



Revista

IURIS Forum

Enero - junio 2021 • Número 1

Escuela de Derecho



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Revista IURIS FORUM

Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes
Escuela de Derecho

© Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2021

Diseño y diagramación:

Ana Svethania Gómez

Corrección:

Florilena Paredes
Equipo editorial

Traducción:

Carmen Luisa Martínez (Artículo de Gilles Paisant)

Edición:

Departamento Editorial,
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Santo Domingo, República Dominicana, 2021

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 publicará semestralmente, con contenido abierto y contribuciones en español e inglés. Estará 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

**Rector magnífico
de la PUCMM**

Rvdo. P. Dr. Secilio Espinal Espinal

**Vicerrector Académico
de la PUCMM**

Dr. David Álvarez Martín

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

Dr. Kiero Guerra Peña

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

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

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

Lic. Héctor Alies Rivas

**Directora de la
Escuela de Derecho - CSTI**

Licda. Anne Gómez Castillo

**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

- 6** Editorial
- 8** **La contratación pública y las potestades de la Administración Pública**
Víctor Rafael Hernández-Mendible
- 27** **Regulación económica y estado social y democrático de derecho: hacia un nuevo paradigma de intervención pública en los mercados**
Frey mi Collado Morales
- 45** **El control de constitucionalidad en los orígenes de la República Dominicana: 1844 - 1899**
Pedro Montilla
- 59** **La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina**
José Ignacio Hernández G.
- 81** **El COVID-19 y la situación jurídica de los consumidores: una mirada desde Francia**
Gilles Paisant



88

Efectos de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el sistema judicial dominicano y su impacto sobre la economía nacional

Mariel Durán y Carlos Camejo

103

Principios del Derecho Espacial para una nueva Era de la actividad humana en el espacio

Orlando Gómez Torres

116

Pruebas documentales y pruebas documentadas de cara al juicio oral: una distinción necesaria

Thiago Marrero Peralta

124

El lavado de activos: análisis comparativo de la legislación penal y administrativa de la República Dominicana y Colombia*

Hernando A. Hernández Quintero

139

Convocatoria para remisión de trabajos para la revista *Iuris Forum*

Editorial IURIS Forum

Crear espacios de investigación jurídica, así como de aportes para una nueva generación de pensadores jurídicos es un trabajo difícil. Muchos son los proyectos que se inician, pero que, al cabo del tiempo, fracasan o quedan descontinuados. Esto se debe, en parte, a que el ejercicio jurídico se ha enfocado más en la parte operativa, sin dejar mayor espacio para generar, crear o reflexionar respecto de la materia prima que hace de la práctica del Derecho algo mágico. No obstante, surgen cada día nuevos y diversos intentos para crear y fomentar espacios de pensamiento crítico, captando así la práctica y, de paso, eliminando las barreras impuestas contra la producción académica en la República Dominicana.

Una de estas iniciativas es *Iuris Forum*. Esta revista de Derecho (*law review, law journal o revue de droit*) nace en el seno de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) 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 enriquecer el debate jurídico y contribuir al pensamiento jurídico latinoamericano. Se trata, por tanto, de un proyecto académico con visión global que, consciente de la innegable transnacionalización del Derecho, pretende estimular la investigación y la discusión jurídica en consonancia con la práctica académica universitaria de la región.

Iuris Forum se publicará semestralmente de manera digital, con un contenido abierto y contribuciones en español, inglés y francés sobre el universo de temas legales y áreas afines. Además, para lograr una publicación conforme a los más altos estándares académicos y de investigación científica, las contribuciones recibidas se someten a una revisión por árbitros-evaluadores pares especialistas en la materia abordada (*peer-review*), quienes formularán las recomendaciones de forma y fondo que consideren pertinentes.

Con este primer número, que cuenta con la participación de especialistas nacionales e internacionales, iniciamos emocionados este proyecto, albergando la esperanza de que se incentive la producción académica y el fomento de publicaciones jurídicas del mayor calibre.

En esta primera oportunidad encontrarán los trabajos sobre “La Contratación pública y las potestades de la Administración pública” de Víctor Rafael Hernández-Mendible y “Regulación económica y estado social y democrático de derecho: hacia un nuevo paradigma de intervención



pública en los mercados” por Freymi Collado Morales. Asimismo, Pedro Montilla Castillo nos presenta “El control de constitucionalidad en los orígenes de la República Dominicana: 1844-1899” y José Ignacio Hernández G. aborda “La tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional en América Latina”.

Parte de las nuevas expresiones del derecho las encontramos en “El COVID-19 y la situación jurídica de los consumidores. Una mirada desde Francia” del profesor Gilles Paisant y el estudio titulado “Efectos de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el sistema judicial dominicano y su impacto sobre la economía nacional” por Mariel Durán y Carlos Camejo; así como el trabajo de Orlando Gómez Torres sobre una rama novedosa del derecho “Principios del Derecho Espacial para una nueva era de la actividad humana en el espacio”. Finalmente, en el aspecto penal y procesal penal, el renombrado litigante Thiago Marrero Peralta nos comenta sobre las “Pruebas documentales y pruebas documentadas de cara al juicio oral: una distinción necesaria” y Hernando A. Hernández Quintero cierra el número inaugural con su trabajo “El Lavado de activos: análisis comparativo de la legislación penal y administrativa de la República Dominicana y Colombia”.

Invitamos a los investigadores y profesionales -así como a estudiantes de grado, posgrado y nivel doctoral- de las ciencias jurídicas y afines, a formar parte de este proyecto, exponer sus ideas y transformar el Derecho, logrando con ello responder a las necesidades de la comunidad nacional e internacional. Para ello, y en aras de expandir la diversidad de autores y temas, aprovechamos la oportunidad para motivar la participación femenina, así como a miembros de grupos minoritarios, cuyas voces no siempre encuentran espacio para hacerse escuchar.

¡Enhorabuena y bienvenidos!

La contratación pública y las potestades de la Administración Pública

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

Recibido: 26 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

La contratación pública constituye un medio de ejecución de presupuesto público, fomento de políticas sociales, satisfacción de necesidades colectivas y realización de la Constitución. El presente trabajo tiene el objeto de sistematizar armónicamente las competencias otorgadas en el ordenamiento jurídico a los entes públicos, para que alcancen estos cometidos estatales y a partir de la experiencia en la interpretación y aplicación realizada por los operadores jurídicos, se analizan las propuestas formuladas para introducir reformas sobre dichas competencias, en el proyecto de ley de contratación elaborado por el Poder Ejecutivo. Para lograr este objetivo se parte del estudio de la doctrina científica nacional e internacional en materia de competencias contractuales y de las sentencias de los tribunales dominicanos que han resuelto conflictos concretos, para destacar la soluciones brindadas y la orientación que debe tener la reforma. Por tanto, se parte de una exposición inicial descriptiva, para luego desarrollar su evolución histórica hasta ajustarse a las exigencias del constitucionalmente vigente Estado de Derecho. En fin, este trabajo ha permitido exponer cómo se transitó de un régimen de competencias sin sustento legal a uno preeminente reglado, que pretende mejorarse con la propuesta de reforma de la ley de contratación pública.

Palabras clave: Contrato Administrativo, potestades administrativas, interés general, Derecho Administrativo, Derecho Civil.

Abstract

Public procurement is a means of public budget's implementation, promotion of social policies, satisfaction of collective needs and Constitution's realization. This paper aims to harmoniously systematize the powers granted in the legal system to public entities, to achieve these state tasks and from experience in interpretation and application made by legal operators, the proposals formulated to introduce reforms on these competences are analyzed, in the draft contracting law prepared by the Executive Power. To achieve this objective, we start from the study of national and international scientific doctrine on contractual competences and the sentences of the Dominican courts that have resolved concrete conflicts, to highlight the solutions provided and the orientation that the reform must have. Therefore, it is based on an initial descriptive exposition, to then develop its historical evolution until adjusted to the demands of the constitutionally current Rule of Law. In short, this work has allowed to expose how it went from a competition regime without legal support to one that was pre-eminently regulated, which aims to be improved with the proposal to reform the public procurement law.

Keywords: Administrative Contract, administrative powers, general interest, Administrative Law, Civil Law.

* Abogado, doctor en Derecho y postdoctor. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario y en la Maestría de Derecho Administrativo y Regulación Económica de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. www.hernandezmendible.com/victor@hernandezmendible.com

Introducción

El estudio de la contratación pública suscita un permanente y renovado interés, dado que los órganos del Estado en ejercicio de la función administrativa tienen el deber de garantizar a la sociedad, de manera permanente, regular y asegurar la satisfacción del interés general, y, justamente, la contratación constituye una de las modalidades para lograrlo.

Esto lleva a conocer sucintamente el origen y evolución de la técnica contractual, que nominalmente se ubica a partir de 1947 con la expedición de la Ley núm. 1494 que instituyó la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se reconoce por vez primera la categoría del contrato administrativo como una figura distinta del contrato civil, el cual, en caso de generarse algún conflicto previo a su celebración, durante su ejecución o derivado de la finalización del mismo, deberá someterse a la competencia de este orden jurisdiccional.

Tal como se pueda apreciar, el empleo de la noción contrato administrativo hace su aparición en el derecho positivo por una razón de naturaleza procesal, tal como se evidencia de la Ley que la introduce, que perseguía determinar la competencia del orden jurisdiccional administrativo¹; en tanto que su construcción sustantiva fue una elaboración posterior de la doctrina científica².

Esto lleva a preguntarse ¿si tiene un fundamento sustantivo -más allá del origen procesal que tienen los contratos administrativos- el reconocimiento de las potestades que pueden utilizar los órganos que ejercen el Poder Público, cuando actuando en función administrativa formalizan, ejecutan y terminan contratos públicos? Con el objeto de resolver esta interrogante, se van a sistematizar

armónicamente las diversas potestades otorgadas en el ordenamiento jurídico a los entes públicos, para que alcancen sus cometidos estatales y en atención a ello se analizarán las propuestas de reformas, contenidas en el proyecto de ley de contratación elaborado por el Poder Ejecutivo.

A los fines de abordar el tema planteado en la anterior pregunta, se partirá de las reflexiones formuladas recientemente por la doctrina nacional, según la cual el reconocimiento formal de las potestades contractuales en la ley no ha redundado en mayor seguridad y certeza jurídica, por la manera confusa como las normas vigentes abordan tales potestades y en concreto, las que permiten los denominados “modificados contractuales”³.

Cabe destacar que la vigente legislación de contratos de 2006 no emplea la expresión contratos administrativos que se mantiene en la todavía vigente Ley núm. 1494 de 1947. Igualmente, se debe mencionar que la legislación de contratos tampoco comprende en su regulación a todos los contratos de la Administración Pública o de los órganos del Estado en ejercicio de la función administrativa, razón por la cual la mejor doctrina ha destacado que nunca ha existido un régimen unitario en esta clase de contratación, sino disperso en atención a los distintos tipos de contratos⁴.

En razón de ello, se va a efectuar dentro de los límites que permiten esta colaboración un análisis del marco jurídico general o, si se prefiere, común de los contratos que pueden realizar los órganos que ejercen el Poder Público cuando actúan en función administrativa.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos: el régimen de aplicación de la Ley núm. 340 de 18 de agosto

¹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC-0009/15, de 20 de febrero de 2015, párr. 10.11.

² De La Cruz Álvarez, Gilbert, *El Contrato Administrativo: origen, evolución y vigencia en el derecho administrativo dominicano*, Santo Domingo, (Inédito), 2020.

³ D'Oleo Seiffe, Oscar, *Las potestades de la administración en la contratación pública. Un estudio comparado de la perspectiva de la República Dominicana y el Reino de España, en relación con los modificados contractuales*, Revista Gabilex N.º 23, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 2020, p. 276.

⁴ Rodríguez Huertas, Olivo, “Capítulo: República Dominicana”, Benavides, José Luis y Moreno, Pablo (coord.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 582.

de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006 (I); el régimen jurídico de los contratos administrativos (II); las potestades de la Administración Pública reconocidas en el ordenamiento jurídico (III); el derecho del contratista a exigir judicialmente el cumplimiento del contrato o la reparación de daños y perjuicios (IV); la propuesta de reforma de la legislación contractual (V); y las consideraciones finales (VI).

I. El régimen de aplicación de la Ley núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006

La explicación del régimen de los contratos que realizan los órganos y entes públicos impone una aproximación, aunque sea brevemente, a los antecedentes jurídicos de la normativa actualmente vigente, para seguidamente proceder a exponer de manera concisa el ámbito de aplicación de la regulación vigente. A ambos aspectos se dedicará este subepígrafe.

1. La Ley núm. 295, de 30 de junio de 1966, de aprovisionamiento del gobierno

Durante un período de 40 años y 2 meses la contratación administrativa estuvo regida preeminentemente por la Ley núm. 295, de 30 de junio de 1966⁵, de aprovisionamiento del gobierno y en todo aquello que ella no contemplaba, por las leyes especiales y sus reglamentos, resultando de aplicación supletoria las disposiciones generales del Código Civil⁶ para los contratos suscritos por el Estado.

En función de ello, los actos jurídicos realizados bajo su vigencia, tanto para tramitar los procedimientos administrativos como para la formalización de los contratos administrativos hasta su finalización, se han regido hasta la actualidad -como se explicará más adelante-, por el ordenamiento jurídico vigente al momento de su iniciación, tramitación, adjudicación, formalización, ejecución y finiquito, siendo que tales reglas se proyectan sobre las consecuencias que se derivan de tales contratos.

Lo anterior es producto de la aplicación del principio de irretroactividad de la ley y del principio de seguridad jurídica que informan el Estado de Derecho⁷. Por ello, ninguno de los órganos que ejercen el Poder Público, ninguna ley posterior, ni ningún acto administrativo o, incluso, un cambio de criterio de la Administración Pública contratante, pueden alterar, desconocer o afectar válidamente los derechos surgidos de una relación jurídica contractual preexistente.

Es conforme a tales términos que se debe entender que aquellos contratos que se hayan suscrito y no se hayan extinguido conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico en vigor al momento de su celebración continúan vigentes y las partes celebrantes siguen obligadas por ellos y por las consecuencias que se derivan de los mismos, hasta que de mutuo acuerdo o conforme con alguna causal legalmente establecida queden extinguidos⁸.

⁵ Respecto a los antecedentes en República Dominicana señala la doctrina científica, antes de la Ley sustantiva de 1966, se tuvieron: la Ley núm. 5243 de 1913, que hacía obligatorio el concurso para las obras públicas, nacionales o municipales; la Ley núm. 524 de 1941, que establecía un sistema permanente para la venta de bienes inmuebles del dominio privado del Estado; la Ley núm. 921 de 1945, que regulaba lo concerniente a las concesiones del uso del dominio público, para conducción y distribución de energía eléctrica; la Ley núm. 3455 de 1952, de Organización Municipal, que preveía la existencia de contratos para la realización de obras municipales, la administración y explotación de establecimientos o servicios públicos municipales, así como el arrendamiento y venta de inmuebles municipales; la Ley núm. 5557 de 1961, que sometía a concurso la construcción de obras de ingeniería y arquitectura del Estado, cuyo montos superasen RD\$ 5.000,00; así como la posterior Ley núm. 105 de 1967, que sometía a concurso la adjudicación de todas las obras de ingeniería y arquitectura de más de RD\$10.000,00. Cfr. De La Cruz Álvarez, Gilbert, *El Contrato Administrativo: origen, evolución y vigencia en el derecho administrativo dominicano*, Santo Domingo, (Inédito), 2020.

⁶ República Dominicana, Código Civil, artículo 1107.

⁷ Castillo Vegas, Jesús Luis, "La seguridad jurídica. Reconstrucción de un concepto histórico", Hernández-Mendible, Víctor R. y Villegas Moreno, José Luis, en *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO)-CIDEP, 2018, pp. 113-136.

⁸ República Dominicana, Código Civil, artículos 1134 y 1234.

2. Los ámbitos de aplicación de la Ley núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006

El análisis de la Ley vigente permite advertir los distintos ámbitos de aplicación previstos en la Ley. En esencia son tres: el material, el subjetivo y el temporal.

a. El criterio material de aplicación

Se puede señalar, desde la perspectiva material, que la ley se aplica tanto a los procedimientos administrativos de selección de contratistas, como a determinados tipos de contratos administrativos. En este sentido, se aprecia que la Ley tiene por objeto establecer los principios y normas⁹ que rigen la adquisición de bienes, el suministro de servicios, la ejecución de obras y el otorgamiento de concesiones¹⁰. Esta enumeración es ampliada al indicar los procesos sometidos a la Ley, entre los que se mencionan la compra y contratación de bienes, servicios, consultoría y alquileres con opción de compra y arrendamiento, así como todos los contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial. Igualmente, la contratación de obras públicas y concesiones¹¹.

Ahora bien, la propia Ley establece que existen contratos que tienen una regulación distinta de la que ella contempla, es decir, que la misma

no abarca a todos los contratos. Es así como se reconocen:

1. Un régimen de exclusión absoluta, con respecto a determinados contratos expresamente señalados¹²;
2. Un régimen de excepción que no constituye violación de la Ley¹³, siempre que se emplee sin intención de incurrir en fraude a los principios previstos en la Ley y se lleve adelante con sujeción a los procedimientos establecidos en los reglamentos;
3. Unos contratos sujetos a un régimen especial¹⁴.

Como se puede apreciar, el ámbito material de aplicación de la Ley es menos amplio de aquel que se podría pensar, a partir de una lectura inicial del nombre y el objeto que tiene la misma.

b. El criterio subjetivo de aplicación

En lo atinente a la perspectiva subjetiva, la ley al identificar a los contratantes dispone que es el sector público quien lo integra sometido a la aplicación de la misma, el Gobierno Central, que a estos efectos comprende los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas.

Siendo la Ley preconstitucional y en virtud de que actualmente gozan de similar jerarquía constitucional a los antes mencionados, sería

⁹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 1.

¹⁰ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0192/17, de 10 de abril de 2017, párr. 9.3, sostiene que "En la especie, el referido contrato de concesión no es una ley, ni un decreto, ni un reglamento, resolución u ordenanza, sino un contrato administrativo, entendiéndose como tal, aquel contrato por medio del el Estado encomienda a una persona física o moral, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones, retribuyéndose dicha labor con el precio o tarifa pagado por los usuarios del servicio concesionado o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambas modalidades a la vez. 1 Es decir, el presente contrato constituye un acto jurídico formalizado como consecuencia de una relación contractual entre la administración del Estado (concedente) y un sujeto de derecho privado (concesionario), no estando comprendido dicho acto en la enumeración de actos susceptibles de ser impugnados mediante la acción directa de inconstitucionalidad, al tenor del artículo 184 de nuestro Pacto Fundamental".

¹¹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 5.

¹² República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 6.

¹³ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 6, párrafo.

¹⁴ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 5.1.

posible incluir en esta enumeración al Ministerio Público, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Tribunal Constitucional, al Defensor del Pueblo y a la Contraloría General de la República.

Igualmente integran el sector público, las instituciones descentralizadas y autónomas, financieras y no financieras; las instituciones públicas de seguridad social; los ayuntamientos de los municipios y el Distrito Nacional; las empresas públicas no financieras y financieras; así como cualquier entidad que contrate la adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras y concesiones con fondos públicos¹⁵.

Desde la óptica de los contratistas, el ámbito subjetivo incluye a las personas naturales o jurídicas¹⁶, nacionales o extranjeras, que hagan ofertas de bienes o servicios requeridos por la Administración Pública antes mencionada, así como aquellas que contraten obras o concesionen obras y servicios¹⁷.

c. El criterio temporal de aplicación

El principio general del derecho, conocido como irretroactividad de la ley, tiene sólidas raíces en el derecho positivo, pues encuentra sus primeros rastros en la legislación civil. En efecto, el artículo 2 del Código Civil, que actualmente ostenta la máxima jerarquía normativa, al aparecer, también recogido en el artículo 110 de la Constitución, establece:

La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. *En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a la legislación anterior.*

A partir de estas disposiciones, es posible analizar el cambio jurídico experimentado en la regulación de los contratos a que se refería la Ley de 1966 y luego en la vigente Ley de 2006. Esta última, en lo que respecta a la perspectiva temporal, define su ámbito de vigencia en los siguientes términos¹⁸.

