derechos Humanos especifica claramente que ninguna disposición en ella se interpreta de modo que «se limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte»⁵³. En consecuencia, la razonabilidad en su regulación se extiende a todos los derechos y garantías, fundamentales o no, debido a su consagración como principio en la constitución dominicana.

En efecto, la regulación de todos los derechos y garantías fundamentales debe ser respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad⁵⁴. Este último implica un deber de «que las normas jurídicas que limiten ámbitos de libertad en un Estado Democrático de Derecho queden sometidas a un orden racional como fundamento axiológico para su validez»⁵⁵, lo que requiere «una proporción en el medio elegido para promover un fin válido y que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita»⁵⁶. Ciertamente, resultaría inútil consagrar un catálogo de libertades constitucionales, los cuales son indiscutibles esferas de soberanía por cuanto consagran autonomías de acción del individuo para la consecución de la dignidad humana, si luego el legislador pudiese limitarlos a su capricho, de tal modo que los vuelva inoperantes para conseguir tales fines, en razón de que su libre arbitrio impediría la eficacia de los medios para el pleno desarrollo humano, haciendo risible su existencia.

En ese sentido, el principio de razonabilidad es una garantía frente a los poderes públicos que permite a los derechos fundamentales cumplir su fin de

52 José Esteve Pardo. *Lecciones de Derecho administrativo*, 10a ed (Barcelona: Marcial Pons, 2021), 381.

53 Artículo 29 inciso b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

54 Artículo 74.2 de la Constitución dominicana.

55 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0099/12 de fecha 21 de diciembre de 2012.

56 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre de 2012.

garantizar el desarrollo de los seres humanos, ya que los protege contra las limitaciones arbitrarias legislativas y administrativas al obligar a optar por mecanismos constitucionales, y entre aquellos a los menos restrictivos, al tiempo que moldea tales regulaciones, las cuales solo se activan para propósitos jurídicamente legítimos para la protección de la dignidad humana, el fin más constitucional. Las razones del legislador, en base en la razonabilidad:

...han de ser coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios»⁵⁷.

Siendo la racionalidad en las leyes una obligación para su validez, cuyo incumplimiento la llevaría a un vicio de constitucionalidad que se puede atacar causando su expulsión del sistema jurídico dominicano, debe necesariamente poder ser exigida por el ser humano para ser efectiva, porque ese requisito se consagra para prevenir que la irracionalidad lacere innecesariamente sus intereses, en consecuencia, es el principal sujeto de la razonabilidad.

En otras palabras, si consideramos que ser reglado por leyes irracionales sometería al individuo a limitaciones que impedirían su realización dignificada, obstaculizando su capacidad de vivir una vida digna porque limitaría la eficacia de los medios, sus prerrogativas constitucionales congénitas a dicho fin, podríamos afirmar que existe una garantía a ser sujeto a disposiciones jurídicas razonables o que limiten su arbitrio constitucional en la medida de lo indispensable, en razón de que protegería el derecho a una dignidad humana, y todos los derechos fundamentales inherentes a esta, de una expiación sobrada.

Sencillamente,

...el único poder que la constitución acepta como legítimo, en su concreto ejercicio, es, pues, el que se presenta como resultado de una voluntad racional, es decir, de una voluntad racionalmente justificada y, por tanto, susceptible de ser entendida y compartida por los ciudadanos, contribuyendo a renovar el consenso sobre el que descansa la convivencia pacífica del conjunto social»⁵⁸.

Consecuentemente, toda legislación que establezca prohibiciones arbitrarias viola la facultad de cada persona a un albedrío razonablemente regulado, cayendo en la inconstitucionalidad.

Entendiendo el uso de un medio de transporte legalmente adquirido como una garantía del libre tránsito, su regulación o restricción legal debe necesariamente estar amparada igualmente por el principio de razonabilidad. Justificándose esto en el supuesto que, fuese infecundo consagrar una garantía de usar el vehículo locomotor lícitamente poseído para que el individuo ejerza su libertad de circulación en búsqueda de su desarrollo humano, si luego una legislación u acto administrativo impidiese ejercerla arbitrariamente a una persona común. Sencillamente sería como si nunca se hubiese consagrado, haciendo de su facultad de locomoción un absurdo, debido a que no permite el logro de su dignidad. Reluce, consecuencia de este argumento, la siguiente pregunta, ¿cómo se construye la racionalidad en una disposición jurídica?

La jurisprudencia dominicana ha establecido en varias sentencias como puede probarse la razonabilidad en una legislación, estableciendo que:

...se necesita que el fin buscado por la medida sea justo y útil a la comunidad, los medios empleados conformes con la constitución en cumplimiento de los requisitos formales para

57 Fernández, Tomas-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial* (Lima: Palestra, 2006), 308.

58 *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, 160.

su elaboración y que la relación se presente de modo que el medio sea propicio y oportuno para cumplir el fin⁵⁹.

Atentaría, según el Tribunal Constitucional dominicano, contra la garantía del uso de un transporte locomotor por irrazonable un reglamento que exija para el carné de conducción ser nacional, porque esa vía es contraria a la Magna Carta por discriminatoria. Igual se daría el caso si se exigiese ser ingeniero, por cuanto esa disposición es desproporcionada y no idónea con el fin perseguido, la seguridad vial, siendo aquel logrado con la simple comprobación de que el conductor tiene las habilidades necesarias para manejo del vehículo por el cual optará la licencia. Finalmente, exigirles a los vehículos un accesorio extra para poder circular en las calles y justificarlo en que es necesario para satisfacer las necesidades presidenciales, es igualmente irracional por ser un fin inconstitucional.

En síntesis, el principio de razonabilidad garantiza la eficacia en favor de la dignidad humana de todos los derechos fundamentales al protegerlos de arbitrariedades legislativas y administrativas. Respecto al libre tránsito, el legislador o la Administración mermarían su naturaleza si pudiese libremente establecer, por ejemplo, la prohibición de circulación de una persona en un vehículo de motor, ya que impediría que este derecho cumpla su función esencial de abrigar las condiciones mínimas para una vida digna, por cuanto limita a ciertos individuos de oportunidades de realizarse progresivamente en el plano laboral y personal al privarlos del uso óptimo de su transporte necesario. En consecuencia, debe la garantía de poseer el medio locomotor legalmente disponible estar ensalzada del mismo fundamento razonable para que pueda garantizar la efectividad de la autónoma locomoción. Podría decirse que, fruto del principio de razonabilidad y el pro homine, así como todo individuo es inocente hasta que se demuestre lo contrario, también todo ser humano tiene la facultad de usar, racionalmente, el

automóvil en la forma que le apetezca, hasta tanto el Tribunal Constitucional o decisión legislativa racional pruebe lo inverso.

V. Conclusión

Conforme a lo planteado, el uso del vehículo de motor legalmente disponible apunta a ser una garantía inherente al libre tránsito en razón de alcanzar su vigor, la cual se manifiesta en la locomoción de hombres y mujeres en búsqueda de su realización individual. Ciertamente, si la libertad de circulación implica una circular para suplir necesidades y aspiraciones personales, no podría ser eficaz si se restringen los medios que permiten ese tránsito en virtud de la consecución de una meta personal. Aquello debido a que esta libertad ya no serviría para permitir el desarrollo humano, desconectándolo de su inherencia con la dignidad humana, quitándole todo resquicio de sentido y eficacia.

Este razonamiento lleva a dos necesarias consecuencias: el arbitrio de poseer el medio locomotor lícitamente adquirido sin restricción temporal y material irrazonable a su ejercicio. La primera implicación responde sencillamente a una interpretación extensiva de los derechos y garantías fundamentales que nos manda a ser la constitución, basándose en ella, la palabra libremente no puede limitarse a una libertad de transitar donde se desee, sino cuando se quiera. En consecuencia, como el uso de un automóvil legalmente disponible es una garantía fundamental inherente al libre tránsito, se extiende el mismo argumento. Por otro lado, el principio de razonabilidad, que irradia de igual forma la regulación de derechos y garantías fundamentales y a toda norma que limite la autonomía del individuo, ordena normalizar de tal modo que se lesione el albedrío humano en la medida de lo indispensable.

La lógica empleada para considerar el uso de los vehículos de motor legalmente disponibles como garantías inherentes al libre tránsito, en razón de

59 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0066/18 de fecha 23 de marzo de 2018.

permitir su plena eficacia, lleva a varias ideas que deben ser tratadas en una futura investigación. Por ejemplo, si las herramientas locomotoras poseídas son tan indispensables para garantizar la libertad de circulación, ¿no deberían ser, independientemente de su tenencia, una garantía inherente a ella? Igual modo, si las garantías implican exigencias al Estado para afianzar los derechos fundamentales, ¿implica que tienen el deber de poner a disposición del individuo medios de transporte para resguardar su facultad fundamental de transitar? Estas cuestiones nos llevan a una conclusión, la autónoma locomoción debe ser repensada en esta época de primacía de la dignidad para descubrir sus nuevas dimensiones.

Referencias

Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Volumen II. Santo Domingo, República Dominicana: Ius Novum, 2012.

Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Volumen I. Santo Domingo, República Dominicana: Ius Novum, 2013.

Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la República Dominicana el 21 de enero de 1978. Gaceta Oficial núm. 9460, publicada el 11 de febrero del 1978.

Corte Suprema de Argentina, Fallo núm. 307:430, de fecha 20 de agosto de 1985.

Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, Año 1992.

Constitución política de la República Dominicana, promulgada el 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial núm. 10805, publicada el 10 de julio de 2011.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia núm. T-747/15 de fecha 2 de diciembre del 2015

John Locke. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, España: Alianza Editorial, 1990.

José Esteve Pardo. *Lecciones de Derecho administrativo*, 10a ed. Barcelona, España: Marcial Pons, 2021.

Julio Cano. «Comentario al artículo 46», en: *La constitución de la República Dominicana comentada por los jueces y juezas del Poder Judicial*, coordinado por Hermógenes Acosta de los Santos, edición virtual, tomo I. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2023.

Leonel Fernández. *El delito de opinión pública*. Santo Domingo, República Dominicana: Funglode, 2011.

Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, promulgada el 13 de junio de 2011. Gaceta Oficial núm. 10622, publicada el 15 de junio de 2011.

Mónica Pinto. «El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* de Martín Abregú y Christian Courts (compiladores). Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 1997.

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Madrid, España: Tecnos, 2002.

Tomás-Ramón Fernández. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid, España: Civitas, 1998.

Tomás-Ramón Fernández. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*. Lima, Perú: Palestra, 2006.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre de 2012.

_____, Sentencia núm. TC/0099/12 de fecha 21 de diciembre de 2012.

_____, Sentencia núm. TC/0059/13 de fecha 15 de abril de 2013.

_____, Sentencia núm.
TC/0071/13 de fecha 07 de mayo de 2013.

_____, Sentencia núm.
TC/0081/14 de fecha 12 de mayo de 2014.

_____, Sentencia núm.
TC/0126/15 de fecha 10 de junio de 2015

_____, Sentencia núm.
TC/0066/18 de fecha 23 de marzo de 2018.

_____, Sentencia núm.
TC/0091/18 de fecha 27 de abril de 2018.

_____, Sentencia núm.
TC/0391/18 de fecha 11 de octubre de 2018.

_____, Sentencia núm.
TC/0392/18 de fecha 11 de octubre de 2018.

_____, Sentencia núm.
TC/0126/19 de fecha 29 de mayo de 2019

La escalada del conflicto Ucrania-Rusia: Hacia un nuevo paradigma en materia de derechos humanos

Maike Miguel Lara Espinal¹

Recibido: 15 de marzo de 2023 – Aceptado: 24 de abril de 2023

Resumen

El mundo setenta años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial difiere mucho del contexto sociopolítico de la época de posguerra. Fue en este contexto en el que surgieron la mayoría de los organismos internacionales encargados de colocar las directrices y velar por el cumplimiento de los derechos humanos ampliamente amparados en la doctrina liberal propuesta por occidente. La actual escalada del conflicto entre Ucrania y Rusia nos enfrenta a una tensión cruzada en la que confluyen los intereses, las actuales relaciones de poder en el plano internacional y la cultura, pero, más que nada, nos brinda la oportunidad de procurar un nuevo paradigma de derechos humanos.

Palabras clave: derecho internacional, derechos humanos, Ucrania, Rusia, civilizaciones escindidas.