Los procesos contractuales iniciados ante de la vigencia de esta ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes, se sujetarán a lo establecido en las leyes vigentes al momento de la convocatoria, incluidas las recepciones, liquidación y solución de controversias.

Al analizar el ámbito de aplicación temporal, se puede observar que con estricta sujeción al principio de irretroactividad de la ley y a la prohibición de arbitrariedad de los órganos que ejercen el Poder Público, para no afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones surgidas conforme a la legislación anterior, se estableció que la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, se aplica a partir de su entrada en vigor y, por tanto, los procedimientos administrativos iniciados, tramitados y adjudicados, al igual que los contratos administrativos celebrados con anterioridad a su vigencia, se rigen por las disposiciones existentes al momento en que se iniciaron aquellos o se formalizaron estos.

En tal virtud, como la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, rige para el futuro, los contratos válidamente suscritos antes de su entrada en vigor, no se vieron afectados por la nueva legislación, que en ningún momento ha pretendido otorgarles efectos retroactivos a sus disposiciones y, menos aún, desconocer los derechos y las obligaciones surgidos del régimen jurídico previo a su aparición.

¹⁵ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 2.

¹⁶ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0411/18, 9 de noviembre de 2018, párr. 12.10.

¹⁷ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 5.

¹⁸ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 77.

Por tal razón, no sería posible considerar que la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, haya podido afectar la validez de los contratos preexistentes a su vigencia y, menos aún, que haya pretendido ponerles fin por una causa distinta de las contempladas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de su celebración.

Cualquier interpretación del artículo 77 de la Ley comentada distinta a la anterior parece estar reñida con lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución y, por ende, sería incompatible con la norma suprema, por lo que, de pretenderse la aplicación de la Ley vigente a contrataciones surgidas con anterioridad, se generaría la consecuencia contemplada en el artículo 6 de la Constitución, que no es otra que la nulidad de pleno derecho.

II. El régimen jurídico de los contratos administrativos

El ordenamiento jurídico concibe los contratos como una convención de una o más personas, en virtud de la cual se constituyen, reglan, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones recíprocas, de dar, hacer o no hacer¹⁹.

Ahora bien, los contratos, aunque tengan o no una denominación especial, se encuentran sometidos a las reglas generales del Código Civil, sin perjuicio de las que se establezcan en algunos Títulos del Código para contratos en particular, en las leyes relativas al comercio para las convenciones mercantiles y en las demás leyes especiales²⁰.

Es justamente la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, que, inspirada en la noción tradicional del contrato, establece en el artículo 4 la siguiente definición:

Contrato principal: es un documento o instrumento legal suscrito entre los representantes autorizados de la autoridad

contratante y del contratista para la adquisición de bienes, concesiones y ejecución de proyectos, obras y servicios en que se fijan las obligaciones y derechos de ambas partes en armonía con la presente ley, su reglamento, los pliegos de condiciones y *demás disposiciones legales vigentes*.

La interpretación armónica e integral del ordenamiento jurídico del Estado, al que por mandato constitucional se haya sometida la Administración Pública, lleva a inferir que los contratos celebrados por esta se encuentran regulados por la siguiente prelación de fuentes normativas²¹.

1. Por las disposiciones constitucionales que rigen la contratación pública.
2. Por la Ley núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006.
3. Por las disposiciones particulares contenidas en el Decreto núm. 543, de 6 de septiembre de 2012, que contiene el reglamento de ejecución de la Ley.
4. Por las normas de Derecho Público (Ley núm. 247-12 y Ley núm. 107-13), en concreto, la Ley Orgánica de la Administración Pública; y la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de lo que disponen puntualmente otras normas de derecho público.
5. Por las reglas generales contenidas en el Código Civil.

En consecuencia, a falta de una disposición particular en los textos de derecho público que regulan los contratos, se deben tener en consideración las siguientes reglas generales del Código Civil.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse, sino por mutuo

¹⁹ República Dominicana, Código Civil, artículo 1101.

²⁰ República Dominicana, Código Civil, artículo 1107.

²¹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 9.

consentimiento y por las causas autorizadas por la ley²².

Los contratos deben ejecutarse de buena fe²³ y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino, también, a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley²⁴.

Como todos los actos jurídicos, los contratos una vez celebrados se presumen válidos y producen todos los efectos jurídicos que se derivan de los mismos, en la medida que se hayan cumplido las condiciones esenciales siguientes²⁵.

1. Se dé el consentimiento de la parte que se obliga.
2. El obligado tenga capacidad para contratar.
3. Que tenga un objeto cierto, que es parte del compromiso.
4. La obligación posea una causa lícita.

En consecuencia, quien pretenda la invalidez del contrato, tiene la carga de alegar y demostrar el incumplimiento de uno de estos presupuestos esenciales y que la gravedad de la falta es de tal identidad que no puede ser subsanada, en cuyo caso se impone la invalidez del contrato; pero de no darse tal situación, o de poder subsanarse tal falta, se debe conservar la validez del contrato en pro de los principios de buena fe y seguridad jurídica.

Ahora bien, estas reglas generales establecidas en el Código Civil deben adaptarse en el caso de los contratos administrativos, conforme a los siguientes criterios.

1. El criterio subjetivo u orgánico, representado por las autoridades públicas que realizan función administrativa, a quienes son imputables derechos y obligaciones, como

parte de estos contratos, pudiendo ser la otra parte una persona pública o privada.

2. El criterio objetivo o material, que se manifiesta en el reconocimiento de la satisfacción de interés general o colectivo, que por lo general se encuentra presente en los servicios públicos, en las obras o las infraestructuras públicas o en los bienes que adquiere y los servicios que se prestan a la Administración Pública para lograr sus fines y que tienen como contrapartida para el contratista el pago de la remuneración acordada y para ambas partes, la garantía del equilibrio económico-financiero del contrato.
3. El criterio normativo o formal, que viene dado por una regulación distinta del derecho privado, que pasa a ser de aplicación supletoria a aquel que contiene el régimen jurídico especial de los contratos administrativos.

Bajo estas premisas, los contratos suscritos entre los particulares y los órganos que ejercen el Poder Público, cuando actúan en ejercicio de la función administrativa, crean derechos y reconocen obligaciones desde el momento de formalizarse la convención con sujeción a su especial régimen jurídico²⁶. Por tanto, las obligaciones principales, accesorias o eventuales se mantienen en vigor hasta que se cumplan, según lo convenido por las partes.

De lo anterior se deduce que el cambio del régimen jurídico de la contratación pública siempre es posible, pues constituye una competencia del Poder Legislativo y se encuentra en su ámbito de libertad de configuración²⁷; pero ello en ningún caso puede conllevar al desconocimiento de los derechos surgidos o creados al amparo del régimen que se modifica parcialmente o deroga totalmente²⁸ sin asumir las consecuencias que

²² República Dominicana, Código Civil, artículo 1134.

²³ República Dominicana, Código Civil, artículo 1134.

²⁴ República Dominicana, Código Civil, artículo 1135.

²⁵ República Dominicana, Código Civil, artículo 1108.

²⁶ República Dominicana, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 227, de 24 de marzo de 2021.

²⁷ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 93.1.q).

²⁸ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0196/13, de 31 de octubre de 2013, párr. 9.2.2.

se derivan de afectar los derechos adquiridos²⁹, las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas, la seguridad jurídica³⁰ y la confianza legítima³¹.

El respeto a las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas impone que en caso de modificarse el régimen jurídico bajo el que surgieron, el nuevo marco normativo en principio no le sea aplicable, pero de disponerse su aplicación a las situaciones preexistentes, entonces se debería establecer un régimen de transición para mitigar sus consecuencias a los titulares de derechos adquiridos, jamás una aplicación inmediata e, incluso, se requerirá establecer un sistema de compensación o indemnización por los potenciales daños y perjuicios que puedan generarse a los afectados.

En consecuencia, salvo los supuestos contemplados en el propio ordenamiento jurídico que habilitan a la Administración Pública a ejercer potestades irrenunciables en las relaciones jurídicas contractuales, en principio, ningún acto jurídico posterior a la formalización del contrato puede afectar la validez de aquellos contratos, pero de hacerlo en contravención a esta premisa, debe establecerse como contraprestación una indemnización o reparación a las situaciones jurídicas consolidadas que han sido afectadas injustamente, so pena de incurrir en una confiscación de derechos proscrita por la Constitución³² y que compromete la responsabilidad del Estado y de los funcionarios que la hayan ejecutado³³.

III. Las potestades de la Administración pública reconocidas en el ordenamiento jurídico

La contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de la actuación de la Administración pública, que tiene por finalidad la satisfacción del interés general del que ella es vicaria e, incluso, constituye una modalidad de administración y ejecución del presupuesto público, por lo que se requiere que dicha actuación sea eficaz, ética, transparente, pública, responsable, con rendición de cuentas y con sujeción a lo que disponga la Ley y preceptúe el Derecho.

Es de aceptación común que en el contrato administrativo no existe una relación de igualdad entre las partes, por lo que aquello que fue calificado como cláusulas exorbitantes que se encontraban de manera expresa o implícita, no eran otra cosa que el reconocimiento de potestades contractuales a la Administración Pública³⁴, no susceptible de encontrarse -o más correctamente aplicarse- en un contrato privado y ellas se justificaban únicamente por la condición vicaria del interés general atribuida a esta.

No obstante, el punto que generaba mayor discusión consistía en reconocer estas potestades cuando no derivaban expresamente del contrato, pero que se consideraban como implícitas en el mismo en virtud de su naturaleza jurídica³⁵, aunque en contravención manifiesta del principio de legalidad o juridicidad, entendido en su sentido

²⁹ Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C núm. 98, párr. 102; Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C núm. 179, párr. 55; Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C núm. 246, párr. 220; Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2015, serie C núm. 293, párr. 335; Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, serie C núm. 330, párrs. 110-111.

³⁰ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 110 y Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 4.8.

³¹ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 4.15.

³² República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 51.4.

³³ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 149.

³⁴ Subero Mujica, Mauricio, "La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela", Hernández-Mendible, Víctor R., en Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, Tomo 3, Caracas, Ediciones Paredes, 2007, pp. 2055-2056.

³⁵ Rodríguez Huertas, Olivo, "Capítulo: República Dominicana", Benavides, José Luis y Moreno, Pablo, en La contratación pública en América Latina, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 590.

de vinculación positiva, que impide la existencia y el ejercicio de una competencia que no derive de una norma jurídica de las que integran el bloque de la legalidad³⁶.

Si bien la jurisprudencia y doctrina científica no tuvieron mayor reparo en aceptar inicialmente la existencia de las cláusulas exorbitantes³⁷, incluidas las implícitas, luego se reconoció que las potestades atribuidas por ley a la Administración Pública, incluso, cuando no estuviesen expresamente incorporados en el texto del contrato, debían considerarse insertas en el mismo y resultaban perfectamente ejecutables siempre que tuviesen su basamento en una norma legal³⁸.

Es así como en la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, se establecieron algunas de las potestades que conforme al Principio de legalidad o juridicidad puede ejercer la Administración Pública, en sus relaciones contractuales.

Seguidamente, se mencionarán las potestades establecidas en el ordenamiento jurídico.

1. La potestad de control, inspección y dirección

La potestad de control, inspección y dirección, durante la ejecución del contrato, tiene como finalidad garantizar el efectivo y fiel cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, para lo cual la Administración Pública contratante puede ejercer la supervisión, inspección y vigilancia de lo que se está ejecutando.

Esta potestad se manifiesta de manera fundamental a través de órdenes e instrucciones

que la Administración Pública contratante dirige al contratista, relacionadas con la ejecución del contrato.

Durante toda la ejecución del contrato, la Administración Pública contratante dispone de la potestad de inspección, vigilancia, dirección y control que sean necesarias, para asegurar el cumplimiento del contrato y, en especial, para verificar el adecuado desempeño del contratista, así como comprobar la sujeción de la ejecución a las obligaciones pactadas en el contrato³⁹.

Es en tales términos que se ha reconocido a la Administración Pública contratante la potestad de ejercer el control, la inspección y la dirección de los contratos que suscriba en ocasión de las adjudicaciones establecidas en la Ley, debiendo designar para ello los supervisores o ingenieros inspectores, de acuerdo a la naturaleza del contrato⁴⁰.

2. La potestad de interpretación unilateral

La potestad de interpretación le ha sido atribuida a la Administración Pública contratante para ejercerla durante la ejecución del contrato, en aquellos supuestos en que se planteen discrepancias entre las partes acerca de la interpretación o el alcance de algunas de las cláusulas contractuales, que puedan afectar o incidir en la ejecución del contrato.

En caso de plantearse una diferencia, debe buscarse un arreglo amigable entre las partes, que quedará documentado en una adenda suscrita por las partes, pero de no producirse un acuerdo entre estas, la Administración Pública contratante tiene la posibilidad de interpretar

³⁶ Linares, Aurilivi, "Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas", en Ley de Contrataciones Públicas, 4.ª ed., actualizada y aumentada, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 131-133.

³⁷ Sobre la evolución de la denominada cláusula exorbitante se recomienda, Araujo-Juárez, José, La Teoría de la Cláusula Exorbitante, Caracas, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

³⁸ Hernández, José I., El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana, en Ley de Contrataciones Públicas, 4ª ed., actualizada y aumentada, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 182-184.

³⁹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.7.

⁴⁰ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.1.

las estipulaciones contractuales objeto de la discrepancia, mediante un acto administrativo que deberá ser debidamente motivado⁴¹.

Los supuestos de procedencia de la potestad de interpretación son los siguientes:

- a. Que exista una norma atributiva de tal competencia de interpretación, otorgada a la Administración Pública contratante en la Ley que regula el contrato.
- b. Que se produzca una discrepancia respecto a la interpretación de unas cláusulas de contrato entre las partes contratantes.
- c. Que, existiendo distintas interpretaciones, no se haya producido un acuerdo amigable entre las partes.
- d. Que, con la finalidad de lograr la ejecución sin interrupciones, demoras o de manera distinta a la que justificó la contratación, la autoridad administrativa dicte un acto administrativo debidamente motivado.
- e. Que la interpretación se circunscriba a las cláusulas que generaron las diferencias entre las partes.

La razón que justifica la atribución de esta potestad es la necesidad de no suspensión o interrupción de la ejecución del contrato, mientras se resuelve la diferencia, en virtud del interés general presente en la contratación⁴².

3. La potestad de modificación

La potestad de modificación es aquella otorgada a la Administración pública contratante para alterar o variar el contrato, aumentando o disminuyendo el objeto de la ejecución, cambiando los planos de la obra, los bienes a adquirir, suspendiendo o reprogramando el suministro de los servicios, así como ampliando las actividades a ejecutar o

el tiempo para su realización, dentro de ciertos límites establecidos en la norma.

Esta potestad goza de reconocimiento expreso en el texto que regula los contratos administrativos a los que se ha hecho referencia precedentemente. Es así como una vez perfeccionado el contrato, la Administración Pública contratante podrá modificar por razones de interés general y mediante acto administrativo debidamente motivado, las características del contrato de obras, bienes y servicios o concesiones con sujeción a los límites que determina la Ley. En tales circunstancias, la Administración pública contratante deberá compensar al contratista en caso de ocasionar una ruptura del equilibrio económico-financiero⁴³ o, incluso, los daños y perjuicios, mediante el otorgamiento de compensaciones o indemnizaciones, respectivamente, en virtud del principio de responsabilidad administrativa, pilar fundamental del Estado de Derecho⁴⁴.

En lo concerniente a la modificación de los contratos regulados por la Ley, la Administración Pública contratante se encuentra facultada para introducir las modificaciones al contrato que estime necesarias, lo que podrá hacer antes o después de iniciada la ejecución del contrato, debiendo notificar tales modificaciones al contratista. Las razones que pueden constituirse en causa justificante de la modificación del contrato son las siguientes:

- a. El incremento o reducción en la cantidad de las obras, bienes o servicios originalmente contratados.
- b. Que surjan nuevas partidas o renglones, diferentes a los contemplados en el contrato.
- c. Que se modifique la fecha o el tiempo de entrega de los bienes, obras o servicios.
- d. Las variaciones en los montos previamente establecidos, en el presupuesto original del contrato.
- e. Las establecidas en los artículos 31.2, 31.3 y 31.4 de la Ley núm. 340.

⁴¹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.6.

República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.1.

⁴² Araujo-Juárez, José, Derecho Administrativo General. Actos y Contratos Administrativos, Caracas, Ediciones Paredes, 2011, p. 275.

⁴³ República Dominicana, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 14, de 12 de febrero de 2020, sostiene que "13. El equilibrio económico en la contratación administrativa, por su naturaleza financiera a favor de solo uno de los contratantes, procede en las circunstancias siguientes: 1) La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento; 2) La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o celebración del contrato; 3) La alteración debe superar las contingencias previsibles".

⁴⁴ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 148.

Los principios que rigen el ejercicio de la potestad de modificación son:

- a. En ningún caso puede alterarse la naturaleza del contrato, es decir, no puede utilizarse para renovar el contrato.
- b. Todas las modificaciones deben estar dirigidas a la satisfacción del interés general del que es vicaria la Administración Pública.
- c. Cualquier modificación debe realizarse dentro de los límites establecidos en la Ley, mediante la producción de un acto administrativo, dictado con sujeción a la Ley núm. 107-13.

4. La potestad de suspensión

La potestad de suspensión consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública contratante de ordenar la paralización temporal de la ejecución del contrato, como consecuencia del ejercicio de la potestad de modificación o como medida preventiva antes de ejercer la potestad de rescisión del contrato.

Ello lleva a considerar que cuando esta se ejerce temporalmente es una potestad instrumental para garantizar la mejor satisfacción del interés general involucrado en el contrato; en tanto que cuando se ejerce de manera definitiva, llevará a la extinción del contrato conforme al ordenamiento jurídico.

La Ley reconoce que la Administración Pública contratante tiene competencia para ordenar la suspensión temporal del contrato por causas técnicas o económicas no imputables al contratista o por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito⁴⁵. El ejercicio de la potestad de suspensión temporal da lugar a indemnización, en la medida que la misma afecte el equilibrio económico-financiero del contrato o genere daños y perjuicios al contratista⁴⁶.

5. La potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria complementa la potestad de supervisión, inspección y control, garantiza que esta pueda realizarse de manera eficiente y se cumplan las obligaciones contractuales, pues en caso que la Administración Pública contratante indique una determinada actuación prevista en el contrato, mediante órdenes o instrucciones y no logre que se realice por negligencia o simple inobservancia del contratista, carecería de objeto la atribución de aquella potestad⁴⁷.

Esta potestad sancionatoria habilita a la Administración Pública contratante para que durante la ejecución del contrato disponga lo necesario para su efectivo cumplimiento, pudiendo imponer al contratista sanciones establecidas en la Ley⁴⁸, contempladas en el pliego de condiciones o en el texto del contrato para los casos de incumplimiento de este o de las resoluciones expedidas en ejercicio de la potestad de dirección, inspección y control, siempre que se encuentren tipificadas o convenidas expresamente y que se tramite previamente el procedimiento administrativo legalmente establecido⁴⁹.

Los principios que configuran el ejercicio de la potestad sancionatoria son los establecidos tanto en la Constitución como en la Ley núm. 107-13⁵⁰.

6. La potestad de rescisión unilateral

La potestad de rescisión unilateral implica que la Administración Pública contratante deje sin efecto un contrato o una obligación jurídica, deshaciendo un vínculo contractual válido.

⁴⁵ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.5.

⁴⁶ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 32.1.

⁴⁷ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.8.

⁴⁸ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 66.

⁴⁹ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.8.

⁵⁰ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 66.

Esta potestad puede ser ejercida tanto en caso que haya mediado culpa del contratista⁵¹, en cuyo supuesto tiene la naturaleza de una sanción, que deberá imponerse conforme a lo dispuesto en la Ley⁵²; como sin que este haya dado causa para ello, sino justificado en razones de mérito, oportunidad y conveniencia⁵³, en cuyo caso la Ley establece que no se generará indemnización por lucro cesante en favor del contratista⁵⁴.