Abstract

The world has changed dramatically since the end of World War II and the socio-political context of the post war era. During this time period the majority of international organizations have been in charge of establishing the guidelines to ensure the compliance of human rights, widely protected by the liberal doctrine proposed by the West. The current escalations of the conflict between Russia and Ukraine confronts us with a cross tension in which interests, states' powers in the international scenario and cultural converge give us the opportunity to pursue a new paradigm of Human Rights.

Keywords: *International Law, Human Rights, Ukraine, Russia, split civilizations.*

¹ Estudiante de derecho de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), director en el International Law Student Association -Chapter Unibe, servidor público en la Dirección de Relaciones Internacionales del Ministerio de Educación, representante de República Dominicana ante el VI Foro de Jóvenes en el marco de la IX Cumbre de Las Américas y en el I Foro Hemisférico de Jóvenes en el marco de la LII Reunión General de Estados de la OEA, con diplomas en «Geopolítica y Gobernanza global» por el ESADE Business School de España, «América Latina en los cambios internacionales» de la Universidad de Chile y «Democracia y políticas públicas» por la Universidad Autónoma de Barcelona. Dominicano. Correo electrónico: laramaike25@gmail.com

I. Introducción

Las crecientes tensiones entre grandes potencias, los juegos de poder y el incumplimiento de tratados y normativas internacionales nos llegan por bombardeos masivos de información a través de las redes sociales y los distintos medios de comunicación. Sin embargo, ante el surgimiento de un conflicto que vuelva a contar con la presencia de los mayores poderes globales, debemos cuestionarnos sobre el papel que han tenido los derechos humanos en los últimos 75 años para evitar movilizaciones armamentísticas. La escalada de la violencia que hemos visto en territorio ucraniano nos hace indagar sobre la efectividad de estos marcos jurídicos y la potencial necesidad de un nuevo paradigma de derechos humanos que pueda cohesionar el mundo.

II. Los derechos humanos como muro de contención ante conflictos bélicos.

a. Origen y desarrollo.

Sea cual sea la visión que aceptemos sobre derechos humanos, la realidad es que la determinación de su valor jurídico se conecta inextricablemente con el origen de aquellas primeras declaraciones de derechos humanos que se iban perfilando en el horizonte desde el Siglo XVII. De ahí que sea importante entender su valor en la historia constitucional para dar paso a la significancia que tienen actualmente ante el panorama internacional y las visiones chocantes entre los valores de occidente y oriente.

Estos derechos humanos, que fueron originalmente entendidos como derechos naturales, tuvieron su base en los planteamientos de la Ilustración que trajo la secularización de estas ideas de prerrogativas inmutables anteriormente planteadas por Tomás de Aquino. Estos, además, fueron definidos por Locke como las limitaciones de la moral a aquellos actos del príncipe realizados

con arbitrariedad y que, por tanto, afectaban a los ciudadanos².

En la actualidad, una definición más contemporánea del concepto de derechos humanos que sirva de base al planteamiento general del presente escrito es la propuesta por Héctor Faúndez. Este plantea que los derechos humanos son:

...prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas³.

Estos derechos son reconocidos como universales ya que se refieren a la totalidad de la especie humana; inalienables, ya que no pueden suprimirse sin garantías procesales; interdependientes e indivisibles puesto que la privación de uno afecta negativamente a los demás e iguales y no discriminatorios ya que aplicándose a todos los seres humanos no pueden reducirse por motivos de raza, identidad de género, orientación sexual, religión, etc.

Las teorías del origen de los derechos humanos se sustentan en las bases que los legitiman. Por un lado, el iusnaturalismo entiende que por encima del proceso normativo desarrollado por los Estados y los organismos internacionales han existido siempre principios propios del derecho natural que son inmutables y eternos. Por otro lado, el positivismo afirma que los derechos humanos tienen validez en tanto han sido normas puestas por individuos a través del Estado con el procedimiento válido y la intención de regular las acciones humanas a determinado orden disciplinario por concesión de derechos⁴.

2 Griffin, James. «Derechos Humanos: Una idea incompleta». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. (Universidad Santiago de Compostela. Ed. 38, 2003), 143-152.

3 Faúndez, Héctor. *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. [ed.] Marisol Molestina. Cuarta Edición. (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 3.

4 El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales, 5-6.

Durante gran parte de la historia de la humanidad, el tema de los derechos humanos ni siquiera se planteó seriamente en la palestra intelectual. Lo más cercano a un reconocimiento de derechos eran las concesiones de poder realizadas por los monarcas a ciertos grupos de súbditos. Tal es el caso de la Carta Magna firmada en 1215 por el rey de Inglaterra, Juan sin Tierra, en el que reconocía derechos poseídos con anterioridad a ciertos barones de su reino⁵. Observamos reconocimiento de derechos también en declaraciones como el Sermón de Montesinos de 1511 que dio pie a la creación del ideal de dignidad de la persona. Posteriormente con el Edicto de Nantes (1598) se empezaban a aprobar concesiones a derechos como la libertad de culto y, en la Inglaterra del liberalismo lockiano, aparecen reconocimientos de derechos como la *Petition of Rights* (1628), la Ley de Habeas Corpus (1679) y la *Bill of Rights* (1689)⁶.

Sin embargo, los verdaderos hitos en la historia de los derechos humanos ocurren en 1776 y 1789 con la Independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, respectivamente. La Declaración de independencia estadounidense amparada en la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia y en los principios de la Ilustración que servían como caldo de cultivo a estas ideas en Europa, reconoció derechos naturales a los humanos en igualdad. Por su parte, la Revolución Francesa trajo consigo la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁷.

Si bien estas declaraciones representan conquistas considerables para la época y fueron precedentes para una posterior universalización

de los derechos humanos, lo cierto es que quedaron cortas para una protección real y garantista de todos los individuos.⁸ La declaración de Derechos del hombre legitimaba la desigualdad en ciertas distinciones sociales de utilidad común y la Constitución estadounidense no reconocía derecho a esclavos y algunos grupos de indígenas, las mujeres también eran grandes ausentes en estas declaraciones⁹.

Es importante destacar que los documentos anteriormente descritos solo contenían los derechos de primera generación que reconocen las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos. Sin embargo, las mismas situaciones que generaron las revoluciones burguesas que trajeron consigo los derechos de primera generación, creó una masa obrera olvidada y dejada fuera de los espacios de poder y de toma de decisión¹⁰. Es en ese contexto que se desarrollan ideologías sociales que perseguían la emancipación de las masas y, con lo anterior, un nuevo paradigma de derechos. Es de esta forma que las revoluciones campesinas y obreras como las de México y la Unión Soviética en 1917 trajeron al tapete la consagración de derechos económicos, sociales y culturales como los reconocidos al trabajo, la tierra, la salud, denominados derechos de segunda generación¹¹.

Toda la historia anterior, representa solamente las bases de los paradigmas jurídicos con los que nos encontramos al momento del surgimiento de la Segunda Guerra Mundial, conflicto que por sus implicaciones a nivel global y las graves violaciones a los derechos humanos que ahí ocurrieron, requirió reconsiderar el paradigma que moldearía las décadas venideras. Se entendió que el intento

5 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Historia de los derechos humanos: un relato por terminar*. Portal ACNUR. [En línea] Organización de Naciones Unidas, 12 de Octubre de 2017.

6 Soriano, Ramón. *Historia temática de los Derechos Humanos*. (Sevilla: Editorial Mad S.L. 2003), 128-147.

7 *Historia temática de los Derechos Humanos*, 251.

8 Fundación Juan Vives Suriá. *Derechos humanos : historia y conceptos básicos*. (Caracas : Fundación Editorial El perro y la rana, 2010),24.

9 *Derechos humanos: historia y conceptos*, 25.

10 *Derechos humanos: historia y conceptos*, 28.

11 *Derechos humanos: historia y conceptos*, 30.

de mantener la paz realizado por la Sociedad de Naciones como mecanismo propuesto en la Conferencia de París de 1919 era cuando menos insuficiente. De ahí que esta incapacidad real de cumplir el objetivo de paz y colaboración, conjunto a la ausencia de un conjunto de derechos que legitimaran su desempeño, se consideran las causas de la breve vida de la referida Sociedad de Naciones¹².

En el marco de la Conferencia de San Francisco que daría lugar al surgimiento de las Naciones Unidas, el bloque latinoamericano propuso incluir en la Carta de las Naciones Unidas, lo que sería un reconocimiento a los derechos humanos en el mismo documento constitutivo de esta organización¹³. Bajo la premisa de que era necesario «internacionalizar una carta de derechos sobre la cual se pueda edificar un sistema internacional de protección de derechos eficaz, destinado a prevenir e impedir violaciones de la dignidad humana tan terribles como las ejecutadas durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen nazi»¹⁴. Sin embargo, esta propuesta fue vista con recelo por las grandes potencias, pues entendían que era un exceso el ceder potestad a la comunidad internacional para intervenir legítimamente en temas que ellos consideraban asuntos internos¹⁵. De ahí que lo más cercano que se logró fue que se emitiera la recomendación de que posterior a la constitución de las Naciones Unidas, fuera emitida una Declaración Universal de Derechos Humanos de carácter conjunto por parte de los Estados miembros¹⁶.

Es de esta forma que en 1948 surge, lo que fue en su momento, el instrumento jurídico más completo en materia de Derechos Humanos y que se considera como el marco reglamentario para la

supervisión efectiva de protección de los derechos de los individuos. En este, no solo se unían en un marco internacional único los derechos de primera y segunda generación, sino que también surgía una nueva categoría de derechos, con una visión propiamente internacional que reunía los derechos de los pueblos y la solidaridad a los fines de cumplir con los objetivos de paz, desarrollo y sostenibilidad¹⁷.

Aunque la estabilidad brindada por esta amalgama de derechos se ha visto fuertemente amenazada a través de los más de 70 años en los que han tenido vigencia en un plano internacional, la complejidad de los conflictos actuales es que nos lleva a preguntarnos qué tanto puede sostenerse el *statu quo* de nuestro actual sistema de derechos humanos.

b. lus Cogens vs. Bonna Fides.

Bien es sabido que los principios establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus tratados complementarios no presentan un vínculo de obligatoriedad para su ejecución a aquellos Estados parte. Lo anterior se deriva de que la Declaración no es más que una resolución de la Asamblea General y por un análisis resultante del Capítulo IV de la Carta de Naciones Unidas¹⁸ relativo a las atribuciones de esta, todas las resoluciones provenientes de este órgano tienen carácter de recomendaciones sin fuerza vinculante por lo que, en consecuencia, la Declaración no sería más que un instrumento de *soft law*.

Bien es también cierto que el hecho de que esta Declaración no fuera ideada con las formalidades propias de un tratado se debe a la falta de interés

12 Vargas, Romel Jurado. *Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. (Universidad Autónoma Metropolitana. Ciudad de México : El Cotidiano, 2013), 31.

13 *Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 33

14 *Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 35

15 *Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 36

16 *Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 36

17 Fundación Juan Vives Suriá, 29.

18 Carta de las Naciones Unidas. *Conferencia de San Francisco*. (San Francisco, California : UN, 1945).

de los Estados de asumir obligaciones en base a la misma¹⁹. Sin embargo, existe cierta corriente de partidarios que afirman que producto de la costumbre y la aceptación general de parte de los principios vertidos en la Declaración se genera un núcleo duro de aspectos cumplimiento obligatorio²⁰.

En el sentido de poder destacar de forma meramente explicativa los planteamientos de aquellos que indican el carácter *ius cogens* de la Declaración debemos destacar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, define en su artículo 53, las normas *ius cogens* como sigue:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter²¹.

De ahí que quienes defienden que la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene un valor vinculante a todos los Estados que la han firmado y ratificado indican que este carácter *ius cogens* fue otorgado por el Acta de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968²² al, entre otras cosas, enunciar que la Declaración Universal de

Derechos Humanos es una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional²³.

Es, por lo tanto, por lo que la Declaración se ha constituido en un referente en todas las resoluciones y declaraciones condenatorias de violaciones a derechos humanos y ha causado influencia en las normas internas de los Estados miembros²⁴. Es por ello por lo que autores como Carlos Villán plantean la idea de que los derechos humanos consagrados en la Declaración y sobre los cuales los Estados hayan manifestado en su voluntad política, se separarían de aquellos que no han sido totalmente aceptados y vendrían a pertenecer a un núcleo duro de cumplimiento obligatorio de forma consuetudinaria²⁵. Son, entonces, estos derechos que representan la expresión de atributos inalienables del ser humano fundado en los valores comunes de todas los sistemas sociales del planeta y que serían, en consecuencia, límites a prácticas indefendibles bajo ningún esquema cultural²⁶.

De esta forma, es sabido que existen varias fuentes de creación de derecho internacional²⁷, entre estos el que las resoluciones de la Asamblea General adquieran valor jurídico cuando en la práctica, los Estados en su mayoría se comporten bajo esas pautas de conducta, dígase su adopción por la vía consuetudinaria²⁸. De ahí

19 Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo. *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*. (Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares : XIII Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos, 2016), 7-30.

20 Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. *Derecho internacional de los derechos humanos*. (Ciudad de México : Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004), 92-97.

21 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27. Viena : Naciones Unidas, 1969.

22 Ortiz, Loretta. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004).

23 Proclamación de Teherán. *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* (Teherán : Naciones Unidas, 1968).

24 Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A..., 92-97.

25 Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo. Ob. Cit., 7-30.

26 Salmón, Elizabeth. «América Latina y la universalidad de los derechos humanos». *Agenda Internacional*. 12, no. VI (1999):. 127.

27 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco: Naciones Unidas. Art. 38. 1945.

28 Rodríguez, H. Gabriela. «Normas de responsabilidad internacional de los Estados». Martín, Claudia et al., *Derecho internacional de los derechos humanos* (México, Fontamara-Universidad Iberoamericana. 2004).

que planteen que a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos consiste en una resolución no vinculante, se pueden encontrar dentro de ella normas de construcción consuetudinaria y principios generales del derecho reconocidos por la mayoría de las naciones²⁹ que asimilarían la definición de «norma aceptada que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»³⁰ planteada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No es que la Declaración Universal de Derechos Humanos sea de pleno derecho una norma *ius cogens*, pues sería un exceso buscar extender el carácter imperativo a todos los preceptos allí planteados. Lo que sí hemos buscado hacer hincapié es en aquellos principios y declaraciones que, por las vías anteriormente mencionadas, han adquirido un valor similar al de la vinculatoriedad en el ejercicio de las relaciones entre Estados en el plano internacional.

Para el presente caso de estudio también tiene especial importancia el entendimiento de que, aún esta Declaración pueda adquirir un carácter vinculante, la generalidad de instrumentos emitidos por la Asamblea General no adquieren esta categoría y se deposita la confianza en la buena fe de los Estados parte de esta³¹.

Lo contrario ocurre en el Consejo de Seguridad, cuyas decisiones si bien vinculantes y de aplicación inmediata en el panorama internacional, según las disposiciones del artículo 27³² de la Carta de Naciones Unidas necesitan la aprobación de todos los miembros permanentes del mismo, a saber: Estados Unidos de América, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República

Francesa, Federación Rusa y República Popular China. Es este último detalle el que ha generado mayor dificultad en el panorama internacional a la hora de crear acuerdos sobre la resolución de los problemas principales, pues basta con el voto negativo o abstención de una de las potencias en juego para dirimir cualquier posibilidad de condena o intervención en acciones de carácter humanitario, siendo la Federación Rusa el país que más ha dado uso a este derecho³³.

c. Derechos humanos occidentales y la visión oriental.

Debemos reconocer que nuestro sistema universal de derechos humanos está ampliamente basado en la doctrina liberal hegemónica que tiene sus bases en las formas de vida occidentales y es aplicada como verdad universal a todas las formas de vida humana, aun cuando su desarrollo pueda excluir visiones y realidades de los pueblos orientales y de países en vías de desarrollo. Este mismo debate fue parte importante de todo el desarrollo del documento marco que hoy conocemos como Declaración Universal de Derechos Humanos entre los ideales encontrados de las dos principales potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética³⁴.

En los momentos del debate previo a la aprobación de la Declaración, las potencias occidentales propugnaban un instrumento que protegiera principalmente las libertades clásicas occidentales, dígame los conocidos derechos civiles y políticos de primera generación, bajo la premisa de que el cumplimiento de estos derechos puede imponerse sin la necesidad de alegar razones de soberanía, contrario a los derechos económicos, sociales y culturales que, desde su visión, no debían causar intervención ante su violación. Por

29 Acosta-López, Juana Inés y Duque Vallejo, Ana María. «Declaración Universal de Derechos Humanos. Norma *ius cogens*?», 12 (2008): 13-34.

30 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Ob. Cit., supra nota 21.

31 Malanczuk, Peter. Akehurt's *Modern Introduction to International Law*. Vol. VII (Londres : Routledge, 1970), 39-41..

32 Carta de las Naciones Unidas, Art. 27.

33 Naciones Unidas. UN Security Council Meetings & Outcomes Tables: Security Council - Veto List. *United Nations* [online].

34 Vargas, Romel Jurado, 36.

su parte, el bloque soviético planteaba desde el principio la idea de que los seres humanos como seres sociales necesitan del colectivo para mejorar constantemente su calidad de vida, por lo que resultaba necesario que se admita que la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales estaba íntimamente correlacionada con el cumplimiento de los derechos civiles y políticos occidentales³⁵.

A pesar de la incorporación de los derechos de segunda generación en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los países no occidentalizados continúan considerando a gran escala que la misma representaba simplemente la visión de occidente. Lo anterior debido a que, ciertamente las bases filosóficas y morales con las que se plantearon los que hoy reconocemos como derechos humanos son el resultado del acontecer histórico y sociopolítico en Occidente, dejando de lado gran parte de las ideas de dignidad y desarrollo presente en las culturas árabes, sionistas o confusionistas³⁶.

Llegados a este punto debemos hacer hincapié en la importancia de entender que el reconocimiento de derechos y valores es el resultado de los procesos históricos de los pueblos, por eso la visión oriental no adapta o comparte algunas de las bases filosóficas y morales que dan lugar a la Declaración, pues no lo entienden como parte de su historia³⁷. De ahí que muchas actuaciones propias de la visión oriental como la de un autoritarismo justificado a cambio de prosperidad, el respeto ciego a los superiores y la valoración de la disciplina militar pueden ser vista como una violación al marco de derechos desde Occidente³⁸. Es este mismo choque de visiones lo que ha marcado cierta división en el mundo y planteado un relativismo en el tema de derechos humanos.

En ese sentido, el ideal de universalidad de los derechos humanos se produce con las particularidades de cada cultura y nacionalidad, amparados en la diferenciación de comprensión de lo que representa la dignidad de la persona humana. De ahí que se plantee que la universalidad en materia de derechos humanos no responde a un deseo de encubrir esta realidad, sino plantear el interés de expandir a escala global el sistema de valores que representan el «deber ser»³⁹. Lo que ocurre con la premisa anterior es que trae implícito un entendimiento de que hay culturas civilizadas donde se ven realizados estos planteamientos y que, las mismas, tienen el deber de, con su aspiración civilizatoria, imponer la hegemonía sociocultural amparada en la idea de derechos humanos de occidente⁴⁰.

Podríamos concluir con dos hechos relativos al choque de visiones de derechos humanos. En primer lugar, la dignidad humana es ciertamente universal, pero con una existencia amparada en el contexto cultural e histórico y, en otro orden, el obtener la meta de la universalización de los derechos humanos es un reto que implica entender las culturas humanas a profundidad y ver si estas comprenden el núcleo de esta carta de derecho en el trasfondo de la dignidad humana.

Sin lugar a duda, podemos afirmar que es este choque entre los intereses y valores de Occidente y Oriente y el reclamo de ambos de lo que es correcto e incorrecto es lo que lleva al conflicto Rusia-Ucrania hasta este punto donde se crea una tensión cruzada entre el poder, la cultura y los derechos humanos entre las visiones en ambas caras del globo.

35 Vargas, Romel Jurado, 37.

36 Vargas, Romel Jurado, 38.

37 Cunha, Diva Julia y Mayos Solsona, Gonçal. Madrid : III Encontro de Internacionalização Do Conpedi, 2016. Vol. 03.,. 97.

38 Cunha, Diva Julia y Mayos Solsona, Gonçal, 98.

39 Vargas, Romel Jurado,39.

40 Cunha, Diva Julia y Mayos Solsona, Gonçal,94.

d. Situación de los derechos humanos en las potencias en conflicto.

No nos sería posible realizar un trabajo académico de este tipo sin analizar los elementos de derechos humanos en las potencias en conflicto. En primer lugar, debemos mencionar que la Constitución rusa indica que los principios y normas universalmente reconocidos del derecho internacional y los tratados internacionales en que es parte la Federación de Rusia son parte integrante de su ordenamiento jurídico. Si un tratado internacional en que es parte la Federación establece normas distintas de las contempladas en la legislación, se aplicarán las normas de dicho tratado⁴¹.

De esta forma, la Federación Rusa, como continuadora jurídica de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ha ratificado a la fecha la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1973, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer en 1981, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 1987, la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 y, por último, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad recientemente en 2012⁴².

En detrimento de lo anterior, el último Examen Periódico Universal realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indica que si bien Rusia es signatario de la mayoría de los documentos internacionales relativos a derechos humanos, las denuncias de torturas para obtener confesiones, los discursos de odio, discriminación contra

minorías raciales y miembros de la comunidad LGBTQIA+ son una constante⁴³. Por si fuera poco, aumentan las legislaciones que amplían el uso de la fuerza y la intimidación contra periodistas, abogados y activistas que se atreven a denunciar las arbitrariedades del Estado Ruso en detrimento de las libertades de reunión, prensa y expresión.

Debemos destacar también que dentro de los problemas aledaños a la limitación de la libertad de expresión se encuentra la censura del internet que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha determinado en el caso Vladimir Kharitonov vs. Rusia ya que las medidas de bloqueo en los motores de búsqueda eran excesivas y arbitrarias y que vulneraban la capacidad de recibir y enviar información al exterior⁴⁴. En consecuencia, los rusos se encuentran consumiendo información proveniente únicamente de los medios de difusión oficialistas de Rusia.

Por su parte, al referirnos a Ucrania debemos indicar que la misma es signataria y ratificadora del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. El gobierno ucraniano ha trabajado arduamente en legislar a los fines de modernizar su sistema legal y hacer que correspondan a los lineamientos del derecho internacional. Tal es el caso de la reciente modificación del Código Penal y de Procedimiento Penal para ampliar las definiciones de agresión, crímenes de lesa humanidad, eliminando su prescripción⁴⁵, sin embargo, permanecen sin ratificar el Estatuto de Roma elaborado por la Corte Penal Internacional.

41 Vargas Cárdenas, Andrea. *Situación de los Derechos Humanos en Rusia*. (Santiago de Chile : Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f), 4-6.

42 Hukovsky, Lucía. *El estado de los Derechos Humanos en Rusia y su tercer examen en la ONU*. CADAL. [En línea] 17 de Febrero de 2019.

43 Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Ginebra : UN, 2018.

44 Amnistía Internacional. Rusia en base al informe 2021/22. Amnesty. [En línea] 2022.

45 Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania. 2020. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social. New York : Naciones Unidas, 2020. E/C.12/UKR/CO/7.

Es importante destacar que en territorio ucraniano permanece la ocurrencia de malos tratos y torturas, al nivel de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado al menos en 115 casos relativos a tortura en contra del Estado y existen 120 casos aún pendiente de revisión⁴⁶. En cuanto, a la libertad de expresión, la regla es la de medios libres y diversos, sin embargo, hubo ataques gubernamentales con las políticas editoriales prorrusas.

Ante el contexto de crisis actual, Rusia ha aprobado medidas que condenarían hasta con 15 años de prisión a aquellos que critiquen abiertamente los medios o expectativas de la invasión a Ucrania. Conjunto a esto ha ocurrido la renuncia por parte del Estado Ruso a su calidad de miembro del Consejo de Europa y ha revocado la firma del Convenio de Derechos Humanos, ambas decisiones amparadas en el artículo 7 del Estatuto del Consejo que indica que los miembros pueden retirarse notificando su decisión al Secretario General. Esta represión de la disidencia sigue presente en las zonas ocupadas de Crimea y de Donbás⁴⁷, donde conjunto a la práctica rutinaria de tortura y agresión sexual contra prisioneros se continúa la investigación de crímenes violatorios al derecho internacional humanitario por ambas partes en conflicto, como analizaremos más adelante.

Por último, es menester destacar la crisis humanitaria de refugiados que ha causado el conflicto. Al finalizar el mes de marzo, con tan solo cinco semanas de iniciado el conflicto, alrededor de cuatro millones de ucranianos⁴⁸ se habían convertido en refugiados huyendo de un país invadido y bombardeado por Rusia según lo indicado por Filippo Grandi, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. Más de la mitad de estos han sido acogidos en

Polonia (2,300,000) quien ya contaba con una fuerte diáspora ucraniana acogida en la rueda de la economía. Por si fuera poco, se estima que la cantidad de ucranianos que ha dejado sus hogares para desplazarse por el interior es de alrededor de 6,5 millones, para un total de alrededor de diez millones de desplazados, lo que representa el mayor flujo de refugiados en Europa desde la Segunda Guerra Mundial.