Igual que sucede con toda potestad pública, esta es irrenunciable y debe ser ejercida cuando se presenten las circunstancias contempladas en la norma jurídica atributiva de la misma y siempre que se tramite previamente el debido procedimiento administrativo y se dé garantía del derecho a la audiencia, tal como lo establece la Constitución y lo desarrolla la Ley núm. 107-13.

La pregunta que surge es ¿por qué el legislador estableció esta especial potestad de rescisión unilateral a la Administración Pública, si el ordenamiento jurídico del Estado ya contiene reglas sobre la extinción de los contratos?

La razón es que, en ausencia de una previsión legal especial, en las normas que regulan los contratos administrativos, el operador jurídico debe llenar el vacío acudiendo a los Principios generales del Derecho y a la analogía.

El artículo 1134 del Código Civil, que constituye la norma general supletoria a la materia contractual en todo aquello que no se encuentre expresamente contemplado en la Ley núm. 340, reformada por la Ley núm. 449, señala:

Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho.

No pueden ser revocadas, sino por mutuo consentimiento, o *por las causas que estén autorizadas por la ley*.

Deben llevarse a ejecución de buena fe.

Esta disposición contemplada expresamente en el Código Civil es la que lleva a considerar la necesidad de indicar en una ley especial las causas que constituyen una excepción al mutuo consenso; y, además, porque es la ley el acto jurídico que puede facultar el ejercicio de la potestad unilateral de rescisión de los contratos administrativos en aplicación de las causas que ella contemple.

Lo precedentemente expuesto no es otra cosa que la obligación de sujeción de la Administración Pública contratante al principio de juridicidad, es decir, que únicamente en ejercicio de las competencias que le atribuye expresamente el ordenamiento jurídico⁵⁵ podrá ejercer la potestad respectiva, entre las que se encuentra la de rescindir unilateralmente los contratos en los supuestos contemplados en la Ley y previo el cumplimiento del debido procedimiento administrativo⁵⁶, con la finalidad de garantizar el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales del contratista⁵⁷ y de ponderar si el interés general presente en todo contrato administrativo justifica el mantenimiento de su vigencia o la extinción del mismo de manera unilateral⁵⁸, con las consecuencias que se derivarán de esa actuación para el patrimonio del

⁵¹ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículos 41 y 42.

⁵² República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículos 35 al 44.

⁵³ República Dominicana, Reglamento de ejecución de la Ley núm. 340, Decreto núm. 543, de 6 de septiembre de 2012, artículo 128.2.

⁵⁴ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 66.4.

⁵⁵ República Dominicana, Reglamento de ejecución de la Ley núm. 340, Decreto núm. 543, de 6 de septiembre de 2012, artículo 128.4.

⁵⁶ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 31.

⁵⁷ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.2.

⁵⁸ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 3.9 y Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.9.

Estado, en virtud de la cláusula de responsabilidad contemplada en la Constitución⁵⁹.

En síntesis, la Administración Pública contratante puede rescindir unilateralmente los contratos administrativos, con sujeción a las previsiones contempladas en el ordenamiento jurídico del Estado y, en tal caso, deberá asumir las consecuencias de dicha actuación.

Es justamente a determinar las posibles consecuencias del ejercicio de las mencionadas potestades públicas en el marco de un contrato administrativo, a lo que se dedicará el siguiente epígrafe.

IV. El derecho del contratista a exigir judicialmente el cumplimiento del contrato o la reparación de daños y perjuicios

El Estado social y democrático de Derecho⁶⁰ se soporta en cinco grandes cimientos, como lo constituyen: el principio de juridicidad⁶¹, el principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas⁶², el principio de separación de funciones entre los órganos que ejercen el Poder Público⁶³, el principio de responsabilidad de los órganos que ejercen el Poder Público⁶⁴ y el principio del control jurisdiccional pleno⁶⁵.

Es en este contexto donde la Administración Pública debe actuar, orientada por los principios de legalidad o juridicidad, eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado⁶⁶.

La garantía de sujeción de la actividad e inactividad de la Administración Pública al ordenamiento jurídico del Estado se logra mediante la activación de los mecanismos de control, debiendo destacarse por su importancia como instrumento para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, el control jurisdiccional pleno que realiza el orden jurisdiccional administrativo⁶⁷.

Siendo así, cabe destacar que los contratistas en su relación con la Administración Pública contratante se encuentran protegidos por los principios de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa⁶⁸, buena fe⁶⁹, confianza legítima⁷⁰, así como de respeto y garantía del derecho fundamental a la buena administración⁷¹, que se concreta en el "*derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos, como consecuencia de la actividad e inactividad de la Administración*"⁷².

⁵⁹ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 149, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 3.6; Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-12, de 14 de agosto de 2012, artículo 12.17; y Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.17.

⁶⁰ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 7.

⁶¹ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 138.

⁶² República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 7, 38 y 68.

⁶³ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 4 y 7.

⁶⁴ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 38 y 148.

⁶⁵ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 69, 139 y 164.

⁶⁶ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 138.

⁶⁷ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 139.

⁶⁸ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.8.

⁶⁹ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.14.

⁷⁰ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 3.15.

⁷¹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre de 2014, párr. 11.8.

⁷² República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 4.10.

En este orden de ideas, el contratista tiene derecho además de aquellos que derivan las cláusulas contractuales, como el equilibrio económico-financiero del contrato; a ejecutar el contrato directamente o mediante cesión parcial o subcontratación, previa autorización de la Administración contratante; o a cumplir las prestaciones por sí, salvo que medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, o que ello no pueda realizarse como consecuencia de actos o incumplimientos de la autoridad administrativa, que hagan imposible la ejecución del contrato⁷³.

El desconocimiento de los principios y derechos antes mencionados activa el principio de responsabilidad del Estado, que en el caso que se analiza, se materializa como responsabilidad contractual, pues la extracontractual se encuentra regulada en la Ley núm. 107-13⁷⁴.

En el caso de la responsabilidad derivada del desconocimiento de derechos reconocidos en contratos administrativos, la competencia para conocer de tales reclamaciones de los contratistas corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa⁷⁵, que debe garantizar tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁷⁶, como debe ejercer la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁷⁷.

En razón de lo anterior, en el caso que los contratistas se consideren afectados en sus derechos, por el

ejercicio de las potestades que la Ley le otorga a la Administración Pública contratante o por incumplimiento de las obligaciones por parte de esta, deberán plantear la demanda ante el Tribunal Superior Administrativo⁷⁸, quien conforme a lo dispuesto en la Constitución, será el competente para establecer la responsabilidad contractual, condenar al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios imputables a la Administración Pública.

En consecuencia, todas las personas que suscriban contratos administrativos válidos y en proceso de ejecución, en caso de ser afectados en sus derechos por incumplimiento de la Administración contratante o porque esta ejerza sus potestades, pueden demandar el respeto y cumplimiento de las obligaciones, en los términos que estas han sido establecidas en dicha relación contractual o la reparación por los daños y perjuicios experimentados ante el Tribunal Superior Administrativo, conforme a las previsiones constitucionales y legales antes citadas.

V. La propuesta de reforma de la legislación contractual

Desde hace varios años se viene debatiendo, en el plano académico y en el gubernamental, sobre la necesidad de efectuar una reforma a la regulación contractual, lo que ocurrió parcialmente con la incorporación al ordenamiento jurídico de la modalidad de alianzas público-privadas⁷⁹.

⁷³ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 32.

⁷⁴ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 58, párrafo III.⁴⁶ República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 32.1.

⁷⁵ República Dominicana, Ley que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, núm. 1494 de 2 de agosto de 1947, artículo 1.c); y Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006, artículo 69.

⁷⁶ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 69.

⁷⁷ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 149, párrafo I.

⁷⁸ República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0009/15, de 20 de febrero de 2015, párr. 10.10, 10.11, 10.13 y 10.15.

⁷⁹ República Dominicana, Ley de Alianzas Público-Privadas, N.º 47 de 20 de febrero de 2020 y el Decreto N.º 434-20, de 1.º de septiembre de 2020, que contiene el Reglamento de ejecución de la susodicha Ley. En la doctrina se puede consultar, Dickson Morales, Rafael, "Las alianzas público privadas como mecanismo alternativo en la planificación y financiación de proyectos públicos en República Dominicana", Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Delpiazzo Rodríguez, Carlos E. Rodríguez Huertas, Olivo, Castaño Guzmán, Servio Tulio, Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen, *Bases y Retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Panamá, FINJUS, FIDA, ADDA y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, pp. 343-364; del mismo autor, *La Asignación de Riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones de otras jurisdicciones de Iberoamérica*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Dado que un estudio integral del anteproyecto de Ley General de Contrataciones Públicas de 2021⁸⁰ excedería los límites de este trabajo, estas líneas se destinarán a valorar la propuesta de reforma, respecto al punto precedentemente analizado sobre las potestades de la Administración Pública reconocidas en el ordenamiento jurídico.

1. Las potestades que se reconocen en el anteproyecto de 2021:

La propuesta de otorgar reconocimiento a las potestades contractuales de la Administración pública parte de la clasificación de estas en dos categorías: unas son consideradas ordinarias y las otras se conciben como especiales.

En lo que respecta a las potestades ordinarias, se entiende que son aquellas que incluso serían susceptibles de pactarse como derechos contractuales en los contratos entre particulares. Al respecto, se mencionan las siguientes:

- a) El contratante puede ejercer el control, inspección y dirección de la ejecución de la contratación.
- b) También debe el contratante realizar la administración del contrato en su aspecto técnico, administrativo y financiero, así como la constatación del control de calidad de los bienes, las obras y los servicios.
- c) No se podrá efectuar subcontratación o cesión del contrato, sin la autorización del contratante.
- d) Finalmente, se requiere la manifestación de voluntad del contratante para acordar la prórroga de los contratos.

Por su parte, las potestades especiales son aquellas poco probables de ser incorporadas consensualmente como derechos contractuales, en un contrato entre particulares. De hecho,

suponen una excepción a las reglas contractuales contenidas en el Código Civil e implican el ejercicio de la potestad de autotutela administrativa en materia contractual. Estas potestades son las siguientes:

- a) El contratante puede interpretar administrativamente los contratos y resolver las dudas que surjan de su cumplimiento, sin necesidad de acudir a otra autoridad.
- b) Igualmente, puede el contratante decidir la suspensión temporal de los contratos, de conformidad con lo que disponga la ley.
- c) En este orden de ideas, puede modificar unilateralmente los contratos, con sujeción a la ley. Este punto se tratará separadamente.
- d) También, puede el contratante resolver unilateralmente los contratos y disponer sus efectos, incluso cuando se haya producido una ruptura del equilibrio económico-financiero⁸¹, cuyo restablecimiento pueda afectar gravemente el interés público.
- e) El contratante puede declarar la responsabilidad imputable al contratista con motivo de la ejecución del contrato.
- f) Por último, podrá imponer las sanciones preestablecidas contractualmente y las penalidades por incumplimiento del contratista en los supuestos tipificados en la ley. Igual referencia se hace del incumplimiento de aquellos casos establecidos en la reglamentación complementaria, las bases de la contratación y el contrato, no obstante, cabe advertir que este asunto podría plantear en el futuro un debate sobre su constitucionalidad⁸² e incluso su inconvencionalidad⁸³, pero al exceder los límites de este trabajo no será analizado en esta ocasión.

El ejercicio de cualquier potestad pública debe hacerse con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico del Estado⁸⁴ y el mismo

⁸⁰ República Dominicana, Anteproyecto de Ley General de Contrataciones Públicas, Santo Domingo, 2021.

⁸¹ Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico de los contratos administrativos, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Temis, 2015.

⁸² República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 74.2.

⁸³ Hernández-Mendible, Víctor R., El Estado Convencional. Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2019, pp. 131-187.

⁸⁴ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 6 y 138.

tendrá como límites el ejercicio de los derechos fundamentales⁸⁵, el respeto del contenido esencial de tales derechos⁸⁶, los principios de razonabilidad⁸⁷ y favorabilidad⁸⁸, por lo que tanto las potestades calificadas de ordinarias como las potestades denominadas especiales deben ejecutarse en cumplimiento del debido procedimiento administrativo.

En el caso de las potestades ordinarias, el anteproyecto no propone un procedimiento administrativo para su concreción, por lo que, de ser necesario, se deberá aplicar el establecido en la Ley 107-13⁸⁹. De tratarse del ejercicio de las potestades especiales, estas no podrán ser ejercidas sin procedimiento administrativo alguno, más considerando que pueden conducir a la producción de actos administrativos desfavorables a los contratistas. Es por ello que el anteproyecto, en lugar de remitir al procedimiento administrativo ordinario previsto en la Ley 107-13, propone crear un procedimiento administrativo breve para ejecutar dichas potestades.

Un asunto distinto consiste en el reconocimiento al contratante de la posibilidad de ejercer el derecho a renunciar o suspender justificadamente la ejecución del contrato en los supuestos estrictamente señalados en la ley. Aunque esa disposición ha sido redactada de manera amplia, su lectura integral obliga a circunscribirla a los supuestos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato. Sin duda, en este punto existe una oportunidad de mejorar la redacción y corregir la remisión cruzada entre disposiciones legales.

Una mención especial merece la modificación de los contratos, que será analizado en el siguiente subepígrafe.

2. La posible modificación de los contratos: Potestad variandi y modificación bilateral

Una de las novedades que plantea el proyecto de ley se encuentra relacionado con el reconocimiento expreso de los mecanismos de modificación de los contratos. Al respecto, se propone una regulación que distingue la modificación por ejercicio de la potestad unilateral de la Administración Pública conocida como *Potestad variandi*⁹⁰; de la modificación del contrato de mutuo acuerdo.

El primer escenario, de modificación unilateral por la Administración pública, ha sido reconocido históricamente, aunque sin previsión expresa de la ley, dentro de lo que en su momento fueron calificadas como cláusulas exorbitantes implícitas, que luego serían expresamente establecidas en la Ley de 2006 antes analizada.

El segundo escenario se corresponde a la modificación por acuerdo entre las partes. Esta propuesta de incorporación al derecho positivo constituiría una verdadera novedad, pues como acertadamente ha advertido la doctrina científica, no existe una regulación expresa y clara sobre esta posibilidad, aunque tampoco se encuentra excluida su aplicación por norma legal. Por el contrario, el artículo 28 de la Ley núm. 340 exige su regulación contractual al señalar que la validez del contrato se encuentra condicionada a la existencia de un grupo de cláusulas obligatorias, entre las que debe estar presente la relacionada con las modificaciones. No obstante, la doctrina científica infiere del texto legal que al menos tres supuestos justificarían la modificación bilateral⁹¹.

De concretar la promulgación del anteproyecto de ley, esta incorporación al texto legal constituiría

⁸⁵ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículos 8 y 68.

⁸⁶ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 74 numeral 2.

⁸⁷ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 74 numeral 2.

⁸⁸ República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015, artículo 74 numeral 4.

⁸⁹ República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013, artículo 15.

⁹⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pp. 248-250; Villar Palasi, José Luis, Lecciones sobre contratación administrativa, Madrid, Universidad de Madrid, 1969, pp. 215-216.

⁹¹ Rodríguez Huertas, Olivo, "Capítulo: República Dominicana", Benavides, José Luis y Moreno, Pablo (Coords.), en La contratación pública en América Latina, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 582.

una recepción expresa de la propuesta formulada por la citada doctrina científica.

VI. Consideraciones finales

La evolución experimentada desde 1947 hasta el presente pone de manifiesto que los contratos que comenzaron teniendo un reconocimiento positivo de naturaleza procesal, como lo era la determinación de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los conflictos surgidos en la aplicación de los mismos, actualmente cuentan con un reconocimiento positivo de naturaleza sustantiva, como lo exige el Estado social y democrático de Derecho y el deber de que la Administración Pública actúe con sujeción plena al ordenamiento jurídico del Estado.

Es conforme a esta idea que el régimen jurídico de la contratación pública ha evolucionado del reconocimiento de las potestades administrativas, que inicialmente en ausencia de norma legal expresa se consideraban implícitas en los contratos administrativos, a que actualmente se encuentren expresamente contempladas en la legislación vigente.

La aplicación durante 15 años de la Ley núm. 340-06 y modificada por la Ley núm. 449-06, ha permitido tener mayor seguridad jurídica sobre los supuestos de procedencia del ejercicio de estas potestades y, además, ha permitido contrastar la teoría con la praxis de la aplicación de las disposiciones que le sirven de fundamento.

Conforme a la propuesta de reforma legal, se observa que se han efectuado algunas valiosas determinaciones que contribuyen a precisar desde la perspectiva jurídica el ejercicio de las potestades administrativas en materia contractual, cuyo ejercicio quedará sujeto al ordenamiento jurídico del Estado y al control de los órganos jurisdiccionales administrativos.

Referencias

Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Actos y Contratos Administrativos*, Caracas, Ediciones Paredes, 2011.

Araujo-Juárez, José, *La Teoría de la Cláusula Exorbitante*, Caracas, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

Castillo Vegas, Jesús Luis, "La seguridad jurídica. Reconstrucción de un concepto histórico", Hernández-Mendible, Víctor R. y Villegas Moreno, José Luis (coords.), en *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, Caracas, Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO)-CIDEP, 2018.

Corte IDH, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, serie C núm. 330.

Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C núm. 98.

Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C núm. 246.

Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2015, serie C núm. 293.

Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción Preliminar y Fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, serie C núm. 179.

De La Cruz Álvarez, Gilbert, *El Contrato Administrativo: origen, evolución y vigencia en el derecho administrativo dominicano*, Santo Domingo, (Inédito), 2020.

D'Oleo Seiffe, Oscar, *Las potestades de la administración en la contratación pública. Un estudio comparado de la perspectiva de la*

República Dominicana y el Reino de España, en relación con los modificados contractuales, en Revista Gabilex N.º 23, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 2020.

Dickson Morales, Rafael, “Las alianzas público privadas como mecanismo alternativo en la planificación y financiación de proyectos públicos en República Dominicana”, Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Delpiazco Rodríguez, Carlos E. Rodríguez Huertas, Olivo, Castaño Guzmán, Servio Tulio, Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen, (coords.), en *Bases y Retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Panamá, FINJUS, FIDA, ADDA y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017.

Dickson Morales, Rafael, La Asignación de Riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones de otras jurisdicciones de Iberoamérica, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Hernández, José I., El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana, en Ley de Contrataciones Públicas, 4.^a ed., actualizada y aumentada, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

Hernández-Mendible, Víctor R., El Estado Convencional. Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2019.

Linares, Aurilivi, “Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas”, en Ley de Contrataciones Públicas, 4.^a ed., actualizada y aumentada, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

República Dominicana, anteproyecto de Ley General de Contrataciones Públicas, Santo Domingo, 2021.

República Dominicana, Código Civil.

República Dominicana, Constitución de 26 de enero de 2010, reformada el 14 de junio de 2015.

República Dominicana, Decreto núm. 434-20, de 1.º de septiembre de 2020, que contiene el Reglamento de ejecución de la Ley de Alianzas Público-Privadas, núm. 47 de 20 de febrero de 2020.

República Dominicana, Ley de Alianzas Público-Privadas, núm. 47 de 20 de febrero de 2020.

República Dominicana, Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-12, de 14 de agosto de 2012.

República Dominicana, Ley que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, núm. 1494 de 2 de agosto de 1947.

República Dominicana, Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones núm. 340 de 18 de agosto de 2006, reformada por la Ley núm. 449 de 6 de diciembre de 2006.

República Dominicana, Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo núm. 107, de 6 de agosto de 2013.

República Dominicana, Reglamento de ejecución de la Ley núm. 340, Decreto núm. 543, de 6 de septiembre de 2012.

República Dominicana, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 227, de 24 de marzo de 2021.

República Dominicana, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 14, de 12 de febrero de 2020.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0009/15, de 20 de febrero de 2015.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0192/17, de 10 de abril de 2017.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0196/13, de 31 de octubre de 2013.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre de 2014.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, sentencia TC-0009/15, de 20 de febrero de 2015.

Rodríguez Huertas, Olivo, "Capítulo: República Dominicana", Benavides, José Luis y Moreno, Pablo (coords.), en *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Temis, 2015.

Subero Mujica, Mauricio, "La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela", Hernández-Mendible, Víctor R. (coord.), en *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 3, Caracas, Ediciones Paredes, 2007.

Villar Palasí, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Universidad de Madrid, 1969.