III. Trasfondo del conflicto entre Ucrania y Rusia.

a. Análisis histórico.

Si bien, hemos visto un crecimiento en la tensión entre Ucrania y la Federación Rusa debemos adentrarnos a profundidad a conocer los hechos históricos que nos han dejado varados ante la escalada de este conflicto.

Para comenzar, Ucrania es un Estado europeo de 603,550 kilómetros cuadrados, lo que lo convierte en el más grande del continente. Cuenta con una población de 41,922,670 habitantes y hace frontera con siete países, a saber: Al norte y este con la Federación Rusa, al norte Bielorrusia, Polonia y Eslovaquia, por el Oeste Moldavia y Hungría en la zona suroeste, a la vez es limítrofe con el Mar Negro y el Mar de Azov en el Sur. Su constitución lo define como «una República y como un Estado soberano, independiente, democrático, social, de derecho y unitario». Importante es destacar que Rusia se constituye en su principal cliente y proveedor comercial más importante del exterior⁴⁹.

Por su parte, la Federación de Rusia con una superficie de 17,075,400 kilómetros cuadrados extiende sus fronteras desde el estrecho de Bering hasta el enclave de Kaliningrado, haciendo frontera directa con Corea del Norte, China, Mongolia,

46 Amnistía Internacional. Extracto del informe 2021/22 relativo a Ucrania. Amnesty. [En línea] 2022.

47 Informe del Secretario General sobre la Situación de los derechos humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania). Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Ginebra: Consejo de Derechos Humanos, 2020. A/HRC/44/21.

48 Operational Data Portal. Refugees fleeing Ukraine (since 24 February 2022). Kiev: Ukraine Refugee Situation, 2022.

49 Ministerio de Exteriores del Reino de España. Ficha país Ucrania. Madrid: Oficina de Información Diplomática, 2021.

Kazajistán, Azerbaiyán, Georgia, Ucrania, Polonia, Lituania, Bielorrusia, Letonia, Estonia, Finlandia y Noruega. Este Estado federal basado en una república presidencialista tiene una población de 144,868,902 habitantes⁵⁰.

i. Antes del Siglo XX.

Aunque el actual conflicto puede remontarse hasta hace 8 años con la guerra iniciada entre los rebeldes ucranianos respaldados por Rusia y el ejército ucraniano sobre la disputa de la anexión de Crimea, la realidad es que las relaciones entre ambos Estados están intrincadas en una compleja línea de tiempo que llega hasta el Siglo IX con la fundación de Kiev por un grupo de eslavos que habitaban el noroeste de Rusia. Esta comunidad se autodenominó como «Rus» y realizaban su vida en torno a lo que es el actual territorio ucraniano. Lo que conocemos como Moscú no llegó a ser fundado hasta el Siglo XII de nuestra era⁵¹. Gran parte del trasfondo del conflicto cultural entre ambos Estados se basa en la disputa del legado de aquel Rus medieval.

Esta débil unión de reinos terminó siendo conquistada por los mongoles en el Siglo XIII, sin embargo, entre el final del Siglo XIV y principios del Siglo XV el Gran Principado de Moscú en conjunto con el Gran Ducado de Lituania se dividen los que fueron los terrenos del Rus de antaño. Este último terminó anexado a Polonia, no sin generar sentimientos de cohesión y la creación del concepto de Ucrania aun cuando seguían haciéndose llamar bajo la denominación Rus. Fue este mismo grupo étnico y cultural quien en 1648 deciden formar un nuevo gobierno independiente, así surge el Hetmanato cosaco que perseguiría la protección del zar ruso en el año 1654 con la firma del tratado de Pereyáslav⁵².

Un siglo más tarde, bajo el mandato de la emperatriz Catalina y con el interés de fortalecer el Imperio Ruso es abolido el Hetmanato y con esto se borran las vestigiales instituciones autónomas que dirigían Ucrania. Esto trajo consigo que tan solo 50 años después se desarrollara una clase cultural ucraniana con interés en conocer la historia y el folklore que unía ese determinado grupo.⁵³ Fue este interés el que conllevó que en el año 1876 fuese promulgada por el zar Alejandro II la Ley Ems a los fines de prohibir las publicaciones que fueran realizadas en ucraniano.

ii. Siglo XX.

Las tensiones siguen creciendo y con la caída del Imperio Ruso en el año 1917, se forma la República Popular de Ucrania con autonomía y soberanía. Si bien, ninguna potencia la reconoció como Estado, este precedente obligó a los bolcheviques a desconocer su independencia como nación, pero crearon la República Socialista Soviética de Ucrania e incluirla en la nacida Unión Soviética en 1922.⁵⁴ Luego del Pacto Ribbentrop-Molotov y el Tratado Alemán-Soviético de Amistad, Cooperación y Demarcación entre la Alemania nazi de Adolf Hitler y la Unión Soviética de Stalin, hubo un crecimiento en el territorio ucraniano tras la incorporación de tierras polacas y checoslovacas que tenían una mayoría étnica ucraniana.

Un hito en la historia de estas dos naciones ocurre en el año 1954 con la cesión de la península de Crimea a territorio ucraniano. Debemos aclarar que para el 1921, Crimea se constituía en una república autónoma dentro de Rusia, por lo que se cultivó la cultura de la mayoría étnica de ese territorio, los tártaros. En el 1944, Stalin recupera el territorio, ordena la deportación de los tártaros y hace que los rusos se conviertan en mayoría étnica

50 Ministerio de Exteriores del Reino de España. Ficha país Rusia. Madrid: Oficina de información Diplomática, 2021.

51 Arbué-Vignali, Heber. «Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional». *Revista de derecho público*, 23, n. 45 (agosto de 2014), 9.

52 «Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional», 10.

53 Taibo, Carlos. Rusia frente a Ucrania: Imperios, pueblos, energía. (Madrid: Los libros de la Catarata. Quinta edición. 2022).

54 Arbué-Vignali, Heber, 11.

en la zona⁵⁵. Aún con esta ventaja rusa en Crimea, se organiza la cesión a los fines de que sirviera como contrapeso a los nacionalistas dentro de la República Socialista Soviética de Ucrania.

En 1991 cae la Unión Soviética y el deseo del presidente Boris Yeltsin de no preservar la federación soviética se acopla perfectamente al interés de los nacionalistas ucranianos liderados por su presidente Leonid Kravchuk. No es hasta 1997 con la firma de un Tratado De Amistad, Cooperación y Asociación⁵⁶ firmado por ambas naciones que se reconocen realmente la integridad de los límites fronterizos ucranianos, aun cuando había sido declarado mediante el Memorando de Budapest⁵⁷ firmado en 1994, al Ucrania entregar su arsenal nuclear a cambio del respeto de esta.

iii. Siglo XXI.

La tensión entre ambas naciones permanecía en el aire hasta que se desató formalmente con los hechos ocurridos a finales del 2013 e inicios del 2014. El presidente ucraniano Viktor Yanukovich era conocido por sus políticas al acercamiento ruso y recientemente había desistido por presión rusa de los planes de Ucrania para unirse a la Unión Europea. Esto degeneró en una serie de violentas protestas a lo ancho y largo de Ucrania que fueron reconocidas como la Revolución de Maidán y terminaron con la dimisión del presidente Yukonovich y la elección de Petró Poroshenko. Importante es destacar que al momento de la ocurrencia de estos hechos un 38 % de la población ucraniana se mostraba apoyando una asociación con Rusia y el 37,8 % una asociación con Europa, estos últimos encontrándose en su mayoría en la zona de Kiev y la parte occidental de Ucrania⁵⁸.

Es en ese contexto, y con una marcada división de intereses en la ciudadanía ucraniana, que ciertas regiones al este del territorio ucraniano se oponen a seguir los lineamientos del nuevo gobierno y con un anhelo separatista proponen la realización de un referéndum el 16 de marzo del 2014, tal fue el caso de la península de Crimea y la ciudad de Sebastopol. Es así como con un total de 1 233 002 votos a favor, representando el 96.77 % de los participantes⁵⁹, Crimea reconoce su independencia frente a Ucrania y su posterior anexión a la Federación Rusa. Como era de esperarse, Ucrania y los demás países occidentales se opusieron a este referendo calificándolo como inconstitucional y una violación al Derecho Internacional.

La decisión fue formalizada el 18 de marzo con la firma del tratado de anexión a Rusia, bajo la opinión de que el gobierno ruso debía respetar la voluntad popular de las masas y la soberanía del pueblo de Crimea. Esto continuó con el aumento de la presencia militar rusa en la zona, que según el Kremlin tenía el interés de garantizar la seguridad e integridad de los rusos en Crimea hasta tanto se estabilizara la situación⁶⁰.

Esto conllevó a que se presentara un proyecto de resolución en el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas a los fines de condenar el referendo de Crimea. Sin embargo, con el uso del derecho a veto por parte de Rusia, el mismo fracasó. Esto fue de cierta forma subsanado a través de la Resolución 68/262 de la Asamblea General de Naciones Unidas que

55 Arbuét-Vignali, Heber, 12.

56 Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación entre Ucrania y la Federación Rusa. *Tratados y acuerdos internacionales registrados en la Secretaría General de Naciones Unidas*. (Kiev: Naciones Unidas, 1997).

57 Memorandum relativo a asuntos de seguridad en conexión con la unión de Ucrania al Tratado de No Proliferación Nuclear. *Tratados y acuerdos internacionales registrados en la Secretaría General de Naciones Unidas*. Budapest: Naciones Unidas, 1994. 52241.

58 Bonet, Pilar. *Las dos Ucrainas frente a Europa*. El País. 29 de noviembre de 2013.

59 Actualidad RT. «Crimea declara su independencia y persigue el reconocimiento de Naciones Unidas». Actualidad RT. 17 de marzo de 2014.

60 Actualidad RT. «Putín sobre Ucrania: Las medidas de Rusia son adecuadas debido a que la vida de rusos está amenazada». Actualidad RT, 2 de marzo de 2014.

el 27 de marzo del 2014 reconocía la integridad territorial de Ucrania con un total de 100 votos⁶¹, sin embargo, esta no tiene efecto vinculante alguno y se entiende como una mera declaración de principios. De igual forma, esta acción fue condenada por los organismos de la Unión Europea y el G7.

Finalmente, el 15 de abril, la Rada Suprema de Ucrania aprueba que Crimea y Sebastopol tengan el carácter de territorios bajo ocupación temporal, pero que pertenecen a Ucrania y deben ser regidos por sus leyes, sin embargo, Rusia es la responsable de posibles violaciones a los Derechos Humanos allí ocurridas. Esto conllevó a que se extendiera el sentimiento separatista influenciado por Rusia, principalmente en la región de Donbas que incluye a las provincias de Donetsk y Luhansk que también fueron declaradas independientes el 12 de mayo.

De todo lo anterior surge la necesidad de realizar un acuerdo internacional que delimitara los intereses y objetivos dentro del conflicto. Reunidos en Minsk, capital de Bielorrusia, y bajo los auspicios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) aparecen en el panorama los acuerdos de Minsk I y Minsk II, este último secundado mediante la resolución 2202 (2015)⁶² del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y respaldando el «Paquete de Medidas para la implementación de los Acuerdos de Minsk» aprobado originalmente por el Cuarteto de Normandía, a saber: Rusia, Ucrania, Francia y Alemania. El resultado de estas medidas para el año 2016 puede verse resumido en el siguiente cuadro realizado por el Centro Europeo de Estudios Políticos⁶³:

Acuerdos adquiridos	Estado al momento de realización del informe.
1. Cese al fuego.	No realizado.
2. Retirada total de armamento pesado y establecimiento de zona de seguridad.	Parcialmente realizado.
3. Monitoreo por parte de la OLSCE del cese al fuego y la retirada.	Parcialmente realizado.
4. Legislación y elecciones sobre autogobierno local provisional en ciertas regiones.	Parcialmente realizado.
5. Amnistía.	No realizado
6. Intercambio de prisioneros.	Parcialmente realizado.
7. Asistencia humanitaria.	No realizado
8. Modalidades de restablecimiento de relaciones socioeconómicas.	Parcialmente realizado.
9. Entrega del control de la frontera.	No realizado
10. Retirada de fuerzas extranjeras y desarme de grupos ilegales.	No realizado
11. Reforma constitucional en Ucrania que incluya autogobiernos y estatus especiales.	Parcialmente realizado.
12. Elecciones en zonas de autogobierno local provisionales monitoreadas por la OSCE.	No realizado
13. Grupos trilaterales.	Realizado de forma limitada.

Luego de esa fecha han ocurrido alrededor de tres intercambios de prisioneros y el actual presidente Zelensky se ha mantenido interesado

61 Resolución 68/262 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la integridad territorial de Ucrania. Naciones Unidas. Nueva York: A/RES/68/262, 2014.

62 Resolución 2202 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7384a sesión. 2015. S/RES/2202 (2015). Nueva York: Naciones Unidas, 2015.

63 Kostanyan, Hrant y Meister, Stefan. «Ukraine, Russia and the EU Breaking the deadlock in the Minsk process». 423, Bruselas : CEPS Working document, Junio de 2016. 978-94-6138-528-4.

en continuar con las negociaciones del Foro de Normandía. Esto fue posible únicamente de haber aceptado la fórmula Steinmeier para establecer el estatuto especial de los territorios rebeldes luego de realizadas las elecciones. Sin embargo, el cumplimiento ha sido cuanto menos, escaso. Ucrania, bajo el apoyo de Occidente, alega que el primer cumplimiento debe ser el relativo a los temas de seguridad como el cese al fuego y la retirada de tropas ilegales, según ellos, esto llevaría entonces a la posibilidad de encarar el debate político interno relativo a los autogobiernos locales provisionales y la reforma constitucional⁶⁴. Rusia, por su parte, alega que los verdaderos incumplidores del último Acuerdo de Minsk son los ucranianos en tanto no brindaron a las zonas separatistas la formalización de sus autogobiernos ni la descentralización del poder a través del cambio constitucional que debía ocurrir en 2015. Esto ocurre porque Rusia se ha considerado siempre como garante de los acuerdos de Minsk, pero no como parte de estos.

En los últimos 7 años, el conflicto ha seguido trayendo pérdidas humanas y materiales que ascienden hasta los 14 000 fallecidos y 1 500 000 refugiados⁶⁵. Ante este panorama es que llega la última escalada del conflicto donde, a finales de 2021, servicios de inteligencia occidentales daban seguimiento a una acumulación de tropas en las fronteras de Rusia que daban a Ucrania. Rusia por su parte negaba los alegatos a la vez que reclamaba garantías de Occidente a no expandir la OTAN hacia el este, restricciones en armas de Estados adheridos a la OTAN después de 1997 y una prohibición de colaboración con países postsoviéticos.

Finalmente, el 18 de febrero el ejército ucraniano y los grupos paramilitares de Donbas se acusan por haber violado el cese al fuego. Esta excusa fue utilizada por Putin para el 21 de febrero del 2022 reconocer la independencia de quienes serían

la República Popular de Lugansk y la República Popular de Donetsk. El 24 de febrero, bajo la excusa de mantener la seguridad de los ciudadanos rusos en la zona y desmilitarizar Ucrania, el Kremlin lanza una ofensiva de madrugada que según ellos se limitaría a las zonas en conflicto⁶⁶. El mismo día se contabilizaban 40 militares ucranianos fallecidos y la destrucción de 70 objetivos militares en Ucrania que incluían todas las bases y defensas aéreas. A la vez, fueron bombardeadas distintas ciudades importantes y fue ocupada la zona de exclusión de Chernóbil⁶⁷.

Posteriormente, los soldados rusos llegan a la frontera de Kiev, capital de Ucrania, ante lo que se veía como una invasión inminente que siguió acrecentándose en los días posteriores. El lunes 28 de febrero inician oficialmente las negociaciones formales entre representantes de la Federación Rusa y Ucrania en la frontera con Bielorrusia. Todo esto al mismo tiempo que el espacio aéreo ucraniano se encontraba totalmente cerrado y las potencias occidentales prohibían el paso de aviones rusos por sus territorios.

Es importante destacar la dimensión económica de sanciones impuestas por la comunidad internacional al Estado ruso. En primer lugar, se congelaron gran parte de las divisas del Banco Central de Rusia en el extranjero y los activos personales de las figuras más prominentes del gobierno, la exclusión en el sistema interbancario SWIFT y la limitación de las exportaciones. Esto trajo como consecuencia la caída del rublo a sus mínimos históricos, el cierre de la bolsa de Moscú y la prohibición estatal de transferir divisas al extranjero.

Luego de todo lo anterior, el 2 de marzo con una escalada que llevaba 2 000 víctimas civiles ucranianas fatales, el ministro ruso de exteriores, Serguei Lavrov, aseguró que ante las sanciones

64 Cúneo, Miguel Ángel. «El futuro de Ucrania: entre el conflicto de Donbas, la pérdida de Crimea y los Acuerdos de Minsk». *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, 128, (Buenos Aires: Nueva época, 2018).

65 Gómez, Laura. *Cronología del conflicto entre Rusia y Ucrania: de la anexión de Crimea a la guerra*. RTVE. 24 de febrero de 2022.

66 *Cronología del conflicto entre Rusia y Ucrania: de la anexión de Crimea a la guerra*, .

67 Ramzy, Austin. «Invasión a Ucrania: cómo atacó Rusia y qué pasa ahora». *New York Times*. 24 de febrero de 2022.

impuestas por occidente la única alternativa sería el surgimiento de una Guerra Mundial nuclear con carácter devastador para todo el globo⁶⁸.

Es bajo este panorama que el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, Antonio Guterres, indicó que no se había logrado el objetivo para el que había nacido la ONU, pero que no era momento de darse por vencidos, sino de dar otra oportunidad a la paz. En la misma fecha, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó con 141 votos una resolución que condenaba las acciones rusas en territorio ucraniano y demanda un retiro inmediato y sin condiciones de la guerra⁶⁹. Además, el 12 de octubre de 2022 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una resolución para que los países miembros no reconocieran la anexión rusa de las cuatro regiones arrebatadas a Ucrania con 143 países a favor. Un mes más tarde, el 14 de noviembre, aprobaron una exigencia a Rusia para pagar reparaciones a Ucrania con 94 votos a favor⁷⁰.

Sin lugar a duda, el presidente ruso Vladimir Putin ha apostado a la estrategia de una guerra larga, con un conflicto de más de un año y sin que se hayan cumplido realmente ninguno de los objetivos originales. Los avances posteriores al empuje inicial de la invasión han sido escasos y se han caracterizado por la captura ucraniana de varias ciudades anteriormente tomadas por Rusia. La guerra se ha luchado muy parecido a las guerras mundiales del siglo anterior, con trincheras, destrucción de ciudades, actuaciones contra civiles, tales como bombardeos y deportaciones forzadas, operaciones fluviales combinadas y la imposición de instituciones de ocupación como gobierno, fuerzas de policía y unidades de inteligencia⁷¹.

En este año 2023, la entrada al combate de la empresa mercenaria conocida como Grupo Wagner ha significado un repunte para la acción militar rusa que ha reducido consistentemente los avances de Ucrania para la reconquista de su territorio⁷². Este hecho se ha sumado a las inclemencias del invierno y el agotamiento de municiones, reduciendo las zonas activas de combate en algunos puntos estratégicos. De ahí que el presidente ucraniano, haya optado por realizar una gira alrededor de las capitales de los principales aliados europeos solicitándoles a sus parlamentos, primero, la entrega de tanques de guerra Leopard y Challenger, luego, de aviones de caza para modernizar la flota ucraniana que data de la época soviética⁷³.

El presidente Zelenky ha propuesto también una fórmula de paz que incluye, entre otras cosas, el cese inmediato de hostilidades, retirada de tropas rusas del territorio de Ucrania, restablecimiento de la integridad territorial, indemnizaciones, castigo a crímenes de guerra y garantías efectivas de no repetición⁷⁴. Es evidente que el Kremlin no aceptará la totalidad de estas medidas pues ha hecho hincapié reiteradamente en su indisposición de negociar sobre los territorios ocupados y se hace más evidente que los equilibrios internacionales de fuerza y contrapesos podría verse seriamente alterados.

b. Violaciones al derecho internacional e internacional humanitario.

En primer lugar, al reconocer la independencia de Crimea frente a Ucrania y anexarse el territorio, la Federación de Rusia incurrió en una severa violación al principio de no intervención que se encuentra enumerado en la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas. A la vez,

68 EFE. «Lavrov: Biden sabe que alternativa a las sanciones es “una guerra nuclear devastadora”». DW. 2022.

69 Redacción BBC Mundo. «Rusia y Ucrania: la Asamblea General de la ONU aprueba una resolución de condena a la invasión rusa». BBC. 2 de marzo de 2022.

70 Naciones Unidas. La ONU y la guerra en Ucrania [en línea]. 27. Diciembre de 2022.

71 Patiño, Carlos Alberto. «Guerra en ucrania, Un Largo y Desastroso Año». Periódico UNAL [en línea]. 21 febrero 2023.

72 Patiño, Carlos Alberto .

73 De Miguel, Rafa. «Zelenski reclama aviones de combate en su primer viaje a las capitales europeas». El País. Londres, 8 febrero 2023.

74 Rizzi, Andrea. «El decálogo de Zelenski para la paz». El país. Nusa Dua, 15 noviembre 2022.

esta violación al derecho internacional desconoce las obligaciones incurridas y aceptadas en cuanto a independencia, soberanía e integridad territorial en Ucrania por parte de Rusia a través del Memorándum de Budapest de 1994 y el Tratado de Amistad, Asociación y Cooperación en 1997 que fueron planteadas anteriormente en el presente escrito.

La Carta de Naciones Unidas establece también claramente en su artículo 2 acápito 4 como sigue: Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas⁷⁵.

A la vez, el primer artículo del Acta de la Conferencia en Seguridad y Cooperación celebrada en Helsinki en 1975 indica que:

Los Estados participantes respetarán la igualdad soberana y la individualidad de cada uno de los demás, así como todos los derechos inherentes y abarcados por su soberanía, incluido en particular el derecho de todo Estado a la igualdad jurídica, a la integridad territorial y a la libertad e independencia política⁷⁶.

Porsifuerapoco, el primer artículo del Memorándum de Budapest firmado entre Ucrania, la Federación Rusa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América en el año 1994 indica el compromiso de todas las partes firmantes a respetar la independencia, la soberanía y las fronteras existentes en Ucrania. Al mismo tiempo que afirman evitar el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política ucraniana, por lo que las

armas de estos países nunca serían utilizadas contra Ucrania, salvo en los casos previstos en la Carta de Naciones Unidas⁷⁷.

De ahí que el reclamo de también anexarse la zona de Donbás bajo los mismos argumentos utilizados al momento de la anexión de Crimea representa una violación a las normativas de convivencia internacionalmente aceptadas aun cuando el trasfondo de dicha ejecución choque con el Principio de Libre determinación de los pueblos, por lo que debe ser ampliamente rechazada y condenada por todos los países signatarios de los documentos constitutivos de Naciones Unidas.

Por su parte, debemos entender el Derecho Internacional Humanitario como las normas que por razones humanitarias buscan limitar los efectos de los conflictos armados con carácter internacional a los fines de proteger a quienes no participan en el conflicto o ya no pueden continuar participando en los combates⁷⁸. El conflicto entre Rusia y Ucrania no es la excepción a las escaladas armadas que terminan afectando las condiciones de vida de los civiles expuestos al conflicto en clara violación a lo dispuesto por la Carta de Naciones Unidas, los Convenios de Ginebra y el Acta Final de Helsinki.

En cuanto a las violaciones al derecho internacional humanitario, debemos destacar que el Alto Comisionado de la Oficina de las Naciones Unidas para los Asuntos Humanitarios emitió en 2017 un informe en el que indicaba que los representantes de Rusia que controlaban la península de Crimea habían realizado abusos de derechos humanos, entre los que se incluía la tortura y desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de civiles⁷⁹, violentando lo establecido en el IV Convenio de Ginebra relativo a personas ajenas al conflicto en territorios ocupados.

75 Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de San Francisco. San Francisco, California : UN, 1945.

76 Acta Final de la conferencia en seguridad y cooperación en Europa. Acta Final de Helsinki. Helsinki: s.n., 1975.

77 Memorándum relativo a asuntos de seguridad en conexión con la unión de Ucrania al Tratado de No Proliferación Nuclear. Tratados y acuerdos internacionales registrados en la secretaría General de Naciones Unidas. Budapest: Naciones Unidas, 1994. 52241.