Regulación económica y estado social y democrático de derecho: hacia un nuevo paradigma de la intervención pública en los mercados

Frey mi Collado Morales*

Recibido: 5 de julio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

La cláusula del Estado social y democrático de derecho insertada en el texto constitucional de 2010 implica una redefinición de la actividad regulatoria del Estado. En ese sentido, el presente trabajo pretende establecer el marco y los principios que deben regir la regulación económica como actividad propia de la Administración para adecuarse a los preceptos propios de la referida cláusula. Para ello hemos consultado lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia –nacional y comparada– y, sobre esa base, construimos un análisis descriptivo-argumentativo de la figura objeto del presente estudio. Pretendemos, en definitiva, presentar una noción de regulación acorde a los nuevos tiempos, esa que busca satisfacer el interés general, garantizar los derechos de las personas y propiciar el adecuado funcionamiento de los mercados.

Palabras clave: Estado social y democrático de Derecho, Interés general, Regulación económica, economía de mercado, función regulatoria.

Abstract

The clause of the social and democratic State of law inserted in the constitutional text of 2010 implies a redefinition of the regulatory activity of the State. This essay aims to establish the framework and principles that should govern economic regulation as an activity proper to the Administration to adapt to the precepts of the mentioned clause. To this end, we have consulted what has been stated both by jurisprudence and judicial decisions –domestic and foreign– and, subsequently, we build a descriptive-argumentative analysis of the figure that is the object of this study. We intend, in short, to present a notion of regulation according to the new times, one that seeks to satisfy the general interest, guarantee the rights of people, and promote the proper functioning of markets.

Keywords: Social and democratic State of law, Economics regulation, Welfare State, Market economy, Regulatory function.

* Abogado. Gerente Legal y Cumplimiento de Unit, S.A., filial Grupo Universal. Magíster en finanzas corporativas de la Escuela Europea de Dirección y Empresa, Madrid: España. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, campus Santiago. Santo Domingo, República Dominicana. Correo electrónico: freymicollado@gmail.com

I. Introducción

El texto constitucional de 2010 implicó un cambio de paradigma en la forma en la que interactúan y se relacionan los actores que conforman el ordenamiento jurídico dominicano. Dentro de los cambios introducidos por la indicada reforma, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la inclusión expresa de la cláusula del Estado social y democrático de derecho en el artículo 7 constitucional ha sido una de las de mayor impacto, trascendencia e importancia práctica¹. Así, el texto constitucional de 2010 redefinió los límites del Estado y colocó sobre sus hombros la responsabilidad de garantizar el bienestar y desarrollo de la sociedad que le sirve de contexto y de los individuos que la conforman².

En esa nueva conceptualización³, el Estado deja de ser un espectador pasivo para convertirse en el orquestador del desarrollo –en el sentido más amplio del término– y el garante de los derechos fundamentales de las personas. Esta premisa permea toda la actividad estatal y, de manera muy particular, aquellas áreas que están relacionadas con la dirección de la economía. En ese orden, la cláusula del Estado social y democrático de derecho impone al Estado la obligación de

intervenir en la economía. Ese criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional de Colombia:

[...] el principio de ESDD impone a las autoridades estatales unas funciones particulares, las cuales se cumplen también de diversos modos, destacándose la intervención en la economía, que opera como instrumento para el logro de los fines esenciales del aparato estatal⁴. (Negritas y subrayado agregados)

En ese contexto, nos preguntamos: ¿De qué manera cambia esta nueva concepción del Estado la figura de la *regulación económica*, la cual ocupa un lugar preeminente dentro de las formas de intervención estatal en la economía⁵? ¿Cuáles son sus diferencias de esta «nueva» regulación respecto de la anterior al 2010? ¿Bajo cuáles principios esta se rige en el marco del Estado social y democrático de derecho y cuál es su fin último? Evidentemente, es necesario redefinir o, cuando menos, reinterpretar las herramientas mediante las cuales el Estado interviene en la economía y, de manera muy particular, la *regulación económica*. El *Estado regulador* –en el sentido en que lo abordaremos a lo largo del presente trabajo– se fundamenta en los principios

¹ Basta remitirse a distintas leyes de gran envergadura aprobadas la pasada década para entender la importante dimensión práctica de la cláusula del Estado social y democrático de derecho introducida por el constituyente de 2010. Son varios los textos normativos que en su parte inicial (*considerandos*) hacen referencia a la cláusula del Estado social y democrático de derecho como punto de partida y eje transversal de sus disposiciones. A título de ejemplo podemos mencionar la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, G.O. 0622; la Ley 247-12, Orgánica de la Administración pública, G.O. 10691; y la Ley 107-13, Sobre los derechos y deberes de las personas en su relación con la Administración pública, G.O. 10722; todas de indiscutible relevancia práctica en el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

² Si bien la Constitución de 2002 (cuyo núcleo se remonta a la reforma efectuada en 1966) recogía en su texto una «tímida noción» de derechos sociales en su texto, no menos cierto es que «se mantenía operando en el marco del modelo de Estado estructurado por el clásico constitucionalismo liberal» (Rodríguez Gómez), por tanto, «no se comprometía la esencia liberal del Estado» (Rodríguez Gómez). De ahí que autores como Eduardo Jorge Prats hablen de una redefinición del Estado de uno liberal a uno eminentemente garantista a partir del texto constitucional de 2010. Ver: a) Cristóbal Rodríguez «El paradigma constitucional en la cláusula del estado social»; y, b) Eduardo Jorge Prats «Hacia la consolidación del Estado social y democrático de derecho». [Referencias completas de ambos artículos en el apartado «Bibliografías y referencias» del presente trabajo].

³ Sobre este particular, Carlos A. Parodi sostiene que el concepto de un «Estado social» implica más bien «un proceso de redefinición, y no como de retirada del Estado», por tanto, se plantea la idea de los principios de la cláusula del Estado social incluida por el constituyente de 2010 como una nueva conceptualización de los fines propios e inherentes del Estado [Referencia completa al artículo en el apartado «Bibliografías y referencias» del presente trabajo].

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288/12, de fecha 18 de abril de 2012.

⁵ Parodi sostiene de igual forma que la idea del Estado regulador es «una manera más democrática de intervención estatal en la economía» lo que permite lograr «balance más adecuado entre eficiencia económica y la justicia social». Ver: Carlos A. Parodi, «El Estado regulador en el Perú». Referencia completa al artículo en el apartado «Bibliografías y referencias» del presente trabajo.

⁶ Es importante destacar en este punto que, para cierto sector de la doctrina, la idea de «Estado social» es un concepto superado en la medida en que se compara este con la idea del «Estado prestador». Para más información ver: Thiago Dellazari Melo «Do estado social ao estado regulador» [Referencia completa al artículo en el apartado «Bibliografías y referencias» del presente trabajo]. Entendemos esta idea no es aplicable al caso dominicano pues el

del Estado social. Por ende, el primero no es la «superación» de las ideas del Estado social, sino más bien una de sus manifestaciones prácticas⁶. Pretendemos presentar las implicaciones que tiene para la *regulación económica* el modelo de Estado expresamente reconocido a partir del texto constitucional del 2010. En ese orden, las reflexiones de la doctrina dominicana sobre ese tema han sido más bien escuetas. Por este motivo, aunque hemos consultado la doctrina y la jurisprudencia comparada, el presente ensayo se enfoca, exclusivamente, en el caso dominicano y es, precisamente, ese nuestro objetivo: abundar sobre el concepto «*regulación económica*» frente al espejo de los principios del Estado social y democrático de derecho. Si bien no podemos decir que antes de la Constitución de 2010 al mercado dominicano le aplicaban las reglas propias de un capitalismo salvaje, no menos cierto es que a partir de su proclamación se hace necesaria una relectura de cómo el Estado debe intervenir en el mercado. Y esta relectura debe realizarse tomando en cuenta los principios que legitiman y limitan la función regulatoria del Estado.

Por ello, no es el propósito de este ensayo presentar un análisis jurídico-económico que delimite la figura de la *regulación económica* como actividad de la Administración con sus propias características. En la doctrina comparada hay autores que han emprendido esta tarea, la cual reviste un sensible grado de complejidad por lo ambiguo y abierto que resulta el concepto «regular». Para el propósito del presente escrito, esa discusión tiene un papel secundario. En ese sentido, cada vez que se haga referencia a «*regulación económica*» o «*función regulatoria*» deberá ser entendida como:

[aquella] actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus

*operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración*⁷.

De igual forma, se utilizará recurrentemente el concepto *mercado* o *mercados*. Más allá de las implicaciones teórico-prácticas de este importante instituto económico, cada vez que sea utilizado, será en el sentido de sistema socio-económico que se basa en el libre intercambio de bienes y servicios para que los individuos realicen sus intereses⁸.

Para el desarrollo de los distintos apartados que componen el presente trabajo se analizarán los criterios y postulados expresados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia especializada en la materia sobre los aspectos abordados. Al explorar estas ideas se busca esencialmente presentar cómo luce la regulación económica conforme los principios del Estado social democrático de derecho consagrado en el artículo 7 constitucional.

Zanjadas las fronteras del tema del presente análisis y de su descripción metodológica, es importante señalar que este será desarrollado en tres partes interrelacionadas entre sí: En un primer momento, se abordarán las implicaciones que tiene la cláusula del Estado social y democrático de derecho en el régimen económico –y cómo esta presenta un modelo esencialmente distinto al propuesto por el Estado liberal– las cuales se materializan a través de una idea amplia de dirección estatal de la economía con el propósito de garantizar el bienestar general. En esa tesitura, en el segundo apartado desarrollaremos cómo esta noción de «interés general» legitima y limita la función reguladora del Estado, presentando los presupuestos que permiten afirmar que esta idea –la de interés general– es el núcleo en torno al cual

Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia TC/0027/12, ha reconocido que el régimen económico dominicano responde a una economía social de mercado. Esto sin mencionar que el propio texto constitucional establece la posibilidad de la existencia de monopolios en provecho de Estado, creados por ley.

⁷ Montero Pascual, Juan José, «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», en Revista Digital de Derecho administrativo, N.º 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 23-44, en 28.

⁸ Larrañaga, Pablo, «Interés general y regulación económica», en Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N.º 27, México, 2007, pp. 73-110, en 88.

gira la actividad regulatoria en un Estado social. Por último, haremos una breve aproximación a la obligación del Estado regulador bajo el prisma de los principios del Estado social y democrático de derecho desarrollado en los apartados anteriores. En este último apartado se busca separar e individualizar la regulación de otras formas de intervención estatal a la vez que se presenta el contexto práctico en el cual se lleva a cabo la actividad regulatoria.

II. Estado social y democrático de derecho, constitución económico y dirección estatal de la economía

Como dijo en una ocasión el constitucionalista Cristóbal Rodríguez, la cláusula del Estado social y democrático de derecho es la de «*mayor contenido semántico*» dentro de las novedades incorporadas dentro del texto de la Constitución de 2010. Con su inclusión expresa en el artículo 7 constitucional, se marca el punto de «*quiebre con el liberalismo clásico que había caracterizado buena parte de la tradición constitucional dominicana*»⁹. Por lo tanto, las implicaciones y consecuencias de la cláusula del Estado social y democrático de derecho no pueden ser abordadas a la ligera.

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha tenido la ocasión de pronunciarse en ese sentido, estableciendo que «*el fundamento y la vigencia real y concreta de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho reside en la efectividad y prevalencia de los derechos fundamentales y sus garantías consagrados en la misma Constitución y las leyes*»¹⁰. Si tomamos en cuenta que es el propio artículo 8 constitucional el que establece que la función esencial del Estado es 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» debemos concluir, necesariamente, que el Estado social y democrático de derecho es el principio rector que direcciona toda la actividad del Estado. En otras palabras, si no es para la protección de derechos de las personas y para garantizarles el marco que les permita desarrollarse bajo un esquema de igualdad y equidad, la existencia del Estado carece de sentido.

En ese orden, si decimos que toda la actividad del Estado es regida por los principios que se derivan de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, evidentemente, la actividad económica no escapa de dicha realidad. De hecho, el régimen económico es quizás donde mayor incidencia tienen los presupuestos del *Estado social* y no solo eso, sino que también es el principal punto de diferencia con el modelo opuesto: *El Estado liberal*¹¹.

Las limitaciones que presenta el Estado liberal vienen dadas por el propio contexto histórico que le sirvió de origen. Hay que recordar que su implementación en la práctica –no así su conceptualización teórica– surgió como consecuencia de las revoluciones burguesas del siglo XVIII –siendo los ejemplos por antonomasia la Guerra de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789)– las cuales en esencia buscaban limitar la esfera de intervención estatal como una respuesta al Absolutismo. Bajo ese entendido, resulta obvio que sus postulados tiendan hacia un Estado esencialmente abstencionista (*Estado negativo*) cuya principal función sería la de garantizar la libertad, la propiedad, la seguridad y la igualdad ante la ley¹². Nótese que estos derechos

⁹ Rodríguez, Cristóbal, «El paradigma constitucional en la cláusula del Estado social», En Revista Global 37 [En línea: <http://revista.global/el-paradigma-constitucional-en-la-clausula-del-estado-social/>] Última consulta: 20 de abril, 2021.

¹⁰ Cfr. Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0048/12, de fecha 8 de octubre de 2012 y TC/0559/16, de fecha 8 de noviembre de 2016.

¹¹ Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha dicho lo siguiente: «*el Estado liberal se funda en el reconocimiento de la igualdad formal entre los ciudadanos, concebidos bajo un criterio de democracia censitaria, y la actividad imparcial del aparato estatal, en tanto premisa para superar los privilegios y la arbitrariedad propia de los regímenes monárquicos y absolutos*» En ese sentido, se puede afirmar que se trata de un modelo esencialmente distintos al Estado social, en tanto que sus fines y propósitos difieren sensiblemente. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288/12, de fecha 18 de abril de 2012.

¹² Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional. Volumen I, 4ta. Ed., República Dominicana, Ius Novum, 2013, p. 38

suponen una actitud pasiva del Estado frente a los particulares; en todo caso, el Estado cumple con su función en la medida en que se abstiene de realizar cualquier actividad que tienda a menoscabar dichos bienes jurídicos. En palabras de Diez Picazo:

*La burguesía triunfante en las revoluciones liberales sentía la imperiosa necesidad para el correcto funcionamiento de su modelo económico, como ya puso de relieve Max Weber, de un tipo de derecho basado en la certeza, pues sólo así es posible hacer negocios*¹³.

Así, el Estado Liberal (y por vía de consecuencia el constitucionalismo liberal) quedó supeditado a una esfera de no intervención en la cual la actividad estatal quedaba restringida a propiciar –con su «no accionar»– las condiciones que permitieran el desarrollo de un *libre mercado*, impulsado enteramente por la iniciativa privada y regido por los preceptos del liberalismo económico.

Dicho modelo, como era de esperarse, resultó insuficiente ya que solo garantizaba una igualdad formal, mientras, por otra parte, toleraba «*abismales desigualdades sociales y económicas*»¹⁴ pues no garantizaba una eficiente asignación de recursos. El Estado social surge como una respuesta a estas deficiencias. Si bien el constitucionalismo nació de la mano del Estado liberal, no menos cierto es que su visión esencialmente abstencionista pronto se quedó corta y, por tanto, le dejó sin capacidad para dar una respuesta efectiva a los distintos problemas sociales que desembocan en una desigualdad material.

Esto implicó la adopción de una idea de Estado

que rompiera –bajo ciertos principios– los diques de contención que imponía el modelo liberal de cara a responder a los reclamos sociales por una igualdad que no solo estuviese plasmada en papel, sino también materializada en la realidad. En esa tesitura, los horizontes del Estado social se ensanchan dando paso a una figura esencialmente distinta a la del Estado liberal; en palabras de David Guinard-Hernández: «[El] Estado social **trasciende al principio de legalidad**, como escucha del clamor social y catalizador de la crisis desencadenada por el abstencionismo, **adquiriendo una condición económica impropia del modelo liberal**»¹⁵ (Negritas y subrayado agregado).

Bajo esa cosmovisión, entran en escena conceptos como justicia distributiva o igualdad material que obligan al Estado a asumir un rol activo en la búsqueda y concretización de estos ideales. En palabras de Viera Álvarez, la función social «*supone límites y deberes de carácter positivo*»¹⁶. Es evidente que el rol activo del Estado puede verse materializado a través de su intervención en la economía y, de manera muy particular, en su regulación del mercado como uno de sus principales institutos. Así, los derechos sociales legitiman la adopción de un modelo que se basa en limitar y frenar los principios del liberalismo económico del siglo XVIII¹⁷.

En consecuencia, resulta incompatible con la Constitución la idea de un Estado de corte *lasseferista*. Lo que sí podemos afirmar es que tanto *la libertad de empresa* como la *iniciativa privada* gozan de reconocimiento constitucional expreso¹⁸, por tanto, podemos decir que el Estado dominicano es uno que fomenta las libertades económicas, pero estas deben analizarse desde

¹³ L. Ma DIEZ PICAZO. La derogación de las leyes. Citado por: Elisenda Malaret I García, «Regulación económica: su instrumentación normativa» en Derecho Privado y Constitución, Núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 327-360.

¹⁴ Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional. Volumen I, Ob. Cit. p. 40

¹⁵ Guinard-Hernández, David, «La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía», en Revista digital de Derecho Administrativo, N.º 18, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 180

¹⁶ Viera Álvarez, Christian, «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social», En Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º 21, 2020, pp., 197-224, en 207.

¹⁷ *Ibidem.* p. 223

¹⁸ Cfr. Arts. 50 y 219 de la Constitución dominicana.

su dimensión social, esa que busca un mayor nivel de equidad en la distribución de los recursos; en otras palabras, encuentran su límite en la obligación de igualdad material y justicia social que el Estado está en la obligación de procurar¹⁹. Por tanto, el Estado, respetando ciertos límites y siguiendo ciertos principios, se encuentra facultado para intervenir, de distintas formas, en la actividad económica²⁰.

1. Constitución económica y dirección estatal de la economía

Una vez entendida la tesis desarrollada en los párrafos previos, esta es: conforme los preceptos del modelo social, el Estado está facultado –y más aún obligado– para intervenir en la actividad económica, siguiendo ciertos principios, con el fin de garantizar aquellos bienes jurídicos (justicia distributiva, igualdad material, etc.) a los cuáles el Estado liberal no puede –por su propio marco ontológico– dar una respuesta satisfactoria; conviene hablar de Constitución económica, como el primer escalón en la materialización de dicha idea y que además sirve de marco normativo-contextual de la Regulación económica.

Moreno Castillo propone una definición de Constitución económica que consideramos bastante completa. El indicado autor sostiene:

*[...] la constitución económica es la parte de la Constitución **que orienta y funda la posición del Estado relacionada con la economía y los derechos**. Supone entonces el orden económico y social justo **asumiendo el imperativo positivo de la ordenación del Estado para la obtención del beneficio del desarrollo armónico y para la promoción de la productividad y de la competitividad con relación al uso de bienes y la prestación de servicios**²¹. (Negritas y subrayado agregados)*

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha definido la Constitución económica como:

*[L]a parte del Texto Fundamental **que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito** [...] La Constitución Económica **supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental**, para lo cual **asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios**²². (Negritas y subrayado agregado).*

No es el propósito de este trabajo presentar la evolución histórica que llevó al surgimiento y adopción del concepto de «Constitución económica» –que es una mezcla entre la respuesta del constitucionalismo occidental a la Revolución rusa y al cambio de paradigma que permitió ver la Constitución como norma que regula la sociedad y no solo la organización del poder político–. Por el contrario, nos circunscribiremos al caso dominicano, sobre el cual Jorge Prats dice atinadamente lo siguiente:

*[La] Constitución dominicana sí contiene cláusulas expresas que establecen el marco jurídico fundamental de la ordenación de la economía y consagra, al lado de los clásicos derechos individuales, los derechos sociales, económicos y culturales. Al proteger la libertad de empresa y el derecho de propiedad, la Constitución **postula un determinado sistema económico, la economía de***

¹⁹ Sobre la función social de la propiedad y la libertad de empresa ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03, de fecha 22 de febrero de 2003.

²⁰ Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 210.

²¹ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 25

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-865/04, de fecha 7 de septiembre de 2004.