78 Comité Internacional de Ginebra. ¿Qué es el derecho internacional humanitario? (Ginebra : CICR, 2019).

79 Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine). Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra: UN, 2020.

En cuanto a la escalada actual del conflicto, la Misión de Observación de Derechos Humanos en Ucrania que trabaja desde el 2014 garantizando la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ucranianos y las fuerzas en conflicto informó a finales de marzo que en la guerra resultante se habían violado los principios de distinción y proporcionalidad y la prohibición de ataques indiscriminados que están previstos en las convenciones de Ginebra y los protocolos adicionales de 1977. Lo anterior ha sido observado en la destrucción de escuelas, hospitales y apartamentos por ataques aéreos rusos⁸⁰. A la vez, registraron bombardeos indiscriminados por parte de fuerzas ucranianas en Donetsk y Lugansk, lo que implica que ambas partes están cometiendo este tipo de infracciones que constituyen crímenes de guerra.

Por si fuera poco, durante el tiempo posterior a la invasión, Rusia ha violado constantemente los acuerdos adquiridos en la mesa de negociación con dos temas importantes. En primer lugar, ha impedido el ingreso de ayuda humanitaria a los centros del conflicto como es la ciudad de Mariupol, afectando de esta forma la seguridad alimentaria de los residentes y, en segundo orden, ha violado y atacado los corredores humanitarios designados como vías de escape para los ciudadanos residentes de los centros urbanos asediados.

Producto de todo lo anterior, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas favoreció la realización de un debate sobre el deterioro de derechos humanos en Ucrania con una votación favorable de 29 de los 47 miembros del hemisferio. Es por esto por lo que se tratará una resolución que aborde las violaciones a los derechos en el conflicto, luego de que la embajadora ucraniana haya declarado que lo anterior no haya sido un

ataque a Ucrania, sino contra todos los Estados miembros, las Naciones Unidas y los principios que llevaron a crear dicha organización.

A principios de abril del año 2022, cuando las fuerzas ucranianas recuperaban el control de la región de Kiev y Bucha, fueron reproducidas globalmente imágenes que significaban la realización de atrocidades tan graves como las que había visto el mismo continente hace alrededor de 80 años. Fueron reportados cadáveres amordazados, amarrados, quemados dentro de vehículos, disparados en la vía pública e incluso cadáveres amontonados en las calles o en fosas comunes improvisadas⁸¹.

Las imágenes, en su mayoría censuradas, representan una verdadera masacre. El presidente Zelensky se ha adelantado a indicar que lo mismo constituye un genocidio y los medios y gobiernos occidentales lo declaran un crimen de guerra.

La realidad es que existe una diferencia real entre los conceptos. En primer lugar, el genocidio implica la intención de destruir un grupo étnico, racial o religioso en específico a través de una política de ataques a gran escala, es esta intencionalidad la que lo diferencia de los crímenes de lesa humanidad que según los estatutos del Tribunal Penal Internacional son realizados en momentos de paz e incluyen delitos como asesinato, encarcelamiento, violación, esclavitud, desapariciones forzadas, tortura, apartheid y deportación. Por otra parte, los crímenes de guerra propiamente dichos son violaciones a los Convenios de Ginebra y a las costumbres recogidas en el Derecho Internacional Humanitario, se entienden como los asesinatos, los malos tratos en los territorios ocupados, el asesinato o los maltratos de los prisioneros de guerra, la destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, la toma y la ejecución de rehenes y la

80 Noticias UN. «En Ucrania se podrían estar cometiendo crímenes de guerra por ambas partes». Naciones Unidas. 25 de marzo de 2022.

81 Redacción BBC Mundo. «Rusia y Ucrania: la "terrible" evidencia sobre posibles crímenes de guerra hallada por la BBC a las afueras de Kiev». BBC Mundo. 2 de abril de 2022.

devastación que no se justifique por la necesidad militar⁸².

Según lo planteado en el párrafo anterior, las acciones perpetradas por la milicia rusa corresponden a los actos delictivos establecidos en el artículo 8 relativo a crímenes de guerra del Estatuto de Roma. Es este documento el que en julio de 1998 crea la Corte Penal Internacional a los fines de enjuiciar crímenes graves en materia internacional. Surge sobre las bases de los juicios de Nuremberg y Tokio y los tribunales Ad Hoc creados por Naciones Unidas para los crímenes cometidos en Yugoslavia y Ruanda. Esta vía podría parecer la correcta para zanjar los actos realizados en territorio ucraniano sin impunidad.

Sin embargo, nos vemos de frente con un problema y es el hecho de que ni Rusia ni Ucrania han ratificado el Estatuto de Roma que instruye la Corte Penal Internacional. Para ser más específicos, Rusia se retiró del Estatuto en el año 2016 y Ucrania había sido signataria en el año 2000 aunque nunca llegó a ratificarlo por la supuesta necesidad de modificar la constitución a tales fines. De ahí que debemos cuestionar la competencia de la Corte para condenar penalmente a los involucrados en estos crímenes de guerra.

El análisis conjunto de los artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma nos hace entender varias cosas. En primer lugar, entendemos que cuando los Estados pasan a ser parte del Estatuto con su ratificación, reconocen *ipso facto* la competencia de la Corte, este no podría ser el caso pues ninguno de los Estados ha llegado a ser parte de este. De ahí que parten tres posibles escenarios:

1. La corte investiga por *motu proprio* a través del fiscal si el Estado no firmante acepta la competencia jurídica de la Corte: Ucrania ya ha reconocido la autoridad de la Corte

para investigar los sucesos del Maidán y la adhesión de Crimea que tuvieron lugar entre 2013 y 2015⁸³. Sin embargo, esta opción implica que el fiscal jefe solicite a la Sala de Cuestiones Preliminares la apertura de una investigación, la decisión de esta sala podría retrasar el proceso.

2. Un Estado parte del Estatuto remite la situación a la Corte Penal Internacional para iniciar la investigación: En palabras del propio fiscal jefe, Karim Khan⁸⁴, esta sería la alternativa más rápida para hacer un proceso efectivo contra los crímenes perpetrados por el Estado ruso. Pues, según el artículo 14 del Estatuto, la fiscalía podría iniciar investigaciones independientes sin solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares. El gobierno de Lituania ha aprobado ya una iniciativa para referir al fiscal general los crímenes cometidos por el alto mando militar ruso.

3. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remite la situación a la Corte Penal Internacional: Sin embargo, cualquier miembro permanente podría vetar la resolución que remita a la Corte el asunto⁸⁵, por lo que podríamos contar con el voto negativo de la Federación Rusa y, en consecuencia, la imposibilidad de que el asunto prospere.

Es importante destacar que el resultado de la última investigación finalizada en 2020 indica la existencia de indicios razonables de existencia de crímenes de guerra y lesa humanidad luego de la invasión de Crimea, por lo que esta investigación podría traer conclusiones más contundentes a los fines de ampliar un posible caso contra el mando militar ruso en la Corte Penal Internacional. Por ahora, las potencias occidentales han mostrado su interés y respaldo en la posibilidad de presentar los hechos anteriormente descritos ante la referida

82 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9. Roma: s.n., 1998.

83 Sixto, Estefanía. «El papel de la Corte Penal Internacional en la crisis de Ucrania». 5 días. 2 de marzo de 2022.

84 Sixto, Estefanía .

85 Naciones Unidas. «Preguntas y respuestas del Estatuto de Roma». UN. [En línea] s.f.

Corte, por lo que posiblemente sea solo cuestión de tiempo que este órgano sirva eficazmente como mecanismo de protección de los derechos de los civiles involucrados en el conflicto.

c. Relaciones culturales: un análisis desde la visión de civilizaciones escindidas.

Hasta este punto está más que claro que las implicaciones del conflicto entre Rusia y Ucrania no se tratan simplemente de juegos de poder o estratagemas por el dominio global, sino que tienen sus bases en el enrevesado pasado común de las naciones y la carga cultural consecuente del mismo. Por si fuera poco, Ucrania se encuentra geográficamente ubicada en lo que el maestro Samuel P. Huntington llamaría las fronteras mismas de las civilizaciones occidental y ortodoxa cuya tesis se basa en que «la cultura y las identidades culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de la posguerra fría»⁸⁶.

Es producto de lo anterior que Ucrania es un país dividido. Por un lado, la parte oriental prorrusa con mayoría lingüística rusa, que pertenecía al régimen soviético y con anterioridad al régimen zarista y, por el otro, el lado occidental con intereses europeístas, anteriormente alemán, polaco o austrohúngaro que seguían la Iglesia con ritos ortodoxos pero con reconocimiento de la autoridad del papa⁸⁷. Lo que una vez fue el telón de acero que dividía la Europa occidental con valores liberales de la Europa oriental y sus Estados satélites de la Unión Soviética, se ha trasladado cientos de kilómetros al este y termina partiendo a Ucrania justo por la mitad.

Es claro que, después de Rusia, Ucrania era la mayor antigua república soviética y que, si bien, ha sido independiente en algunos momentos y tiene un fuerte sentimiento de identidad nacional,

la mayoría de su historia ha estado incluido en alguna entidad dependiente del esquema político de Moscú. Sin embargo, luego de la caída de la Unión Soviética, las raíces occidentales de la parte oeste de Ucrania, proceden a acercarse en sus relaciones con la Unión Europea y los Estados Unidos⁸⁸, convirtiéndose en un punto estratégico de defensa militar tanto para la Organización Tratado del Atlántico Norte como para el gobierno ruso y de importancia económica por ser la zona donde transcurren los gaseoductos que alimentan a Europa de combustible ruso.

A ambos lados de la línea de fractura que divide a Ucrania desde hace al menos cinco siglos, cada bando tiene razones para subrayar su propia identidad alineada a una civilización y remarcar las diferencias que se generan con la otra parte en conflicto. Es como consecuencia de lo anterior que el conflicto que podría parecer local termina, debido a diferencias culturales, pasando a ser un choque de civilizaciones en la que cada parte recibe el apoyo y solidaridad de la referida civilización pues la amenaza de uno u otro bando es magnificada como una amenaza para las bases mismas de la civilización.

La situación en Ucrania tiene un problema mayor y es que las naciones unidas, por circunstancias históricas pero que quedan entre líneas de fractura de civilizaciones, viven en una constante división pues hay una tendencia natural de unirse a los países con cultura similar y contrastarse a los países con diferencias culturales, en las naciones escindidas esto no es posible⁸⁹.

El mismo maestro Huntington, reconocía hace poco más de 20 años, diferentes salidas al conflicto ucraniano. Entre esas, remarcaremos dos que parecen ser las más relevantes en cuanto a la realidad actual. Por un lado, planteaba la posibilidad de que Ucrania se escinda en

86 Huntington, Samuel. *El choque de civilizaciones*. (Barcelona: Espasa Libros, 1996), 15.

87 Arbué-Vignali, Heber. «Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional». *Revista de derecho público*, XXIII, 45, (agosto de 2014), 7-35.

88 Cárdenas, Francisco. Baja California: Universidad Autónoma Baja California, s.f.

89 Huntington, Samuel, 131.

dos entidades separadas según la marca de la línea de fractura y que la parte oriental termine fundiéndose con Rusia⁹⁰. Esta posibilidad podría hacer sentido bajo los intereses culturales de las zonas del este de Ucrania y los hechos que hemos visto repetidos en Crimea, Sebaspool y Donbas con los referendos independentistas y de adhesión a Rusia. Sin embargo, los actuales intereses encontrados entre las civilizaciones en conflicto, difícilmente permitirían que tal cosa ocurra sin un conflicto de escala global y que cobre la vida de más personas.

Por otro lado, planteaba la posibilidad de una Ucrania unida como entidad política pero escindida culturalmente que en una potencial unión con Rusia, luego de que hayan sido zanjadas las cuestiones relativas a fuerzas armadas y armas nucleares, se convertiría en el núcleo del mundo ortodoxo⁹¹. Como hemos visto, a pesar de que el Memorándum de Budapest y el Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación resolvieron parcialmente los problemas relativos a las armas nucleares heredadas por el desmembramiento de la Unión Soviética, las relaciones entre ambos países continuaron en una tensión casi perpetua y que ha desencadenado en el conflicto que aquí analizamos.

Producto del fenómeno mencionado anteriormente, dígame la necesidad de utilizar los rasgos culturales para diferenciarse de otra civilización, es que desde Kiev han surgido políticas que buscan desligarse culturalmente de la realidad rusa, medidas que evidentemente no han sido del agrado de las zonas orientales de Ucrania. Tal es el caso de la Ley de Educación proclamada en 2017 y puesta en práctica en 2020 que declara el ucraniano como único idioma oficial en la educación del país y destierra

a otras lenguas como locales. Por otro lado, la Ley de lenguas indica que todos los documentos oficiales provenientes del Estado, la producción de películas, programas de televisión, demás medios de prensa y publicación de libros debe ser priorizada en ucraniano, no sin reconocer ciertas concesiones a minorías étnicas como los húngaros y rumanos, pero en desmedro del uso del ruso⁹². Evidentemente con el interés de consolidar la cultura ucraniana y distanciarse de las pautas culturales de la civilización ortodoxa.

Como contraparte, un ensayo publicado por el mismo Putin en julio del año 2021 titulado «Sobre la unidad histórica de rusos y ucranianos»⁹³ hace un recuento narrativo de la unión en el pasado de ambos Estados bajo una misma entidad política, mismo idioma y misma fe, criticando las medidas legislativas antirrusas. Además, destacaba la propiedad original rusa de Crimea que no fue cedida a la República Socialista Soviética de Ucrania hasta mediados del siglo pasado, en lo que él consideraba una mala jugada de la historia. Por si fuera poco, aclara que la composición geográfica y étnica actual de Ucrania no es más que un producto de la era soviética por un trazado de fronteras experimental e inorgánico realizado por los bolcheviques sin tomar en cuenta las realidades sociales y étnicas. En resumen, condena lo que denomina un cambio de identidad forzado.

Ambas explicaciones no son más que la muestra de cómo Ucrania, dirigida por sus intereses prooccidentales, ha seguido un proceso de transformación cultural para alejarse de la tradición que une Ucrania oriental con la civilización ortodoxa⁹⁴. Esto puede verse como el ejemplo vivo de cómo la línea de fractura entre civilizaciones que cruza Ucrania tiene implicaciones que van

90 Huntington, Samuel. *El choque de civilizaciones*, 160.

91 Huntington, Samuel. *El choque de civilizaciones*, 161.

92 Huntington, Samuel. *El choque de civilizaciones*, 161.

93 Putin, Vladimir. «Sobre la unidad histórica de rusos y ucranianos». Moscú: s.n., 2021.

94 Ossa, Pietro. *Ucrania, ¿un choque de civilizaciones?, Una revisión de los niveles micro y macro del choque ucraniano*. (Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2020).

desde el nivel micro hasta el nivel macro con el choque civilizacional resultante entre potencias.

IV. Poder, cultura y derechos humanos: hacia la renovación del paradigma jurídico.

Hasta este punto hemos de haber entendido el proceso de desarrollo de la doctrina internacional en materia de derechos humanos y el cómo, aún luego de 70 años y amenazas constantes, la complejidad de los conflictos cómo el que analizamos en el presente trabajo nos dejan la interrogante de qué tanto puede sostenerse el *statu quo* en materia internacional hasta reconocer la necesidad de cambios. Lo anterior se desprende esencialmente del conocimiento del choque entre valores occidentales y orientales en materia de derechos humanos que ha permeado el modo de hacer diplomacia desde los debates para la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que ha llevado a ciertos sectores a cuestionar su legitimidad y el cómo las visiones de lo correcto e incorrecto en ambos hemisferios degeneran en el conflicto Ucrania-Rusia.

Analizamos además el cómo algunas normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos adquieren un carácter vinculante al ser puesta en práctica de forma consuetudinaria por los Estados miembros de la comunidad internacional. De ahí que, aun siendo considerada una resolución de la Asamblea General, ya muchos de sus artículos se han tornado en principios generales del derecho aceptados generalmente en la mayoría de los países, convirtiéndose en esta forma una parte del documento en vinculante. En ese mismo apartado, reconocimos las dificultades generadas por la no vinculatoriedad de las decisiones emanadas de la Asamblea General y las consecuencias del poder de veto en el sistema de Naciones Unidas.

Analizamos además el cómo algunas normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos adquieren un carácter vinculante al ser puesta en práctica de forma consuetudinaria por los Estados miembros de la comunidad internacional. De ahí que, aun siendo considerada una resolución de la Asamblea General, ya muchos de sus artículos se

han tornado en principios generales del derecho aceptados generalmente en la mayoría de los países, convirtiéndose en esta forma una parte del documento en vinculante. En ese mismo apartado, reconocimos las dificultades generadas por la no vinculatoriedad de las decisiones emanadas de la Asamblea General y las consecuencias del poder de veto en el sistema de Naciones Unidas.

Hicimos de igual forma un repaso general de las relaciones entre las potencias en conflicto y observamos las implicaciones históricas de las relaciones entre ambas. En ese sentido, recorrimos los hechos previos y posteriores a la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que han generado el sentimiento de nacionalidad en Ucrania y la diferenciación con Rusia. De ahí que partamos la hipótesis de que Ucrania es un caldo de cultivo para conflictos culturales al encontrarse justamente en la línea de fractura que divide la civilización occidental y la ortodoxa. Por lo que aquí vemos, resulta también de un proceso propio del choque de civilizaciones que lleva desde la escala cultural interna del país hasta los intereses transnacionales de las potencias líderes de las referidas civilizaciones.

Dedicamos de igual forma un espacio a analizar los hechos realizados por ambas partes en el conflicto que violen directa o indirectamente el derecho internacional y el derecho internacional humanitario. Reconocimos las atrocidades cometidas por Rusia que, sin lugar a duda, han violado los Convenios de Ginebra en materia de derecho internacional humanitario y cómo, de acuerdo con el Estatuto de Roma, debe iniciarse un proceso de investigación ante la Corte Penal Internacional, de forma preferible con la remisión de la situación por parte de un Estado signatario, ya que ninguno de los dos Estados involucrados son signatarios de este.

Es con todo lo anterior que llegamos a este punto, reconociendo que el conflicto que aquí nos atañe por su complejidad entremezcla aspectos relativos al poder internacional, a temas culturales y a la noción misma de derechos humanos universales. Nos encontramos, entonces, ante una situación

de tensión cruzada que nos coloca a abrirnos la puerta de repensar el paradigma imperante en materia de derechos humanos en el campo internacional.

a. Oportunidad de repensar el paradigma.

El encontrarnos con este tipo de conflictos que tocan nuestras fibras más humanas nos retrotraen al momento mismo de la firma del Tratado de San Francisco que, luego de una guerra de escala mundial, dio apertura al entramado internacional más complejo jamás visto y que busca dar respuesta efectiva a toda clase de situaciones a nivel global. Sin embargo, el mundo que vio las atrocidades cometidas por el régimen Nazi en la Segunda Guerra Mundial difiere mucho del mundo que existe poco más de 70 años después.

Las cuotas de poder entre potencias, los valores, la composición misma de los Estados miembros y la capacidad económica de cada país han variado incluso impulsados por el sistema mismo de Naciones Unidas que busca generar paz y estabilidad económica. En ese sentido, el balance de poder que impera actualmente en el panorama internacional se ve desfasado por importantes grupos de países que no comulgan directamente con el esquema de valores occidentales y, en consecuencia, afectan su legitimidad. Lo anterior no representa algo intrínsecamente negativo, sino una oportunidad de mejora para aprovechar la actual crisis o el actual conflicto para repensar el sistema universal de valores en materia de derechos humanos hacia uno más inclusivo y que incluya distintas cosmovisiones.

La importancia de repensar el sistema radica en que, de lo contrario, la crisis de legitimidad de los valores occidentales seguirá generando escisiones cada vez más profundas y choques entre civilizaciones más conflictivos. Por lo que, a los fines de evitarlo, evaluaremos algunas posibilidades de mejora que legitimarían más el sistema marco de relaciones internacionales en materia de derechos humanos.

b. Una carta de derechos vinculante y que refleje la cosmovisión de todas las naciones.

Como vimos anteriormente, el choque entre las potencias occidentales y orientales al momento de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, nos heredó un documento marco que es visto por gran parte del mundo como un reflejo del presupuesto moral y filosófico de occidente sumado al desarrollo de sus propias revoluciones e historia. En ese sentido, gran parte de los pueblos sionistas, confucionistas, ortodoxos y árabes no encuentran en dicho documento la representación de sus ideas o su historia, por lo que no lo legitiman y realizan de forma esporádica violaciones consideradas graves a esta.

Al haber entendido que el actual conflicto que compete a Ucrania y Rusia es resultado también de ese choque de visiones sobre la dignidad humana, debemos destacar entonces que no basta con creer en una universalidad producida en las particularidades de cada cultura, pues este planteamiento trae implícita la idea de que el «deber ser» es la idea occidental de cultura civilizada y derechos humanos en desmedro de las otras visiones. De ahí que, contrario a lo anterior, sea necesario reformular las bases mismas de las nociones de dignidad y derechos humanos para generar una que realmente simbolice la suma y el punto de común acuerdo de las bases de derechos de todos los grupos civilizatorios. Conjunto a esto, le brindamos más legitimidad a este documento con tanta relevancia y le damos mayor fuerza de obligatoriedad pues los Estados se ven obligados a aquello que sienten como parte de su sistema cultural y la Declaración Universal de Derechos Humanos falla en este aspecto.

Siguiendo el orden de ideas en este punto de la obligatoriedad, volvemos nuestros pasos para referirnos al carácter de vinculatoriedad de una Declaración Universal de Derechos Humanos para que sea efectiva. Como sabemos, este documento se trata de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y que, según la Carta de Naciones Unidas, dicho documento no tiene fuerza vinculante y no es

más que un instrumento de *soft law*. A pesar de lo anterior, el uso de forma consuetudinaria y el reconocimiento en cartas constitucionales de gran parte de los derechos aquí reconocidos, genera una idea de cumplimiento universal que convierte a esos derechos específicos en un núcleo duro de cumplimiento obligatorio. Lo que ocurre es que ciertamente no todos los derechos allí consagrados adquieren esta categoría y, en consecuencia, muchos no son más que recomendaciones.

En ese sentido, es necesario que la Declaración Universal de Derechos Humanos provenga de un ente que done vinculatoriedad total a los derechos ahí prescritos. En el sistema de Naciones Unidas, solo el Consejo de Seguridad tiene esta potestad, sin embargo, esto solo podría ser alcanzable con la buena voluntad de los cinco miembros permanentes del mismo que podría adquirirse si ven reconocidos en este instrumento sus cosmovisiones y presupuestos filosóficos y no vean más la declaración como una imposición occidental.

c. Una relación de poder en el Consejo de Seguridad que refleje la realidad actual del mundo.

No es un secreto para nadie que uno de los principales problemas que atan a las Naciones Unidas en la realización efectiva de su labor para garantizar la paz es el esquema del derecho a veto de las cinco potencias, garantizado por la Carta constitutiva de la misma. Bajo esta posibilidad se han bloqueado constantemente iniciativas que podrían detener posibles conflictos de mayor escala pues una de las potencias tiene intereses encontrados en el mismo. La condena por parte del organismo a la invasión rusa en Ucrania no escapa a este paradigma.

Estas instituciones datan de la época de posguerra, de ahí que los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad sean justamente las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, su configuración misma se basa en los intereses y prácticas occidentales con la presencia

de tres de los cinco miembros perteneciendo a esta civilización. Lo que ocurre es que ese balance de poder no es el del mundo actual, el hecho de que hayan vencido la referida guerra guarda cada vez menos relación con la realidad global. Es por esta resultante ineffectividad para afrontar seriamente los desafíos globales cuando hay conflictos de intereses entre las potencias que o es necesario un cambio de funcionamiento o, probablemente, se sigan confiando cada vez más las cuestiones de seguridad en organismos paralelos como es la Organización Tratado del Atlántico Norte.

Ha habido múltiples propuestas de reforma del esquema del Consejo de Seguridad. Evidentemente, la mayoría de ellas afectan los intereses de las potencias que monopolizan actualmente la capacidad de veto pues o eliminan dicho poder o agregan más países con la misma capacidad. Al haber adoptado en el presente trabajo la metodología de estudio de las civilizaciones, podemos afirmar que cada civilización debería tener al menos una representación en el Consejo de Seguridad. Así propuso Brasil al solicitar incluir cinco miembros permanentes sin derecho a veto, a saber: Alemania, Japón, India, Nigeria y Brasil. Ciertamente esta disposición de miembros permanentes, legitima el enfoque de la civilización nipona, latinoamericana e india, aunque deja de lado la inmensa cantidad de musulmanes que viven en el mundo.