*mercado, sistema que, en conjunción con la cláusula del Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales, configura un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado, [...] y la economía interventora*²³. (Negritas y subrayado agregado).

En ese mismo tenor, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (en lo adelante, Tribunal Constitucional) ha reconocido expresamente que «el régimen económico dominicano es el de una economía social y de mercado»²⁴. Bajo este prisma se enmarcan los principios de «crecimiento sostenible», «búsqueda del desarrollo humano», «redistribución de la riqueza», «justicia social», «iniciativa privada», «libre y leal competencia», entre otros, los cuales cuentan con expreso reconocimiento constitucional²⁵.

Una última cuestión por analizar sobre la idea de Constitución económica es su alcance dentro del texto constitucional. Diversos autores defienden que se trata de un concepto más abstracto, uno que permitiría afirmar que la Constitución económica se encuentra diseminada por todo el texto de la Constitución, más que en una parte en concreto. Si bien el Título XI de la Constitución (Del régimen económico y financiero y de la Cámara de Cuentas) es donde se consagran las bases sobre las que descansa –normativamente hablando– el sistema económico dominicano, no menos cierto es que desde el mismo Preámbulo constitucional se introducen conceptos como «el bienestar social» que tienen un alto componente económico y que fundamenta «el reconocimiento de un conjunto de expectativas prestacionales (educación, salud, empleo, seguridad social, vivienda) que conforman el llamado [...] Estado social»²⁶. Por lo tanto, se puede sostener que la Constitución económica no es una parte específica dentro de la Constitución, sino más bien un conjunto

de principios y derechos dispersos en todo el texto constitucional que tienen como fin dirigir la economía en una determinada dirección.

Luego de zanjar este breve esbozo a una aproximación conceptual a la *Constitución económica*, podemos concluir que en el caso dominicano –tal y como lo proponen algunos autores– aplica más un concepto de *dirección estatal de la economía*²⁷. En esa tesitura, el Estado cuenta con varias herramientas que le permiten orquestar un régimen económico que tiene como principal motor la iniciativa privada y como puerto de destino la justicia y equidad social y sus diferentes derivaciones. Estas herramientas son las que la doctrina ha definido como intervención, concepto que vendría a fungir como una suerte de «género» de las «especies»: regulación (en su dimensión restringida más vinculada a la idea de reglamentación), supervisión, vigilancia y control, planeación, fiscalización, política monetaria y cambiaria, emisión, entre otras²⁸.

De acuerdo al orden de ideas desarrollado hasta este punto, al ser *la función regulatoria* una de las formas de intervención estatal en la economía, podemos afirmar que encuentra su legitimación constitucional en la llamada Constitución económica; en consecuencia, «El Estado regulador está en todo el cuerpo de la constitución jurídico-normativa y no únicamente en la parte económica»²⁹.

2. Regulación: Estado democrático y Estado de Derecho

Aunque el principio «social» de la cláusula del Estado social y democrático de derecho tiene grandes implicaciones prácticas de cara a la función regulatoria del Estado, los horizontes de esta última son muchos más vastos. En ese

²³ Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional. Volumen II, 2.ª ed., República Dominicana, Ius Novum, 2012, p.654

²⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0027/12, de fecha 5 de julio de 2012.

²⁵ Cfr. Artículos 218 y ss. de la Constitución dominicana.

²⁶ Castañón Guzmán, Servio Tulio, Comentario al Preámbulo de la Constitución dominicana, en Fundación Institucionalidad y Justicia (Coord.), Constitución comentada 2015, 4.ª ed., República Dominicana, 2015, p.63

²⁷ Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 184

²⁸ *Ibidem*, pp.186

²⁹ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Ob. Cit.* p.17

orden de ideas, la *regulación económica* viene a ser una suerte de concepto transversal que no solo se nutre de los postulados y principios del Estado social, sino que también adopta, se rige y encuentra sus límites en el principio democrático (Estado democrático) y en el principio de legalidad (Estado de Derecho), tocando de manera holística todo el contenido de la cláusula consagrada en el artículo 7 constitucional. Sobre cómo impactan estas dos dimensiones de la cláusula en la actividad regulatoria nos referiremos a continuación.

En lo relativo al principio del *Estado democrático*, sus implicaciones frente a la función regulatoria no representan mayor conflicto: la actividad regulatoria del Estado es ejercida por medio de las instituciones y órganos reconocidos, directa o indirectamente, por la Constitución, es decir, aquellas que han sido creadas en el marco de la actividad de los poderes constituidos, los cuales gozan de legitimidad democrática³⁰. Solo estas pueden intervenir en la dirección económica del Estado, exclusivamente en las áreas de su competencia. Asimismo, la aplicación del principio democrático implica que estos órganos están sujetos al «control político»³¹.

Por otra parte, en virtud de los postulados del *Estado de derecho*, la función regulatoria está sujeta al principio de legalidad y, por tanto, subordinada a la Constitución, las leyes y los reglamentos³². El principio de legalidad impone la obligación de que los actos regulatorios sean razonables, razonados y proporcionales; más aún cuando los niveles de discrecionalidad de dicha actividad (de la regulatoria) son bastante altos. Por tanto, los actos administrativos deben estar debidamente motivados³³.

Asimismo, la sujeción de la regulación al principio de legalidad implica, necesariamente, reconocer que esta se encuentra sujeta al control judicial. De manera que, cualquier acto de la administración que no se ajuste a los preceptos del Estado de derecho puede ser invalidado por los tribunales competentes para ello. Nos referiremos más adelante sobre las consideraciones que deben tenerse presente en cuanto al control judicial de los actos regulatorios.

Todo lo expuesto hasta el momento no busca más que presentar la regulación económica como un concepto transversal que toca todas las dimensiones de la cláusula del Estado social y democrático de derecho. Los principios que se derivan de los artículos 7 y 8 de la Constitución implican, necesariamente, una intervención del Estado en la economía para materializar sus fines. En palabras del Tribunal Constitucional, el Estado social:

*[A]tribuye al sector público la función de suplir las insuficiencias del mercado, asegurar las misiones de servicio público, favorecer la igualdad de los ciudadanos e, incluso, **ser la punta de lanza de una política económica democrática y jugar un papel de aguijón social***³⁴. (Negritas y subrayado agregado).

En esa misma línea de pensamiento se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana, la cual ha establecido que:

*Estos objetivos del ESDD se logran a partir de diversos instrumentos previstos en la Carta Política y la ley, **entre los que se destaca la intervención del Estado en la economía**. El uso de tales mecanismos está condicionado, según los términos explicados, al cumplimiento*

³⁰ Sobre el particular la jurisprudencia constitucional colombiana ha hecho una interesante distinción entre los órganos reguladores con expreso reconocimiento en el propio texto de la Constitución y aquellos que son creados mediante ley por el Congreso Nacional en el ejercicio de sus facultades constitucionales. A los primeros (los de expreso reconocimiento constitucional), la jurisprudencia colombiana les ha reconocido un especial nivel de autonomía e independencia. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03, de fecha 25 de febrero de 2003.

³¹ Montero Pascual, Juan José, *Regulación económica*, 3.ª ed., España, Tirant lo Blanch, 2018, p.51

³² Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 203

³³ *Ibidem.* p. 202

³⁴ Corcuera Añenza, "La iniciativa pública en materia económica y sus límites. Citado por el Tribunal Constitucional en: Sentencia TC/0027/12, de fecha 5 de julio de 2012

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288/12, de fecha 18 de abril de 2012.

*de las finalidades esenciales del Estado, dentro del marco citado de vigencia de la igualdad material y la distribución equitativa de los recursos*³⁵.

Por su parte, la doctrina ha sido consistente al señalar que la fórmula jurídico-política del Estado social y democrático de derecho ha resultado ser:

[La] adecuada para materializar los fines sociales propios del Estado social, dentro del respeto por la libertad, la democracia y el ordenamiento jurídico propios del Estado de derecho. Es en tal escenario donde se hace posible la conjugación tanto de la libertad como de la justicia distributiva, a través de la necesaria participación del Estado en su condición de superestructura garante de la convivencia y del desarrollo de aquellos reunidos en una sociedad³⁶.

Esas son las reales implicaciones que en el ámbito económico tiene la fórmula que el constituyente del 2010 agregó expresamente en los artículos 7 y 8 del texto de la carta sustantiva, esos que le impone al Estado la obligación de buscar «*el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes*»³⁷. Esta finalidad de satisfacción del «interés general» tiene importantes implicaciones –tanto teórico como prácticas– y sobre estas nos referiremos en el apartado que se desarrolla a continuación.

III. El interés general como punto de partida y destino de la regulación.

Históricamente se ha sostenido que la regulación es la respuesta del Estado a las fallas que presentan los mercados liberalizados. Aunque este postulado conserve cierta vigencia e incluso pueda ser sustentado desde un punto de vista empírico basado en la propia experiencia práctica que ofrece el mercado, debe ser superado. Decir

que se regula solo para «corregir las fallas del mercado» es quedarse cortos; esa idea no puede dar una respuesta del todo satisfactoria a los principios por los que se rige un Estado social y democrático de derecho, como lo pretende ser la República Dominicana. Lo anterior no implica que la regulación económica ya no busca corregir las fallas del mercado, sino más bien que sus objetivos están alineados a un ideal mayor: el estado de bienestar. Obviamente, corregir las fallas que puedan presentar los mercados contribuye a dicho estado de bienestar; lo que proponemos en el presente trabajo es que este último (estado de bienestar) es un concepto mucho más amplio que el limitado «fallas del mercado»³⁸ y, por tanto, es sobre aquel que debe sustentarse esa actividad de la Administración que llamamos «regular».

Decimos esto ya que en los mercados se desarrolla una actividad con un propósito bastante específico: la producción de riquezas a través del intercambio. Si entendemos bien esa premisa, podemos concluir que es posible la existencia de un «mercado perfecto», libre de las típicas fallas que tienden a imputarle economistas y juristas y, aun así, quedar debiendo a los axiomas de un Estado social. Esto es de esperarse porque el fin del mercado responde a intereses particulares, no generales; y así debe ser. En otras palabras: el mercado «*no garantiza una eficiente asignación de recursos*»³⁹ y agregamos nosotros, que esa distribución equitativa nunca ha sido su propósito. En palabras de Guinard-Hernández:

*La regulación económica, justificada en sus inicios por sus competencias eminentemente técnicas de corrección de fallos del mercado y promoción de condiciones materiales de competencia, **debe ahora enfrentar nuevos retos derivados de la materialización de la responsabilidad del Estado de garantizar el interés general, objetivo que no se consigue***

³⁶ Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 180.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288/12, de fecha 18 de abril de 2012.

³⁸ Es importante mencionar en este punto que autores como Elisenda Malaret, a quien citamos previamente, proponen una idea de falla del mercado «por razones de inequidad», lo que permite un análisis más amplio de idea de fallas del mercado y le otorga cierta vigencia a la idea de regular *únicamente* para corregir las fallas que presenta el mercado. Cfr. Elisenda Malaret I García, «Regulación económica: su instrumentación normativa» *Ob. Cit.* p. 337

³⁹ Malaret I García, Elisenda, «Regulación económica: su instrumentación normativa», *Ob. Cit.* p. 336

⁴⁰ Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 215

de forma exclusiva con la disciplina de las falencias de los mercados⁴⁰. (*Negritas y subrayado nuestro*)

Por tanto, se hace necesario un cambio de paradigma; uno que se encuentre bajo la égida del Estado social. Ese cambio no es otro que el de colocar el *interés general* en el centro del escenario, haciendo de este el punto de partida y el destino de la regulación económica. En un primer momento, puede parecer sutil el cambio de «regular para corregir las fallas del mercado buscando el interés general» a «regular por y para el interés general»; sin embargo, las implicaciones prácticas son bastante importantes como veremos a continuación.

La idea de *interés general* es esencialmente abstracta y cambiante. Tratar de reducirlo a unas pocas palabras con la finalidad de conceptualizarlo es una tarea compleja, ajena por demás a lo que se pretende exponer en este trabajo. Lo que sí es objeto de estas líneas es presentar los diferentes elementos que le dan contenido semántico a la noción de *interés general* y las implicaciones que tienen estos elementos de cara al cumplimiento de los fines del Estado.

El interés general posee dos dimensiones en lo relativo a la función regulatoria: por un lado, tiene una dimensión legitimadora (justifica la intervención del Estado en la economía) y por otro, una dimensión limitadora (restringe la intervención del Estado en la economía). Mandato y prohibición (abstención) para el Estado. Esta doble dimensión es abordada por Montero Pascual:

*El modelo regulador parte de la existencia de unos intereses generales en una determinada actividad económica. Este interés es el que justifica la intervención pública ablativa de derechos individuales de los operadores presentes en el mercado y también es el límite de dicha intervención*⁴¹.

A *priori*, ambas dimensiones podrían parecer contradictorias, sin embargo, la dinámica que proponemos tiende a adoptar una visión complementaria de ambas. Sobre la manera en que funciona –o debería funcionar– dicha dinámica, nos referiremos a continuación.

3. Dimensión legitimadora del interés general

El postulado que proponemos de la dimensión legitimadora es sencillo: el interés general es el punto de partida y razón de ser de la regulación económica en un Estado social y democrático de derecho. La intervención estatal en la economía no es por otra razón, sino para garantizar el bienestar común de la sociedad que le sirve de contexto. Esto significa que el Estado direcciona la economía porque es su obligación –constitucional en el caso de la República Dominicana– el garantizar el desarrollo pleno de los individuos que lo conforman. Al jugar la economía un importante papel en desarrollo de los pueblos, la idea de regularla va más allá de la simple corrección de las fallas de los mercados.

Es importante señalar que, por contradictorio que parezca, la noción de interés general está vinculada a la satisfacción de intereses particulares de un grupo de individuos o, como sostiene Larrañaga, «[la] máxima satisfacción del interés general equivale a la máxima satisfacción de intereses individuales compatible con la satisfacción equivalente de intereses individuales de todos los individuos relevantes»⁴².

Ahora bien, no podemos negar que el concepto de «interés general» tiene un alto contenido político⁴³. Más aún, el concepto da lugar a una dinámica compleja en donde pueden concurrir distintos intereses contrapuestos y frente a los cuales el Estado se encuentra en la obligación de fungir como árbitro a fin de armonizarlos o establecer, bajo el principio de razonabilidad, cuál de ellos prevalecería.

⁴¹ Montero Pascual, Juan José, Regulación económica, *Ob. Cit.* p.80

⁴² Larrañaga, Pablo, *Ob. Cit.* p. 87

⁴³ Montero Pascual, Juan José, Regulación económica, *Ob. Cit.* p.88

Sin embargo, a los fines que interesan al presente trabajo, la noción de interés general se presenta desde un punto de vista más panorámico, entendiéndola como esa hoja de ruta que emana o bien del texto constitucional o bien de la ley, y que establece el propósito que busca el Estado al regular un determinado sector de la economía con el propósito, a su vez, de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la misma Constitución. La forma en la que se configura dicha hoja de ruta y de cómo esta es consecuencia del diálogo pluralista y el choque de intereses contrapuestos, desborda el propósito del presente trabajo⁴⁴.

Lo que sí podemos afirmar a grandes rasgos es que el Estado social y democrático de derecho reconoce en el individuo su último beneficiario; esto es más que evidente en la redacción del artículo 8 constitucional. Por tanto, la Constitución es la norma primigenia donde se enmarca un primer boceto de cómo luce ese «interés general» a grandes rasgos. Larrañaga, a quien citamos previamente, propone también una visión interesante de cómo luce el interés general en la Constitución:

*[El] interés general en el nivel constitucional se dirige a la determinación de las condiciones en las que las relaciones de intercambio voluntario **son instrumentalmente adecuadas para que los individuos puedan realizar sus preferencias, deseos o fines cualquiera que éstos sean, y no a qué comportamientos estratégicos cabe esperar de los participantes en el mercado***⁴⁵. (Negritas y subrayado agregados)

Una lectura ligera de la idea citada precedentemente podría dar a entender una visión reduccionista del interés general, limitándolo a un «interés general en el mercado»; sin embargo, el mismo autor señala más adelante que la noción de interés general está más vinculada a regir las reglas del mercado en una determinada dirección que trasciende a sus propios resultados⁴⁶. Es decir, el

mercado vendría a ser una suerte de herramienta al servicio de un fin mayor: el interés general.

La búsqueda de este bienestar general implica, necesariamente, que todos los mercados están, en mayor o menor medida, sujetos a ser regulados por el Estado. De hecho, el mismo Estado liberal es un *Estado regulador* en la medida en que establece un conjunto de reglas –en este caso, de carácter negativo e impuestas al propio Estado– que condicionan la actividad del mercado, que sería uno completamente liberalizado, regido únicamente por sus propias dinámicas. Es por esto que consideramos que la idea de interés general es el verdadero motor de la regulación en el Estado social, pues facultaría a este último a intervenir incluso en mercados «perfectos», pero que, por una u otra razón, su propia actividad no satisface las necesidades de los individuos que componen la sociedad en la que se desarrolla.

Esta idea es la que permite entender, en su correcta dimensión, los conceptos de *libre y leal competencia* o *protección de los derechos del consumidor* como fines propios de la regulación económica. Si de acuerdo al texto constitucional, el Estado debe favorecer y velar por «la competencia libre y leal», entonces, necesariamente, debemos concluir que la función regulatoria no se limita a aquellos mercados que históricamente han sido identificados como «regulados» o que presenten, por su composición, una falla que impida el desarrollo de una sana competencia.

Más aún, la premisa del interés general como noción legitimadora de la intervención estatal en la economía es la que permite materializar cuestiones tan importantes como el acceso universal a ciertos servicios básicos cuya prestación no resulta atractiva para el sector privado. Al respecto, Guinard-Hernández ha dicho que:

⁴⁴ Sobre el papel del Congreso en la configuración sobre los fines específicos a ser regulados en un determinado sector y mediante cuáles herramientas ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03, de fecha 25 de febrero de 2003.

⁴⁵ Larrañaga, Pablo, Ob. Cit. p. 98

⁴⁶ *Ibidem*. p. 99

*La regulación también se dirige a otros objetivos de interés general que no necesariamente se ven satisfechos incluso a través del mercado perfecto. Por ejemplo, **el mercado perfecto no es el mercado que satisface todas las demandas de suministro de servicios, sino sólo aquellas que son rentables**⁴⁷.*

Si bien la iniciativa privada puede –y en efecto así ocurre– satisfacer con su actividad ciertos aspectos del interés general, no menos cierto es que por su propia naturaleza en ella no puede descansar la respuesta definitiva. No olvidemos que su propósito es la búsqueda de renta y, reiteramos una vez más, así debe ser. Aunque el Estado puede aprovechar ese fin lucrativo para alcanzar ciertos objetivos, no puede basar todo su régimen económico en una dependencia absoluta en las dinámicas que rigen la iniciativa privada.

Esta dimensión legitimadora es la que nos lleva a afirmar que es propio de la función regulatoria del Estado, el abstenerse de regular un determinado sector si dicha medida es la que conviene al interés general. No regular es una decisión económica del Estado y, por tanto, direcciona la economía en un determinado sentido. Esta visión abstencionista es una de las aristas que se analizarán a continuación con ocasión de la dimensión limitadora del interés general que proponemos.

4. Dimensión limitadora del interés general

Así como en la noción de interés general el Estado encuentra su principal razón para intervenir en los mercados –y, por consiguiente, regular– en esa misma idea encuentra su principal limitación. Dicho de otra forma, el Estado no puede regular más allá de lo que sea provechoso para el interés general. En primer lugar, en esta dimensión limitadora, el interés general realiza una doble función, una positiva y otra negativa. Por un lado, está la obligación positiva de buscar únicamente el interés general a través de sus actos, procurando su idoneidad y eficacia para conseguir dicho

interés. Cualquier acto realizado por el Estado fuera de la búsqueda del interés general, por más loable que sea, debe considerarse incompatible con la función reguladora. Por otro lado, el Estado tiene la obligación negativa de tomar decisiones que persigan fines distintos al interés general, es decir, abstenerse de buscar intereses particulares o, incluso, los intereses del propio órgano regulador. Es incompatible con la función reguladora que un órgano actúe en una determinada dirección cuando lo conveniente para el interés general es su abstención.

En segundo lugar, la dimensión limitadora implica determinar, de la manera más precisa posible, el contenido del interés general. Más aún, teniendo en cuenta el alto grado de discrecionalidad que caracteriza la actividad regulatoria, es una obligación que se impone al Estado la de determinar concretamente el interés general. Sobre esto, Montero Pascual explica:

El modelo de intervención pública reguladora exige una precisa determinación del interés general que justifica la limitación de los derechos de los privados. Dado que se introduce un elevado grado de discrecionalidad en la intervención limitadora de derechos, resulta imprescindible que al menos el contenido de interés general que se pretende proteger sea definido de la forma más concreta posible⁴⁸.

No menos importante resulta la discusión sobre dónde debe quedar concretamente establecido el interés general. Sobre esta cuestión no pretendemos detenernos mucho. Tal y como se indicó *ut supra*, la Constitución es el texto normativo por excelencia para establecer, a grandes trazos, los elementos que componen el interés general. La ley puede –y debe– realizar dicha tarea en aquellos puntos en donde la Constitución ha hecho expresamente reserva para ello o, incluso, en aquellas materias en donde «los grandes trazos constitucionales» aún resultan tan abstractos que impiden determinar con precisión el interés general perseguido en un determinado sector económico.

⁴⁷ Guinard-Hernández, David, Ob. Cit. p. 214

⁴⁸ Montero Pascual, Juan José, «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», Ob. Cit. p.35

En el caso de la reserva de la ley hecha por el texto constitucional, al legislador se le impone el deber de buscar en la configuración del texto legal los fines propios del Estado social de derecho, constituyendo esto un límite a su actividad. Así lo ha establecido la Corte Constitucional de Colombia:

*[A] este mayor margen de configuración del legislador **corresponden unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales**, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho⁴⁹. (Negritas y subrayado agregado).*

Este ejercicio de la potestad de configuración por parte del legislador impacta de igual forma al órgano regulador y lo hace en varias vertientes: implica, por un lado, que no pueden otorgársele al órgano regulador las competencias que el constituyente reservó para el legislador; por otro, que deben establecerse de manera clara los márgenes de discrecionalidad con que cuenta el órgano regulador en el ejercicio de su actividad. De igual forma, cuáles son los horizontes de la actividad regulatoria que ejercerá el órgano ya sea de información, defensa de la competencia, sancionatoria, reglamentaria, etc. Todos estos aspectos deben analizarse bajo el prisma del interés general y adoptar solo aquellos que contribuyan a su materialización.

En tercer lugar, esta visión limitadora impone deberes a la Administración al momento de ejercer la actividad regulatoria. Al respecto, Larrañaga abunda:

[...], 1) la autoridad debe establecer derechos de propiedad bien definidos; 2) la autoridad debe respaldar los intercambios voluntarios mediante la coacción; 3) la autoridad debe garantizar la voluntariedad de los acuerdos; 4) la autoridad debe excluir del mercado derechos inalienables;

5) la autoridad debe crear mercados cuando este sea el medio previsiblemente más eficaz para la satisfacción de derechos y, 6) cuando haya razones para que existan mercados, la autoridad debe mantener las condiciones sociales para que los intercambios voluntarios prevalezcan como forma de relación económica⁵⁰.

Por último, –y consideramos este el aspecto más interesante– la dimensión limitadora del interés general impone al Estado una obligación de velar por que su actividad regulatoria no represente una traba de tal magnitud que desincentive a los individuos a realizar intercambios voluntarios, que es la esencia de una economía de mercado, que tal y como se indicó ut supra, también cuenta con la debida protección constitucional. Sobre este punto, Larrañaga dice lo siguiente «[Las] autoridades regulativas servirán al interés general, [...] cuando los productos de su actividad no desincentiven a los individuos a realizar acuerdos voluntarios que, en otras condiciones, estarían dispuestos a llevar a cabo»⁵¹.

Sobre los distintos límites a la actividad regulatoria abordados en el presente apartado, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse y al efecto ha establecido que:

*la intervención reguladora debe hacerse **contemplando los límites constitucionales consistentes en una i) regulación mediante ley; ii) no puede afectar el contenido esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida disposición, es decir, obedecer a criterios de razonabilidad⁵².***

La función regulatoria es dinámica y viva; por tanto, las consideraciones aquí expuestas en cuando al interés general representan el punto de partida (parte sustantiva) en torno al cual giran un conjunto de obligaciones que se materializan –y que son de observación obligatoria– en la actividad regulatoria del «día a día» (parte

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/2003, de fecha 25 de febrero de 2003.

⁵⁰ Larrañaga, Pablo, *Ob. Cit.* p. 96

⁵¹ *Ibidem*, p. 102

⁵² Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0001/14, de fecha 14 de enero de 2014.

procedimental). Respecto de dichas obligaciones y su concretización nos referiremos en el siguiente apartado.

IV. Obligaciones del Estado al momento de regular los mercados

En párrafos anteriores nos referimos brevemente al alcance de la función regulatoria y sostuvimos que la misma no se limita únicamente a los mercados que tradicionalmente se le han denominado como «sectores regulados». Sobre esta idea queremos abundar en este apartado antes de desarrollar los principios que la doctrina y la jurisprudencia siempre han vinculado como rectores de la actividad regulatoria.

Partiremos de lo siguiente: todos los mercados son, en mayor o menor medida, mercados regulados. Decimos esto porque es la misma Constitución dominicana la que le impone al Estado la obligación de velar por la libre y leal competencia, por los derechos del consumidor, por el desarrollo sostenible preservando el medio ambiente, por la utilización eficiente de los recursos naturales y así, un largo etcétera de bienes jurídicos protegidos cuya incidencia no está únicamente vinculada a los sectores que tradicionalmente se entienden como «regulados». Resulta evidente que es la intervención del Estado en la actividad económica, y, muy especialmente, la función regulatoria como actividad concreta de dicha intervención, la que permitiría materializar los bienes jurídicos señalados en el párrafo anterior. Por ende, la ausencia de fuertes medidas interventoras en un determinado sector no podría interpretarse como la consagración de un mercado completamente liberalizado, es decir, uno que esté sujeto únicamente a las dinámicas de oferta y demanda y al libre intercambio.

Lo que sí ocurre es que en la actividad económica existen sectores de especial interés, ya sea por su relación con servicios sobre los cuales el Estado tiene una particular obligación de garantizar, tal es el caso de las llamadas industrias de red (telecomunicaciones, transporte, energía, etc.); o sectores cuya actividad tiene un impacto directo a

nivel macroeconómico o porque la relación entre los sujetos que intervienen en sus dinámicas son sensiblemente desiguales, como sería el caso del sector financiero (banca, seguros, mercado de valores, etc.). Estas características, unidas a las propias complejidades que tienen unos determinados mercados frente a otros, es la que justifica un mayor o menor grado de intervención.

Álvarez lo expone de la siguiente manera:

*[La] complejidad del mundo económico impide dar soluciones a priori sobre los resultados de ésta, ya que **la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida**, v.g. no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista⁵³. (Negritas y subrayado agregados)*

En consecuencia, aquellos servicios vinculados a sectores sensibles se verán sometidos a un mayor nivel de regulación. No obstante, es importante recalcar que por más regulado e intervenido que se encuentre un determinado sector, «el corazón del modelo descansa sobre la iniciativa privada»⁵⁴. Se trata, por tanto, de conseguir el equilibrio que, por un lado, mantenga la esencia del libre intercambio sin llegar a mercados completamente liberalizados y, por otro, que reconozca la necesidad de la función regulatoria sin llegar a una economía planificada.

Por otra parte, la regulación va más allá de la simple reglamentación por parte del regulador. Tal y como afirma Jorge Prats «la regulación no solo es legislación y reglamentación, a pesar de la importancia de la potestad normativa en el conjunto de potestades regulatorias del Estado»⁵⁵. Por tanto, la actividad regulatoria debe abordarse como una esencialmente compleja pues incluye funciones de supervisión, resolución de controversias y poder sancionador, por solo mencionar algunas. Este criterio amplio es el que ha

⁵³ Viera Álvarez, Christian, *Ob. Cit.* p. 207

⁵⁴ *Ibidem.* p. 200

asumido recientemente el Tribunal Constitucional mediante la sentencia TC/0110/21⁵⁶. La postura adoptada mediante dicha decisión se contrapone al criterio limitado que había sostenido dicho tribunal en sus decisiones anteriores, criterio que por demás fue criticado por parte de la doctrina especializada en la materia⁵⁷. Respecto de esta perspectiva amplia del concepto de regulación, Larrañaga expone:

*[...] adoptar una perspectiva amplia supone que el problema regulativo no se limita a establecer las condiciones normativas para el "correcto" funcionamiento de los mercados, sino que se extiende a las relaciones institucionales entre los sistemas jurídico y económico, y a la ordenación y legitimación del sistema económico en su conjunto*⁵⁸.

De igual forma, es importante señalar –tal y como se indicó ut supra– que la regulación económica es solo una «especie» dentro del «género» intervención estatal en la economía que tiene como propósito dirigir a esta última hacia los fines propios del bienestar colectivo. Aunque algunas de estas formas de intervención tienen características comunes con la función regulatoria, esta última tiene una identidad propia que le diferencia y que, por consiguiente, permite individualizarla como una forma específica de intervención estatal y es, como indican ciertos autores, la de mayor contenido económico:

[...] las políticas y las medidas económicas redistributivas, como los impuestos progresivos y las transferencias directas, dirigidas, entre otras cosas, a compensar los resultados de la operación de los mercados, no son propiamente medidas regulativas del mercado,

sino elementos de un conjunto mucho más amplio de normas y políticas que, aunque no se limitan siquiera al ámbito de la economía, afectan la estructuración normativa de los acuerdos voluntarios⁵⁹.
(Negritas y subrayado agregado).

La primera de esas características es el amplio margen de *discrecionalidad* con el que cuenta la Administración al momento de ejercer la función regulatoria. De hecho, autores como Montero Pascual ven en la discrecionalidad el elemento diferenciador entre la actividad regulatoria y otras actividades de la Administración como, por ejemplo, la actividad de policía⁶⁰. La discrecionalidad de la Administración, tal y como se indicó previamente, encuentra su límite en la noción de interés general que debe regir la función regulatoria y en el principio de legalidad al cual se encuentra sujeta toda la actividad de la Administración.

Una segunda característica de la regulación económica es que se rige por el *principio de subsidiariedad*. Las implicaciones de este principio han sido abordadas ampliamente por la doctrina. Únicamente resaltamos en este punto, que dicho principio supone la principal herramienta para garantizar que la actividad regulatoria no distorsione de tal forma el mercado que lo transforme en un instituto distinto, o como dijo Viera Álvarez: «[...] si el Estado interviene, no puede ser de tal envergadura que elimine su contenido esencial»⁶¹.

En un tercer lugar, podría señalarse *el principio de eficiencia*. Sobre este nos remitiremos a la atinada visión de Larrañaga:

⁵⁵ Jorge Prats, Eduardo, El Tribunal Constitucional y la regulación económica, publicado en fecha 23 de abril de 2021 en Periódico Hoy. [Disponible en línea: <https://hoy.com.do/el-tribunal-constitucional-y-la-regulacion-economica/>]

⁵⁶ El Tribunal Constitucional reconoció la facultad de la Administración Monetaria y Financiera de adoptar medidas cautelares asumiendo un concepto amplio de las facultades regulatorias de dicha administración. Cfr. Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0110/21, de fecha 20 de enero de 2021.

⁵⁷ Este aspecto fue objeto de crítica por parte del profesor Eduardo Jorge Prats por considerarla limitada en cuanto a las funciones propias de la regulación. Ver: Eduardo Jorge Prats, El Tribunal Constitucional y la regulación económica, *Ob. Cit.* Disponible en línea.

⁵⁸ Larrañaga, Pablo, *Ob. Cit.* p. 78

⁵⁹ *Ibidem.* p. 89

⁶⁰ Montero Pascual, Juan José, Regulación económica, *Ob. Cit.* p.46

⁶¹ Viera Álvarez, Christian, *Ob. Cit.* p. 200

[...] se puede establecer una noción de eficiencia de la regulación que no está lastrada por la idealización de las relaciones sociales que presupone el modelo económico de mercado, **sino que depende de la medida en la que la estructuración normativa de los mercados responde efectivamente a las condiciones ambientales –sociales, culturales, macro-económicas, geográficas, etc.– para que la generalidad de los individuos realice sus preferencias mediante acuerdos voluntarios**⁶². (Negritas y subrayado agregado)

Bajo esta visión se ubican varios autores que ven en la eficiencia de la actividad regulatoria unas obligaciones mucho más trascendentales que el de la obtención de un resultado con la menor cantidad de recursos posibles como impondría una lógica del *Principio de Pareto*. Más que eso, la eficiencia en la función regulatoria significa maximizar aspectos como la cobertura, la calidad y las garantías de los servicios esenciales vinculados a los sectores que se pretenden regular una labor proactiva que genere un círculo virtuoso que aporte valor a todos los involucrados en la actividad que se pretende regular. Tan importante es la noción de eficiencia vinculada a la regulación, que hay quienes, incluso, sostienen que lo verdaderamente ineficiente sería «entregar todo a la libertad», es decir, a las dinámicas de un mercado liberalizado⁶³.

Estrechamente vinculada a esa visión de eficiencia, debemos hablar de una función regulatoria *técnicamente calificada*. Sobre el particular, la doctrina ha señalado:

La regulación económica impone un trabajo interdisciplinario, especializado, calificado, donde el derecho contribuye a dar una formulación lógico-lingüística a los

enunciados de conducta cuya necesidad ha sido detectada **en zonas que tienen que ver con los sectores reales de producciyn, distribuciyn, mercadeo, uso de bienes y servicios**⁶⁴. (Negritas y subrayado agregado)

Asimismo, la actividad regulatoria debe ser *coherente*, lo que significa que, aun tratándose de renglones económicos distintos, la regulación debe ofrecer una respuesta congruente, racional y sistemática en cuestiones como la entrada al mercado, el acceso a redes, el sentido de las obligaciones impuestas a los agentes económicos, entre otras⁶⁵. Obviamente, cada sector tiene sus propias particularidades y en atención a estas es que debe responder la actividad regulatoria, pero este *principio de coherencia* –por llamarlo de cierto modo– supone una garantía, homogeneidad y dirección en la actividad de la Administración y, por qué no, de seguridad jurídica.

Por último, podemos hablar del principio de *independencia* del regulador, que no solo garantiza la estabilidad que debe caracterizar ciertos sectores sensibles, sino que también supone el punto de partida para hablar del *control jurisdiccional* de la función regulatoria. El principio de independencia del regulador resulta ser el más adecuado al momento de legitimar la intervención de los tribunales en la actividad regulatoria que no cumple con los preceptos del Estado de derecho: al ser órganos reguladores independientes, solo por vía judicial podrían ser anulados sus actos.

El control jurisdiccional de la regulación es una garantía para el regulado en la medida en que le protege de los excesos que pueda cometer el regulador en el ejercicio de sus funciones (para muestra de las trascendentales implicaciones que podría tener esta premisa, solo mencionar

⁶² Larrañaga, Pablo, *Ob. Cit.* p. 104

⁶³ Viera Álvarez, Christian, *Ob. Cit.* p. 214

⁶⁴ Guinard-Hernández, David, *Ob. Cit.* p. 182

⁶⁵ Montero Pascual, Juan José, «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», *Ob. Cit.* p.27

⁶⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de derecho, en *Revista de Administración Pública*, N.º 182, Madrid, 2010, pp.9-37, en p.30

que en otras jurisdicciones ya se habla de responsabilidad de los reguladores por los efectos de sus políticas públicas⁶⁶) o, incluso, frente al fenómeno de la «captura» del regulador sobre el cual la doctrina ha dicho «Cuanto más importante sea la regulación, más probable será su captura. El control de la regulación ha de compensar esta probabilidad»⁶⁷.

La lista desarrollada en el presente apartado no pretende ser ni exhaustiva, ni mucho menos definitiva. Simplemente presentamos aquellas características que le otorgan un mayor grado de individualización a la actividad regulatoria. Sin embargo, se podrían abordar otros principios como el de alteridad, control y continuidad, por solo mencionar algunos. Al final, una actividad regulatoria acorde a los principios de un Estado social y democrático de derecho es un fenómeno esencialmente complejo.

V. Consideraciones finales

La regulación actual debe procurar una suerte de dinámica de frenos y contrapesos en donde el desarrollo económico llegue de la mano de una iniciativa privada fuerte que persiga su legítimo fin de generar riquezas al tiempo que tiene de frente a un Estado que busca potenciar las condiciones para que ese crecimiento se siga produciendo, pero, sobre todo, también busca que pueda ser tangible y palpable para los menos aventajados. De manera que el conflicto natural que se genera de esas dos visiones (el fin lucrativo del sector privado y la búsqueda del interés general por parte del Estado) permita conseguir el adecuado equilibrio entre economía de mercado y equidad y justicia social.

Como en toda empresa importante y de gran envergadura, los pasos a tomar hacia una función regulatoria eficiente y acorde a los principios del Estado democrático de derecho deben ser paulatinos y progresivos. Por tanto, estamos ante

una tarea ardua y constante que requerirá del compromiso de una Administración que vea en el desarrollo del país el norte y principio rector de toda su actividad. No obstante, los obstáculos que se puedan presentar en el camino de alcanzar dicho objetivo, es necesario asumírselos con la mayor de las responsabilidades. El Estado está en la obligación de regular, pero, sobre todo, de regular bien; nada menos que el bienestar y desarrollo de los dominicanos es lo que está en juego.

Referencias

Ariño Ortiz, Gaspar. El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de derecho, en Revista de Administración Pública, N.º 182, Madrid, 2010.

Betancor Rodríguez, Andrés, Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03, de fecha 22 de febrero de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-865/04, de fecha 7 de septiembre de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288/12, de fecha 18 de abril de 2012.

Dellazari Melo, Thiago, Do estado social ao estado regulador, en Revista do Curso de Mestrado Em Direito da UFC, 2010.

Fundación Institucionalidad y Justicia (Coord.), Constitución comentada 2015, 4.ª ed., República Dominicana, 2015.

Guinard-Hernández, David, «La 'regulación económica' como instrumento de intervención

⁶⁷ Betancor Rodríguez, Andrés, Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2010, pp. 501-502

estatal en la economía», en Revista digital de Derecho Administrativo, N.º 18, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 177-224.

Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional. Volumen I, 4.ª ed., República Dominicana, Ius Novum, 2013

Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional. Volumen II, 2.ª ed., República Dominicana, Ius Novum, 2012.

Jorge Prats, Eduardo, Hacia la consolidación del Estado social y democrático de derecho, en Revista Global. [En línea: <http://revista.global/hacia-la-consolidacion-del-estado-social-y-democratico-de-derecho/>].

Jorge Prats, Eduardo, El Tribunal Constitucional y la regulación económica, publicado en fecha 23 de abril de 2021 en Periódico Hoy. [Disponible en línea: <https://hoy.com.do/el-tribunal-constitucional-y-la-regulacion-economica/>].

Larrañaga, Pablo, «Interés general y regulación económica», en Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, N.º 27, México, 2007, pp. 73-110.

Elisenda Malaret I García, Regulación económica: su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución, Núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 327-360.

Montero Pascual, Juan José, Regulación económica, 3.ª ed., España, Tirant lo Blanch, 2018.

Moreno Castillo, Luis Ferney, Teoría de la regulación: Hacia un Derecho Administrativo de la regulación, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Montero Pascual, Juan José, «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico», en Revista Digital de Derecho administrativo, N.º 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 23-44.

Parodi, Carlos A., El Estado regulador en el Perú, en Apuntes 40, primer semestre 1997. [Disponible en línea: <http://revistas.up.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/454>].

Rodríguez, Cristóbal, «El paradigma constitucional en la cláusula del Estado social», En Revista Global [En línea: <http://revista.global/el-paradigma-constitucional-en-la-clausula-del-estado-social/>]

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0027/12, de fecha 5 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0048/12, de fecha 8 de octubre de 2012.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0001/14, de fecha 14 de enero de 2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0559/16, de fecha 8 de noviembre de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0110/21, de fecha 20 de enero de 2021.