Una propuesta de este tipo ayudaría a resolver la crisis de efectividad y confianza que reside en el Consejo de Seguridad. Por si fuera poco, al reevaluar la posibilidad del veto, nos veríamos de frente con un sistema de Naciones Unidas fortificado y con mayor capacidad de afrontar las crisis en materia de derechos humanos y derecho internacional que parecen amenazar los propios cimientos de la organización, como es el caso que aquí nos compete que no logró una resolución con carácter vinculante emitida por el Consejo de Seguridad.

A la vez, el asignar posiciones fijas en el Consejo de Seguridad a países de otras civilizaciones a través de un método de escogencia por parte

de los demás miembros de su civilización genera cohesión, sentido de unidad y pertinencia que abren paso al próximo punto de nuestra propuesta general para repensar el paradigma en materia de derechos humanos.

d. Fortalecimiento de organismos regionales.

Si queremos un esquema universal de protección de derechos humanos más fuerte y efectivo, debemos colocar nuestra confianza en los organismos regionales. Es claro que los organismos internacionales con Estados con coincidencia cultural o pertenecientes a una misma civilización tienen mayor éxito al momento de lograr cambios efectivos y generar el trabajo conjunto, sobre todo cuando comparamos con aquellas organizaciones que buscan ir por diferentes culturas.

El mismo choque de cosmovisiones dificulta el trabajo efectivo en organismo multilaterales de escala global puesto que toda acción se ve con recelo y con la idea de que se busca generar un beneficio a un grupo civilizatorio. Entre otros ejemplos, el de la Unión Europea es muy claro para explicarnos como un ente regional tiene la capacidad de generar todo un entramado que permita a los Estados tener confianza en sus decisiones y colocar temas como los derechos humanos en sus manos para propugnar su defensa colectiva. Los entes veedores amparados en la Convención Europea de Derechos Humanos han tenido un papel preponderante y esencial en el desarrollo del presente conflicto que aquí nos atañe y conjunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sentado las bases para el compromiso de respeto de estos como requisito de membresía.

Sistemas similares deben implementarse a lo largo y ancho del globo, respetando y salvaguardando las diferencias y particularidades de cada civilización y las relaciones con sus vecinos. Es únicamente de esta forma como podemos conseguir que la protección de los derechos humanos deje de ser vista como un tema de superioridad moral e imposición de los valores occidentales y pase

a ser un trabajo entre pares para reconocer las oportunidades de mejora de nuestros propios sistemas.

V. Conclusiones

Es importante terminar denotando que el presente trabajo de investigación es un texto vivo. La complejidad del conflicto entre Ucrania y Rusia y las implicaciones y nuevas noticias que continuarán surgiendo con el paso de los meses podrían brindar nuevos enfoques y perspectivas acerca de la crisis de legitimidad que enfrenta el sistema de derechos humanos a nivel internacional, especialmente en países no occidentales. Sin embargo, no seamos pesimistas, una crisis de este tamaño no debe ser más que una oportunidad para repensar la realidad en la que vivimos y tratar de evitar que este tipo de conflictos puedan llegar a niveles mayores como la pérdida al miedo de la doble destrucción. Ha llegado el momento, después de 78 años de finalizada la última guerra con implicaciones planetarias, de preguntarnos ¿cómo podemos repensar y renovar el paradigma de derechos humanos que nos compete?

Referencias

Acosta-López, Juana Inés y Duque Vallejo, Ana María. *Declaración Universal de Derechos Humanos. ¿Norma Ius Cogens?* Vol. 12 Bogotá: Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá, 2008,.

Acta Final de la conferencia en seguridad y cooperación en Europa. Acta Final de Helsinki. Helsinki: s.n., 1975.

Actualidad RT. «Crimea declara su independencia y persigue el reconocimiento de Naciones Unidas». *Actualidad RT*. 17 de marzo de 2014.

Actualidad RT. «Putin sobre Ucrania: Las medidas de Rusia son adecuadas debido a que la vida de rusos está amenazada». *Actualidad RT*. 2 de marzo de 2014.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. «Historia de los derechos humanos: un relato por terminar». Portal ACNUR. [En línea] Organización de Naciones Unidas, 12 de octubre de 2017. [Citado el: 30 de febrero de 2022.] <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/historia-de-los-derechos-humanos-un-relato-por-terminar>.

Amnistía Internacional. Extracto del informe 2021/22 relativo a Ucrania. Amnesty. [En línea] 2022. [Citado el: 15 de marzo de 2022.] <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/paises/pais/show/ucrania/>.

Amnistía Internacional. Rusia en base al informe 2021/22. Amnesty. [En línea] 2022. [Citado el: 15 de marzo de 2022.] <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/paises/pais/show/rusia/>.

Bonet, Pilar. «Las dos Ucránias frente a Europa». *El País*. 29 de noviembre de 2013.

Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de San Francisco. San Francisco, California: UN, 1945.

Comité Internacional de Ginebra. Qué es el derecho internacional humanitario? Ginebra: CICR, 2019.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27. Viena: Naciones Unidas, 1969.

Cárdenas, Francisco. *La escisión social de Ucrania; Crisis legitimidad y poder; Rusia vs Occidente*. Baja California: Universidad Autónoma Baja California, s.f.

Cúneo, Miguel Ángel. *El futuro de Ucrania: entre el conflicto de Donbas, la pérdida de Crimea y los Acuerdos de Minsk*. Cuadernos de Política Exterior Argentina, 128, Buenos Aires: Nueva época, 2018.

De Miguel, Rafa. «Zelenski reclama aviones de combate en su primer viaje a las capitales europeas». *El País*. Londres, 8 Febrero 2023.

EFE. Lavrov: «Biden sabe que alternativa a las sanciones es “una guerra nuclear devastadora”». DW. 2022.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco: Naciones Unidas. Art. 38.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9. Roma: s.n., 1998.

Faúndez, Héctor. *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. [ed.] Marisol Molestina. Cuarta Edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Fundación Juan Vives Suriá. *Derechos humanos: historia y conceptos básicos*. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010.

Gómez, Laura. «Cronología del conflicto entre Rusia y Ucrania: de la anexión de Crimea a la guerra». RTVE. 24 de febrero de 2022.

Griffin, James. «Derechos Humanos: Una idea incompleta». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Universidad Santiago de Compostela. 2003. Ed. 38.

Hukovsky, Lucía. «El Estado de los Derechos Humanos en Rusia y su tercer examen en la ONU». CADAL. [En línea] 17 de febrero de 2019. [Citado el: 15 de marzo de 2022.] <https://www.cadal.org/publicaciones/articulos/?id=11720>.

Huntington, Samuel. *El choque de civilizaciones*. Barcelona: Espasa Libros, 1996.

Informe nacional de Rusia presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Ginebra: UN, 2018.

Informe del Secretario General sobre la Situación de los derechos humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania). Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Ginebra: Consejo de Derechos Humanos, 2020. A/HRC/44/21.

Kostanyan, Hrant y Meister, Stefan. *Ukraine, Russia and the EU Breaking the deadlock in the Minsk process*. 423, Bruselas: CEPS Working document, junio de 2016.

Malanczuk, Peter. *Akehurt's Modern Introduction to International Law*. Londres: Routledge, 1970.

Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Ciudad de México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004.

Memorandum relativo a asuntos de seguridad en conexión con la unión de Ucrania al Tratado de No Proliferación Nuclear. Tratados y acuerdos internacionales registrados en la secretaría General de Naciones Unidas. Budapest: Naciones Unidas, 1994.

Ministerio de Exteriores del Reino de España. Ficha país Ucrania. Madrid: Oficina de Información Diplomática, 2021.

Ministerio de Exteriores del Reino de España. Ficha país Rusia. Madrid: Oficina de información Diplomática, 2021.

Naciones Unidas. «Preguntas y respuestas del Estatuto de Roma». UN. [En línea] s.f. [Citado el: 27 de marzo de 2022.] <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>.

Naciones Unidas. «UN Security Council Meetings & Outcomes Tables: Security Council - Veto List». United Nations [En línea]. [Citado el: 30 de agosto del 2022]. s.f. <https://research.un.org/en/docs/sc/quick/veto>

Naciones Unidas. Resumen 2022: *La ONU y la guerra en Ucrania* [en línea]. 27. December 2022 [Citado el 15. March 2023]. Desde: <https://unic.org/es/la-onu-y-la-guerra-en-ucrania/>

Noticias UN. «En Ucrania se podrían estar cometiendo crímenes de guerra por ambas partes». *Naciones Unidas*. 25 de marzo de 2022.

Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Ucrania. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social. New York: Naciones Unidas, 2020. E/C.12/UKR/CO/7.

Operational Data Portal. Refugees fleeing Ukraine (since 24 February 2022). [https://data2.unhcr.org/es/situations/ukraine#_ga=2.62225388.1952633740.1648747484-1888021136.1648747484] Kiev: Ukraine Refugee Situation, 2022.

Ortiz, Loretta. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Doctrina Jurídica Contemporánea. 2004.

Ossa, Pietro. *Ucrania, ¿un choque de civilizaciones?, Una revisión de los niveles micro y macro del choque ucraniano*. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2020.

Patiño, Carlos Alberto. «Guerra en ucrania, Un Largo y Desastroso Año». Periódico UNAL [en línea]. 21 febrero 2023. [Citado 15 marzo 2023]. Disponible: <https://periodico.unal.edu.co/articulos/guerra-en-ucrania-un-largo-y-desastroso-ano>

Proclamación de Teherán. Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Teherán: Naciones Unidas, 1968.

Putin, Vladimir. «Sobre la unidad histórica de rusos y ucranianos». Moscú: s.n., 2021.

Ramzy, Austin. «Invasión a Ucrania: cómo atacó Rusia y qué pasa ahora». *New York Times*. 24 de febrero de 2022.

Redacción BBC Mundo. «Rusia y Ucrania: la “terrible” evidencia sobre posibles crímenes de guerra hallada por la BBC a las afueras de Kiev». *BBC Mundo*. 2 de abril de 2022.

Redacción BBC Mundo. «Rusia y Ucrania: la Asamblea General de la ONU aprueba una resolución de condena a la invasión rusa». *BBC*. 2 de marzo de 2022.

Resolución 68/262 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la integridad territorial de Ucrania. Naciones Unidas. Nueva York: A/RES/68/262, 2014.

Resolución 2202 (2015) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7384a sesión. S/RES/2202 (2015). Nueva York: Naciones Unidas, 2015.

Rizzi, Andrea. «El decálogo de Zelenski para la paz». *El país*. Nusa Dua, 15 noviembre 2022.

Rodríguez, H. Gabriela. «Normas de responsabilidad internacional de los Estados». Martín, Claudia et al., *Derecho internacional de los derechos humanos*. México, Fontamara-Universidad Iberoamericana. 2004.

Salmón, Elizabeth. *América Latina y la universalidad de los derechos humanos*. Agenda Internacional. 1999. Vol. 12, no. VI, Lima IDEI-PUCP.

Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine). Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra: UN, 2020.

Sixto, Estefanía. «El papel de la Corte Penal Internacional en la crisis de Ucrania». 5 días. 2 de marzo de 2022.

Sousa da Cunha, Diva Julia y Mayos Solsona, Gonçal. *La idea de dignidad en occidente y las culturas de modernidad reciente: Una macrocomparación de la comprensión del derecho a la dignidad de los países BRICS*. Madrid: III Encontro de Internacionalização Do Conpedi, 2016. Vol. 3.

Soriano, Ramón. *Historia temática de los Derechos Humanos*. Sevilla: Editorial Mad S.L. 2003.

Taibo, Carlos. *Rusia frente a Ucrania: Imperios, pueblos, energía*. Quinta edición. Madrid: Los libros de la Catarata. 2022.

Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación entre Ucrania y la Federación Rusa. Tratados y acuerdos internacionales registrados en la Secretaría General de Naciones Unidas. Kiev: Naciones Unidas, 1997.

Vargas Cárdenas, Andrea. *Situación de los Derechos Humanos en Rusia*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. s.f.

Vargas, Romel Jurado. Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos. [ed.] Universidad Autónoma Metropolitana. Ciudad de México: El Cotidiano, 2013.

Vignali, Heber. «Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional». *Arbuet- 45*, Montevideo: Revista de derecho público, agosto de 2014, Vol. XXIII.

Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo. *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares: XIII Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos, 2016.



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

Campus de Santo Domingo

Av. Abraham Lincoln esq. Av. Simón Bolívar, Santo Domingo, República Dominicana
T. 809 580 1962