Viera Álvarez, Christian, «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social», En Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º 21, 2020, pp. 197-224.

El control de constitucionalidad en los orígenes de la República Dominicana: 1844 - 1899

Pedro Montilla*

Recibido: 21 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

A partir de los principios de supremacía constitucional y sometimiento de los poderes públicos al Derecho (presentes desde 1844 en nuestro sistema) es justificable la idea de un control de constitucionalidad por la vía difusa en toda la vida republicana del siglo XIX, pese a no existir formalmente hasta 1874. El objetivo de este artículo es desarrollar esa idea mientras se explican las particularidades históricas de los cambios constitucionales en ese periodo. Para ello se recurre a un estudio cronológico y crítico de las fuentes normativas del país en el siglo XIX, en paralelo con la identificación de los procesos políticos que las rodean. Esta investigación nos permitirá, en definitiva, entender un poco más la interacción de los elementos económicos, culturales y políticos con nuestro constitucionalismo histórico, la formulación progresiva de ciertas figuras constitucionales y la construcción de criterios interpretativos que, con ciertas modulaciones, permanecen hasta nuestros días.

Palabras clave: Constitución , control de constitucionalidad, poderes públicos, Suprema Corte de Justicia, constitucionalismo.

Abstract

Based on the principles of constitutional supremacy and submission of public powers to the Law (present since 1844 in our system), we argue that that constitutional review existed throughout the republican life of the 19th century, despite not formally existing until 1874. The objective of this article is to develop that idea while explaining the historical particularities of the constitutional changes in that period. For this, a chronological and critical study of the normative sources of the country in the 19th century is used, in parallel with the recognition of the political processes that surround them. This research will allow us, in short, to understand a little more the interaction of economic, cultural and political elements with our historical constitutionalism, the progressive formulation of certain constitutional figures and the construction of interpretive criteria that, with certain modulations, remain to this day.

Keywords: Constitution, constitutional review, public authority, Supreme Court, constitutionalism.

* Egresado de la Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cuenta con maestrías en Derecho Constitucional por la Universidad de Palermo (Argentina), Argumentación Jurídica por la Universidad de León (España) y Derecho Administrativo por PUCMM. Fue letrado del Tribunal Constitucional (2012-2015) y es actual subconsultor jurídico del Poder Ejecutivo de la República Dominicana. Es docente de Derecho Constitucional, Historia del Derecho, Lógica Jurídica, Sociología Jurídica y Derecho Procesal Constitucional en PUCMM. Correo: montillacastillo@gmail.com

«Cada vez que un pueblo ha sostenido una lucha para conquistar la instauración de un régimen constitucional que limite el poder de las autoridades y garantice el ejercicio de los derechos individuales fundamentales, lo ha hecho en el entendido de que, una vez conquistado y establecido ese régimen, bien sea por actos no escritos o por una convención escrita, las asambleas y los funcionarios gobernantes quedarían incapacitados para dictar nuevas medidas que excedieran sus atribuciones limitadas o que vulneraran los derechos adquiridos como fundamentales por los asociados. De no ser así, las luchas de los pueblos por un régimen constitucional serían vanas e infructuosas y estéril el derramamiento copioso de sangre que en no pocas ocasiones esas luchas han significado.»

Manuel Amiama¹

I. Introducción

En el presente artículo observaremos los primeros pasos del control de la constitucionalidad de las normas jurídicas infraconstitucionales en la República Dominicana. Se trata de la herramienta inaugural entre las garantías procesales de la supremacía constitucional en su vertiente sustantiva y puede sostenerse, según veremos, que, si bien su diseño formal no nace con la República, sí lo hacen los supuestos normativos en los que se sostiene.

Tratándose de un estudio histórico en torno a una figura propia del Derecho Procesal Constitucional, es posible encontrar significativos antecedentes de forma dispersa en obras de una y otra rama. Ocurre así en la perspectiva histórica con los reconocidos trabajos de Flavio Darío Espinal y Wenceslao Vega en la especificidad de la historia del Derecho, Juan Manuel Pellerano Gómez en la óptica más precisa del Derecho Procesal Constitucional y autores como Frank Moya Pons, Manuel Arturo Peña Battle o Emilio Rodríguez Demorizi en una visión más amplia de la historia política dominicana. Doctrinarios locales del Derecho Constitucional hacen aportes igualmente importantes al abordar el tema desde la óptica jurídica, como Eduardo Jorge Prats (Manual de Derecho Constitucional) y Hermógenes Acosta de los Santos (El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución). De manera particular –y conjunta– el tema es abordado también

por Miguel Valera Montero en un interesante artículo compilado en su obra Constitución, Justicia y Derecho. Creo que es importante, precisamente en razón de lo anterior, sumar esfuerzos a una visión combinada del tema, que arroje nuevas variables a considerar en la comprensión de la evolución histórica de nuestro constitucionalismo. Es preciso entender las diferencias más significativas entre modelos previos y sistemas vigentes, mediante el análisis de los cambios jurídicos más relevantes, pero, sobre todo, de las situaciones sociales que los provocaron, bajo la premisa de que siendo el Derecho un producto de la convivencia social e incluso un intento para concertar que esta sea pacífica, su mejor interpretación estará acompañada de una comprensión clara de las circunstancias que lo originan.

Aunque no es una idea pacífica, sostendré en las siguientes páginas que con la Constitución de 1844 nació también en nuestro país el control de constitucionalidad, pese a que su formulación expresa tendría que esperar varias décadas. Con ello se creó el primer mecanismo de defensa de la Constitución cuya puesta en ejecución quedaba al alcance del ciudadano y cuya morfología ha experimentado una vasta, interesante y dilatada transformación con el paso de las décadas.

Tomando en cuenta el valor del estudio de la historia del Derecho para su mejor comprensión, aplicación y –especialmente– argumentación, pretendo escarbar un poco más en las razones por las cuáles la figura jurídica objeto de estudio se formuló, paulatinamente, de esa forma y no en otras modalidades. Aspiro a que un enfoque como este sea, en lo porvenir, solo un ingrediente más de un amplio conjunto de estudios sobre la historia de nuestra justicia constitucional.

II. El control de Constitucionalidad en la Constitución de San Cristóbal

Cuando se presentó ante el *Soberano Congreso Constituyente* el informe de la comisión encargada de redactar el “programa de Constitución” el día 22 de octubre de 1844, estaba inserto en el mismo la idea del sometimiento del Estado y sus ciudadanos a la ley. Como se verifica en el texto², la comisión aseveraba “no haber omitido nada de cuanto baste a asegurar en los gobiernos democráticos, el goce de las libertades públicas; de modo que, libres sin licencia y sujetos sin

¹ Amiama, Manuel A., *Notas de Derecho Constitucional*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, p. 231.

² Véase, *Colección de Leyes, Decretos y Resoluciones emanadas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la República Dominicana*, Edición Oficial, Tomo I, Santo Domingo, ONAP, 1982, p. 49.

opresión al solo yugo de la Ley, todos los asociados puedan concurrir al bien común”. Aunque menos de un mes después nuestra primera Norma Sustantiva vería la luz con determinantes deformidades orgánicas, es claro que en su génesis se pretendía el sometimiento del Estado al Derecho por medio de la supremacía de la Constitución y la inquebrantable aplicación de la ley.

Por ello, no sorprende que la posición jerárquicamente privilegiada de la Constitución y las consecuencias normativas de su supremacía fuesen sostenidas y reiteradas en el texto constitucional. Como veremos de inmediato, se determinó que uno de los mecanismos para tutelar esa supremacía era el control de la constitucionalidad³, produciéndose un claro eco en el razonamiento constituyente de la posición de Hamilton: “todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante”⁴.

Como es lógico, para mediados del siglo XIX este control solo se concebía en su modelo difuso, distante aún de los trabajos de Kelsen⁵ sobre una jurisdicción especializada y exclusiva para esta herramienta de la justicia constitucional. En nuestro caso, como señala Biaggi Lama, aún en el siglo XX la vía concentrada fue la menos común, toda vez que *el Constituyente originario (...), como el Revisor, han sido de una forma u otras fieles al sistema adoptado por nuestros Padres Fundadores, el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos y otros actos de los diferentes órganos que conforman el Estado*⁶.

Así las cosas, en una redacción que pareció partir del precedente norteamericano a raíz del caso *Marbury*⁷ y otros casos previos⁸, nuestra primera Asamblea Constituyente no solo estableció en términos claros el carácter supremo de la Constitución (artículos 201 y 209), sino que también dispuso la prohibición al Congreso de emitir normas contrarias a la Constitución (artículo 35) y consagró la posibilidad de que, si la segunda de las previsiones citadas fuese violada, se tutelase la primera mediante la indicación de que los tribunales estaban impedidos de *aplicar una ley inconstitucional* (artículo 125). Como señalase Amiama, “es evidente que los autores de nuestra Constitución de San Cristóbal en 1844, conocieron en todo su alcance el sistema constitucional de los Estados Unidos y la obra del eminente Marshall”⁹.

Quizá por ello razona Luciano Pichardo que la presencia del Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1844 se explica “en el hecho de que en los ámbitos europeo y americano comenzaba a fluir la influencia del caso *Marbury vs. Madison* que brindó la oportunidad al *chief justices* de los Estados Unidos John Marshall, de consagrar, mediante la decisión adoptada en 1803, por vez primera, un sistema de control judicial de constitucionalidad, al establecer en su fallo que el Congreso no podía ampliar la jurisdicción original del Poder Judicial más allá de las enumeradas en la misma Constitución”¹⁰. En ese mismo sentir, se inscribe quien fuese su homólogo en la Suprema Corte de Justicia, pero años atrás Contín Aybar, al sostener que la Constitución de los Estados Unidos había sido un referente importante para la labor del Constituyente de San Cristóbal, aunque reconoce por igual la influencia de la declaración francesa de 1789, la Constitución española de Cádiz en 1812 y, sobre todo, la de Haití el año anterior a la nuestra¹¹.

³ Siendo este un estudio de la evolución histórica de la figura, el autor parte de la premisa de que el lector conoce la misma. De todos modos, ensayaría una definición del control de constitucionalidad de las leyes como la herramienta que permite inaplicar, anular o modificar, según el caso, una norma o una disposición normativa infraconstitucional, por resultar contraria a la norma jerárquicamente superior de un ordenamiento jurídico, preservando así la supremacía de esta

⁴ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p.78.

⁵ Cfr. García Belaunde, Domingo, Hans Kelsen: sobre la jurisdicción constitucional, 2.ª ed., R.D., 2018.

⁶ Biaggi Lama, Juan A., *Manual de los Procedimientos Especiales en Materia Civil y Administrativa*, Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, 2015, p. 719.

⁷ Desarrollando el pensamiento de Hamilton ya citado, Marshall razonaría: “(...) o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto cuando al Congreso le plazca. (5 U.S. 137 1803).

⁸ Es oportuno resaltar que, si bien *Marbury vs. Madison* es el caso más conocido en la materia y el primero en ser resuelto por la más alta instancia de un país con el uso de la técnica, otros precedentes en estados unidos existían desde años atrás como el caso *Bayard vs. Singleton* en Carolina del Norte (1787) y el caso *Hayburn* en Pensilvania (1792).

⁹ Amiama, Manuel A., *Ob. Cit.* p. 234.

¹⁰ Luciano Pichardo, Rafael, *La Justicia Constitucional*, Santo Domingo, Editora Corripio, 2006, p. 11.

¹¹ Cfr. Contín Aybar, Néstor, *Concepción y Esencia de la Constitución de San Cristóbal*, Santo Domingo, ONAP, 1982, p. 8.

Es bueno observar, sin embargo, que la tesis que predica que el artículo 125 de la Constitución de 1844 les daba a los jueces la atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes por vía difusa no es aceptada al unísono por nuestra doctrina. Jorge García, por ejemplo, sostiene que la ausencia de una atribución expresa al Poder Judicial o la Suprema Corte de Justicia resulta incomprensible en la labor constituyente de 1844. El connotado profesor sostuvo que:

El punto de partida del control judicial de la constitucionalidad ejercido por vía de excepción aparece en la constitución de 1874, cuando esta constitución, en su art. 71, párrafo 17, señaló que era atribución de la Suprema Corte de Justicia la de “conocer definitivamente de las causas que se alegue inconstitucionalidad de parte de las leyes, dando si esto fuera así, y solo como decisión particular, fallo razonable que redima a la parte de la responsabilidad o perjuicio que pudiera sobrevenirle”¹².

A esto debe agregarse que la legislación que desarrolló las facultades del Poder Judicial, a saber, la *Ley Orgánica para los Tribunales de la República* de 11 de junio de 1845, no dispuso, ni para la Suprema Corte de Justicia ni para ningún otro de los tribunales, atribución alguna respecto a la figura del control de constitucionalidad. Tampoco lo harían las modificaciones particulares que durante la *Primera República* tendría dicho texto legal (especialmente la Ley de Organización Judicial del 19 de mayo de 1855, como consecuencia de la reforma constitucional del año anterior), con lo cual la atribución de competencia para ejercer tal control debía ser dispuesta expresamente por la Constitución o desprenderse de ella mediante su interpretación.

Inscrito en la última de estas opciones, señala el profesor Hermógenes Acosta que, *aunque en el mencionado artículo 125 no se establece de manera expresa el control difuso, generalmente se acepta que en base al mismo el poder judicial quedaba habilitado para controlar la constitucionalidad de las leyes*¹³. Lo anterior es una consecuencia lógica de la mejor interpretación de dicho texto¹⁴, pues, si tal norma –una contraria a la Constitución– existiese, al margen de las

disposiciones de los artículos 35 y 209, la única forma de no ser aplicada por los tribunales sería que fuese declarada inconstitucional por estos, en un ejercicio similar al norteamericano. Como ocurrió en uno de los procesos de ratificación de la Constitución de los Estados Unidos, que no establecía expresamente dicho control, en Carolina del Norte (primera Convención reunida en Hillsborough en julio de 1788) en la que el convencional John Steele planteó el razonamiento siguiente:

*El poder judicial de ese gobierno está tan bien construido como para ser un freno. No había frenos en la antigua Confederación. Su poder era, en principio y en teoría, trascendente. **Si el Congreso hace leyes incompatibles con la Constitución, los jueces independientes no las convalidarán**¹⁵. (El énfasis es nuestro).*

Como sostuvo oportunamente Hostos, en una de las primeras labores doctrinales del constitucionalismo dominicano:

*Así es como caen por sí mismas leyes y resoluciones legislativas que ha dictado un interés opuesto al pacto fundamental; y así es también como los actos o decretos ejecutivos que ha dictado un olvido voluntario o involuntario de la ley sustantiva o las orgánicas, pierden ante los tribunales de justicia la fuerza y validez que había imponerles el departamento ejecutivo*¹⁶.

Es claro entonces que para la República Dominicana el control de constitucionalidad por la vía difusa tiene su origen en la misma Constitución de San Cristóbal y no más adelante. Es igualmente deducible que esta potestad le era dada a todos los tribunales y no solo a un órgano concreto. También se desprende del texto constitucional ya referido que este control podría ser ejercido de oficio por los jueces del país, pues, la prohibición constitucional no hacía reparo alguno sobre la necesidad de petición de parte o alguna otra salvedad, sino que imponía al juez la guarda de la Constitución en todo caso.

En tal sentido, puede afirmarse que el control difuso de 1844 trajo consigo –si no todos– la mayor parte de los elementos que le caracterizan hoy en día: aplica la disposición normativa superior en jerarquía y desecha la

¹² Jorge García, Juan, *Derecho Constitucional Dominicano*, Santiago, UCMM, 1984. P. 83.

¹³ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, Santo Domingo, Editora Búho, 2010, p. 214.

¹⁴ Cfr. Pellerano Gómez, Juan Manuel, *Constitución y Política*, Santo Domingo, Ediciones CAPEL DOM, 1990, pp. 120-124.

¹⁵ Elliot, 1836, tomo IV, p. 71, citado por García-Mansilla, Manuel, *Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad*, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N.º 1, junio 2020, p. 37

¹⁶ Hostos, Eugenio María, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2015, p. 406.

inferior en el supuesto de contradicción; cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte; la cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial; y, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene efectos solo en relación con el caso concreto¹⁷. Probablemente, la diferencia más significativa en cuanto a este modelo y su fórmula en el control mixto que regula la Constitución vigente es lo que la doctrina llama “el parámetro del control”¹⁸, esto es, la redimensión del término Constitución hacia el Bloque de Constitucionalidad. De allí que la distinción más notoria con sus orígenes no responde siquiera a la técnica *per se*, sino a la ampliación de la norma jerárquicamente superior en procura de una mayor protección de los derechos humanos.

Finalmente, una última cuestión que resulta especialmente interesante en la configuración constitucional del control de constitucionalidad en 1844 es la reflexión sobre la doble prohibición en la formulación de los artículos 35 y 125 de la Constitución. La redacción de nuestras constituciones contemporáneas establecen la nulidad de los actos contrarios a la Constitución (artículo 46 de la Constitución de 1994; artículo 6 de la Constitución de 2010) y la facultad de los órganos competentes para su declaración (artículo 67 de la Constitución de 1994; artículos 185 y 188 de la Constitución de 2010) pero en aquel momento se trataba de una prohibición expresa al legislador y como si desconfiase del acatamiento de aquella, también una prohibición igualmente expresa para el juez. ¿A qué se debía esta formulación tan particular? Como sostiene oportunamente el Valera Montero en un importante estudio sobre los hitos históricos del control de constitucionalidad, si bien en desuso hoy, la estructura de esa redacción puede responder a una prístina lógica jurídica que distingue lo inválido de lo inaplicable:

Entendemos que la combinación de ambas prohibiciones entrañaba un conocimiento claro del Constituyente de 1844 respecto a que la sola prohibición de aplicación en sede jurisdiccional no implica, necesariamente, una directriz respecto a la validez en el proceso de creación de la norma, sino

*una excepción a su obligatoriedad. Mientras que el complemento de la prohibición en sede legislativa, de una acción política contraria a la Constitución, conllevara la nulidad del acto, afectando la validez y, en consecuencia, la vigencia del mismo. Así, a la inaplicación a ser realizada por la jurisdicción se le imputaba tanto una causa (contrariedad con la Constitución) como una consecuencia (invalidez, pues no debió ser creada)*¹⁹.

En resumidas cuentas, en el origen del constitucionalismo dominicano, con todas las imperfecciones que le pudieron acompañar, quedó establecido uno de los propósitos más relevantes y menos respetados en 177 años de vida republicana: la supremacía de la Constitución. Como herramienta para su defensa frente a la actividad normativa del Estado, instaurado quedó también el control de constitucionalidad. La Asamblea Constituyente que se instalase en *la apacible Villa de San Cristóbal el día 24 de septiembre de 1844 presidida por Manuel María Valencia*²⁰ creó con ello el primer mecanismo de defensa de la Constitución cuya puesta en ejecución quedaba al alcance del ciudadano y cuya morfología ha experimentado una vasta, interesante y dilatada transformación con el paso de las décadas.

III. Las reformas constitucionales en la primera República

Entre la Constitución de San Cristóbal y la ignominiosa proclama de la anexión a España que fuese leída a instancias de Pedro Santana en la Plaza Mayor de Santo Domingo en fecha 18 de marzo de 1861²¹ acaecerían tres reformas constitucionales que, en términos generales, reproducirían el sistema difuso diseñado en noviembre de 1844, pero con ciertas variaciones que conviene destacar. Estas son las dos constituciones de 1854 y la Constitución de Moca en 1858.

Respecto al contexto histórico de estas reformas²², el año de 1844 había sido uno cargado de pugnas internas entre los sectores sociales, situación que se había reflejado en las luchas políticas entre liberales y conservadores, imponiéndose estos últimos por la fuerza, como bien se sabe. El 26 de septiembre de 1948 Manuel Jiménez tomaría la presidencia dejada por Santana, solo para

¹⁷ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 96 y 97.

¹⁸ Jorge Prats, Eduardo, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2.ª ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2010, p. 448.

¹⁹ Valera Montero, Miguel, *Constitución, Justicia y Derecho*, Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, 2020, pp. 345-358.

²⁰ Rodríguez Demorizi, La Constitución de San Cristóbal 1844-1854, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2017, p.43.

²¹ Cfr. Vega B., Wenceslao, *Los Documentos Básicos de la Historia Dominicana*, Santo Domingo, Sociedad Dominicana de Bibliófilos, 2010, pp. 253-256.

²² Cfr. Montilla Castillo, Pedro L., «A 168 años de la primera reforma constitucional dominicana», en *Acento Diario*, [En línea: <https://acento.com.do/opinion/a-168-anos-de-la-primera-reforma-constitucional-dominicana-8916891.html>] Última consulta: 12 de abril, 2021.

perderla 6 meses después cuando el hombre de armas tomase la ciudad de Santo Domingo el 30 de mayo de 1849 – curiosamente a instancias de Báez, entonces presidente del Congreso –. Luego de las elecciones de mediados de año (en las que ganó Santiago Espaillat, pero se negó a ocupar el cargo) hubo nuevas elecciones en agosto, a partir de las cuales Báez toma posesión como jefe de Estado el día 24 de septiembre de 1849, cargo que ocuparía hasta febrero de 1853.

El retorno al mando de Santana en 1853 implicaba un ingrediente más a esas importantes luchas internas y, en procura de hacer las paces de algún modo con el sector liberal, Santana accede a una revisión de la Constitución de 1844. Cuenta Vega, en su obra *Historia del Derecho Dominicano*, que:

[La] proposición de revisión a la Constitución fue sometida por dos miembros del Tribunado en abril de 1853, lo cual fue acogido en junio y se convocaron ambas cámaras para reunirse como Congreso Revisor en el poblado de Guerra, en enero de 1854 (...) iniciados los debates, el Congreso tuvo que trasladarse a Santo Domingo, pues en Guerra no fue fácil reunir quórum por falta de facilidades. Como presidente del Congreso Constituyente fue elegido el legislador Benigno Filomeno Rojas, uno de los líderes liberales del Cibao (...) la Constitución de febrero de 1854 modificó 79 artículos de la Constitución de 1844, por lo que más que una revisión fue una reestructuración bastante profunda. Todos los capítulos sufrieron cambios, muchos de consideración²³.

El artículo 93 de esta Constitución reprodujo el esquema diseñado por el artículo 125 de la Constitución de 1844 en relación a la prohibición a los jueces de fundamentar sus decisiones en leyes inconstitucionales. Igualmente, el artículo 140 del nuevo texto reiteró que “no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución siempre debe prevalecer”²⁴.

Además de mantenerse estas cláusulas ya insertas en el primer diseño constitucional, resulta especialmente interesante la redacción que presenta el texto reformado en torno a la primacía de la Constitución, no solo para el Poder Judicial, sino para todos los poderes del Estado. Como se verifica en los artículos 26, 27 y 82, se conmina a los *otros* Poderes Públicos a estar sometidos a aquella

Norma Sustantiva de la que el judicial sería guardián, si estos no acatasen la instrucción constitucional.

Art. 26. La soberanía reside en la universidad de los ciudadanos, y se ejerce por tres Poderes delegados según las reglas establecidas en esta Constitución.

Art. 27. Estos Poderes son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Son esencialmente independientes, responsables y temporales; se ejercen separadamente y sus encargados no pueden delegarlos, ni salir de los límites que les fija la Constitución.

Art. 82. El encargado del Poder Ejecutivo no tiene más facultades que las que expresamente le confieren la Constitución y las leyes²⁵.

Como es por todos conocidos, la Constitución de febrero de 1854 tuvo una vigencia particularmente corta. Apenas unos meses después de su promulgación, el día 25 de septiembre de 1854, Pedro Santana se dirigió al Congreso para impulsar una nueva revisión constitucional y de esta nacería la segunda Constitución de 1854, posiblemente la menos democrática y liberal de toda nuestra historia. Sin embargo, respecto a la figura constitucional objeto de análisis, no hubo variación significativa: el artículo 24 de la Constitución de diciembre de 1854 establecía que “no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución, y en caso de duda el texto de la Constitución debe siempre prevalecer” mientras que el artículo 43 reiteraba la prohibición de aplicación de las leyes inconstitucionales.

Como ocurriría reiteradamente en nuestra historia, constituciones como la de diciembre de 1854 –hechas al antojo de un mandatario y en desconocimiento pleno de ciertos avances del constitucionalismo de la época– consagraron sin titubeos determinadas garantías constitucionales. Sin embargo, muchas veces las mismas quedaban vacías de contenido pues, debiendo ser motorizadas ante instituciones que habían quedado inutilizadas por el peso del autoritario *hiperpresidencialismo* de la época (o dictaduras militares abiertas, en otros casos) su existencia formal no era óbice para la materialización de aquello para cuyo freno habían sido creadas.

Tras las constituciones de 1854, diversas circunstancias, especialmente ligadas a grandes errores en la política económica que no pudieron compensarse con las

²³ Vega B., Wenceslao, *Historia del Derecho Dominicano*, 7.ª ed., Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2012, p. 244.

²⁴ Castellanos Khoury, Justo Pedro (Coord.), *La Constitución Dominicana y sus Reformas (1844-2010)*, T. I, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2014, p. 100.

²⁵ Colección de Leyes, Decretos y Resoluciones emanadas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la República Dominicana, Edición Oficial, Tomo II, Santo Domingo, ONAP, 1982, pp. 540 y 566.

victorias militares de 1856, conducen a una serie de protestas que culminarían en la revuelta de 1857, el sitio a Santo Domingo, la caída de Báez y la Constitución de Moca²⁶. Como señala Espinal:

Mientras se prolongaba el sitio de Santo Domingo sin desenlace que se vislumbrara, el 25 de septiembre de 1857 el gobierno cibaño convocó a representantes de las diferentes provincias para la elección de los diputados que se reunirían en Moca a partir de 1ro de diciembre próximo, bajo la presidencia de Benigno Filomeno de Rojas, con el objeto de redactar un nuevo texto constitucional y legitimar la revolución. El Congreso Constituyente quedó integrado por 48 diputados de 28 comunas, quienes iniciaron los debates el 18 de diciembre siguiente y proclamaron la reforma constitucional el 19 de febrero de 1858²⁷.

Este nuevo texto constitucional, reconocido en nuestra historia por sus disposiciones liberales, no tuvo, sin embargo, ninguna mención respecto al mecanismo a utilizarse para el ejercicio del control de constitucionalidad. En los artículos 30 y 31 se recordó el carácter supremo de la Constitución y el sometimiento a esta de las actuaciones de los Poderes Públicos, sin embargo, no dispuso de manera expresa la prohibición a los jueces de aplicar leyes inconstitucionales. Nosotros, sin embargo, compartimos con cierta parte de la doctrina²⁸ que aún en tal caso el juzgador pudo, interpretando la sujeción de los poderes públicos a la Constitución conforme a los textos citados, haber ejercido el control por la vía difusa de haberse presentado el caso.

La vigencia de esta norma, en todo caso, tampoco sería prolongada pues, incluso, antes de la llegada de la anexión, quedó –en los hechos– en desuso: no fue algún miembro del grupo liberal que impulsó la Constitución de 1858 quien tomó las riendas del país tras el derrocamiento de Báez, sino que lo hizo el antiguo caudillo, Pedro Santana²⁹. Pronto el país se administraría más por sus designios que por la Constitución imperante y tras los disturbios de 1859 y 1860, terminó la época que conocemos como la *Primera República* con la anexión a la monarquía española.

IV. Las fluctuaciones constitucionales posteriores a La Restauración

La guerra de la Restauración puso fin a la etapa que conocemos como La Anexión a España con los gobiernos provisionales de José A. Salcedo y Gaspar Polanco, tras los cuales un grupo de ciudadanos conformó la

llamada “Junta Superior Gubernativa” en enero de 1865, restableciendo la Constitución de Moca (1858). En agosto de 1865 José María Cabral se levanta contra el gobierno provisional (encabezado para entonces por el general Pimentel) y pone en vigor la Constitución de febrero de 1854. El 14 de noviembre se vota una nueva Constitución, siendo así la primera Constitución formal de la *Segunda República*.

Respecto al control de constitucionalidad, sin embargo, este texto no hizo ninguna mención particular. En una redacción muy similar a la del artículo 201 de la Constitución de 1844, reiteró en su artículo 29 que la soberanía residía en:

*“la universalidad de los ciudadanos y se ejerce por cuatro poderes, según las reglas establecidas por esta Constitución. Estos Poderes son: el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el Municipal; se ejercen separadamente, son esencialmente independientes y sus encargados no pueden delegarlos **ni salir de los límites que les fijan la Constitución y las leyes**”.* (El énfasis es nuestro).

Igualmente enfatizó en su artículo 78 que las facultades del Ejecutivo estaban limitadas por la Constitución y en su artículo 141, al dar vigor a las leyes existentes, lo hacía únicamente en cuanto no fuesen contrarios a la Constitución, pero en ningún momento determinó un mecanismo particular para el control, como lo hizo de manera general la Constitución de 1844 y de manera específica, como se verá en breve, las de 1874 y 1875.

Como se sabe, este texto tampoco se caracterizó por su longevidad. Poco después de haberse establecido Báez en el poder (escogido en la misma fecha en que se había votado la Constitución), determinó la “derogación por decreto” de la Constitución de 1865, para reinstaurar la Constitución *santanista* de diciembre de 1854. Observando, al respecto, que “a la caída de Báez, algunos meses después, la Constitución de 1865 fue de nuevo puesta en vigor por un tiempo (mayo a septiembre de 1866), siendo finalmente derogada en septiembre de 1866 cuando se promulgó un nuevo texto”³⁰.

La Constitución de 1866 no tuvo variaciones significativas frente al texto normativa del año anterior. Si bien hubo algunos cambios de naturaleza dogmática, el modelo de control de constitucionalidad se mantuvo intacto, sin regulación específica, pero asido de la formulación de la Supremacía Constitucional. Bajo la égida de esta Constitución, se hizo la primera modificación seria a

²⁶ Cfr. Tolentino Dipp, Hugo, Introducción a la Historia Social Dominicana, Santo Domingo, Editora Búho, 2019, p. 270.

²⁷ Espinal Hernández, Edwin, La Revolución de 1857, en Cassá, Roberto, Historia General del Pueblo Dominicano, T. III, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019, p. 360.

²⁸ Véanse al efecto las obras ya citadas de los profesores Juan Manuel Pellerano Gómez, Eduardo Jorge Prats y Juan Alfredo Biaggi Lama.

²⁹ Bosch, Juan, La Pequeña Burguesía en la Historia de la República Dominicana, Santo Domingo, Fundación Juan Boch, 2012, p. 100.

³⁰ Vega B., Wenceslao, Ob. Cit., pp. 290.

la normativa referente al sistema de justicia, con el *Reglamento Orgánico Judicial* del 31 de octubre de 1866. Este texto normativo, si bien infralegal, fue el más completo en su tipo hasta la fecha de su publicación, pero tampoco hizo mención de facultad alguna que se le concediese a los jueces para el control de constitucionalidad.

Es bueno señalar, sin embargo, que algunos días antes de la promulgación del referido Reglamento Orgánico Judicial, Cabral había producido un interesantísimo acto normativo, a saber, el Decreto núm. 944, de fecha 1 de octubre de 1866³¹, “autorizando al Poder Ejecutivo a reglamentar lo conveniente para que las leyes en vigor guarden armonía con la Constitución”. En el mismo se razonó que las reformas que se le habían hecho a la Constitución de 1865 exigían que se tomaran las medidas de rigor para que las leyes vigentes guardasen afinidad con la nueva Norma Suprema y se dispuso en consecuencia que el Poder Ejecutivo quedaba autorizado para “reglamentar lo conveniente, mientras se reúna el primer Congreso Nacional, a fin de que las leyes en vigor guarden la armonía posible con la Constitución política del Estado”. Así tuvimos, quizás sin entenderlo con claridad para la época, una primera discusión sobre la cuestión de la llamada “inconstitucionalidad sobrevenida”.

Pero como todas las demás constituciones de su época, tampoco la de 1866 vería extendido su rigor por tiempo prolongado. Como recuerda Vega en torno a los cambios políticos de la época:

*A la caída de Cabral en enero de 1868, en lo que Báez llegaba de su exilio, una Junta de Generales puso en vigor la Constitución de diciembre de 1854; es decir, la autoritaria, con ligeras modificaciones, y este nuevo texto, llamado la Constitución de abril de 1868, se mantuvo en vigor durante los primeros cuatro años del periodo de seis años del gobierno de Buenaventura Báez*³².

El propio Báez, sin embargo, promovería una redacción aún más beneficiosa y antojadiza para su autoritaria forma de gobierno (en la que fue, quizás, la más autoritaria de las cinco ocasiones en las que gobernó) misma que fue eventualmente modificada en 1874 bajo el impulso

de Ignacio María González y que sería sorpresivamente abolida por este mismo, gobernando sin Constitución y sin Congreso –declarado dictador– hasta que convocó a una Asamblea Constituyente en noviembre de 1874 que hizo nacer la Constitución de marzo de 1875.

Es interesante resaltar que la Constitución de 1872 fue la primera en la *Segunda República* en retomar la especificidad con la que la Constitución de San Cristóbal refirió al Poder Judicial que le estaba prohibido aplicar leyes inconstitucionales³³. En el caso de la Constitución de 1874, esta retomó la prohibición expresa que habíamos observado en el artículo 35 de la Constitución de 1844, estableciendo con claridad en su artículo 50 que el Congreso no podría hacer *ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución*. Pero avanzando más allá, introdujo por vez primera la cuestión del establecimiento claro de la competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer la cuestión de inconstitucionalidad, como veremos de inmediato en el subtítulo siguiente. Pronto, sin embargo, el texto de 1874 experimentaría las variaciones resultantes de las pugnas políticas del momento, dando paso a una nueva Constitución que sería promulgada a principios de marzo de 1875 a instancias de González, quien asumió a partir de allí una mecánica particularmente autocrática de gobierno, produciéndose entonces su alejamiento del gobierno de los azules que lo habían apoyado anteriormente³⁴.

Como se ve, la década que siguió a *La Restauración* fue de especial inestabilidad política, a lo que se refirió Hoetnick, –evocando a Bonó– al recordar las condiciones particularísimas de opresión, dictadura y despotismo por las que había pasado el pueblo dominicano en el período colonial y la ocupación haitiana y que hacían difícil la construcción rápida de una democracia que fuese a la vez liberal y funcional en el país³⁵.

Esta inestabilidad se reflejó en los textos constitucionales que, si bien tuvieron modificaciones formales en cinco oportunidades, también se vieron afectados por manifestaciones de simple “suspensión” y, sobre todo, de puesta en vigor de textos anteriores que ya habían sido objeto de reforma. Como apuntó oportunamente Flavio Darío Espinal, se dio una proliferación de textos constitucionales, por lo que el país tuvo, entre 1865 y 1899, alrededor de quince cambios constitucionales, lo

³¹ Colección de Leyes, Decretos y Resoluciones emanadas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la República Dominicana, Edición Oficial, Tomo IV, Santo Domingo, ONAP, 1982, pp. 553 y 554.

³² Vega B., Wenceslao, *Ob. Cit.*, p. 291.

³³ Castellanos Khoury, Justo Pedro (Coord), *Ob. Cit.*, p. 268

³⁴ Moya Pons, Frank, Manuel de Historia Dominicana, 15.ª ed., Santo Domingo, Editora Búho, 2013, p. 370.

³⁵ Cfr. Hoetink, H., *El Pueblo Dominicano: 1850-1900, Apuntes para su Sociología Histórica*, Santiago, R.D., UCMM, 1971, p. 190.

cual reflejó, no sólo la falta de estabilidad política, sino la práctica muy peculiar de que cada gobernante imponía “su” constitución³⁶.

En todo caso, tanto las constituciones “repuestas o reinstauradas” como los textos reformados coincidieron en gran parte de la década en no regular de forma específica ningún aspecto procesal en relación al control de la constitucionalidad.

V. Dos casos particulares

Aun en el marco de las marcadas fisuras políticas que le vieron nacer y los efectos de las mismas en el tambaleante constitucionalismo de la época, la Constitución de 1874 fue la primera en disponer que un órgano en particular, a saber, la Suprema Corte de Justicia, tendría la atribución de conocer “definitivamente de las causas en que se alegue inconstitucionalidad de parte de las leyes dando, si esto fuere así, y solo como decisión particular, fallo razonado que redima a la parte de la responsabilidad o perjuicio que pudiere sobrevenirle”³⁷. Esta disposición se reproduciría también en la Constitución de 1875.

De la lectura conjunta de estos dos textos constitucionales, la Ley Orgánica para los tribunales, de fecha 27 de enero de 1873 y sus reformas de 1874 y 1875³⁸, se pueden postular interpretaciones varias: (a) que se establecía un control concentrado de constitucionalidad a partir de la competencia dada de forma exclusiva a la Suprema Corte de Justicia; (b) que el control establecido, si bien concentrado respecto a la competencia del órgano, no lo era en cuanto al efecto y alcance de la sentencia que estableciese la inconstitucionalidad de la norma, lo que implicaría una forma muy particular de control concentrado; (c) que no se trataba de un control concentrado, sino de un control difuso en cuanto a su acceso, pero cuya decisión tomaría solamente la Suprema Corte –como ocurriría posteriormente en la Reforma Constitucional de 1924– aunque la redacción no fuese la más precisa; (d) que se trataba de un control difuso respecto a la calidad de la parte que lo impetraba como excepción en curso de instancia, pero solo para el conocimiento del máximo tribunal, y; (e) que se trataba de un control de constitucionalidad

difuso en su sentido pleno, que daba por sentado que cualquier tribunal podía ejercerlo y que el conocimiento definitivo sobre la cuestión era responsabilidad última de la Suprema Corte de Justicia.

Nosotros nos inscribimos en la postura argumentada por el magistrado del Tribunal Constitucional, Miguel Valera Montero. Este sostiene que:

*Se trataría, en nuestra opinión, de un recurso extraordinario fundamentado en la inconstitucionalidad de una ley, que daba paso a una “jurisdicción especial” a la cual entendemos que debía accederse mediante instancia elevada ante la Suprema Corte de Justicia para que esta pudiera decidir la causa de que se trate. Dicho recurso debía ser fundamentado por una de las partes a la causa originaria, en la cual la aplicación de la ley cuya inconstitucionalidad se alegue le produciría un perjuicio o le crearía una responsabilidad de la cual pretendiese protegerse*³⁹.

Recuerda, además, que ante la inexistencia de un recurso de casación como el que tenemos hoy, la Suprema Corte no era “apoderada” formalmente como tercera instancia para referirse a la correcta o incorrecta aplicación del Derecho, sino que lo hacía “de oficio” solo para la uniformidad de la jurisprudencia, no para afectar el fallo rendido por el órgano judicial inferior. En tal sentido, el recurso de inconstitucionalidad, si así se le puede llamar, sí vendría a ser un mecanismo mediante el cual los ciudadanos podrían solicitar a la más alta instancia judicial que, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que sirvió como base a la sentencia que entendían injusta, dicho fallo fuese revertido. Como señala puntualmente:

Decimos que se trataría de una jurisdicción especial pues bajo las referidas Constituciones, nuestra Suprema Corte de Justicia no tenía atribuciones de Corte de Casación, y su función de uniformar la jurisprudencia solamente se producía mediante la reforma de oficio de sentencias con autoridad de cosa juzgada dictadas por tribunales inferiores, siempre que dichas sentencias contuvieran principios falsos o adolecieran de algún vicio radical. Bajo dicha función uniformadora, la decisión de

³⁶ Espinal Jacobo, Flavio Darío, *Constitucionalismo y Procesos Políticos en la República Dominicana*, Santo Domingo, UCMM, 2001, p. 81.

³⁷ Colección de Leyes, Decretos y Resoluciones emanadas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la República Dominicana, Edición Oficial, Tomo VI, Santo Domingo, ONAP, 1982, pp. 45 y 400.

³⁸ Una interesantísima disposición de esta última reforma legal, en el numeral 13 de su artículo 16, le daba a la Suprema Corte de Justicia la atribución de *enviar anualmente y a principios de enero, al ministro del ramo, una memoria comprensiva de cuantas observaciones hubiere hecho, ya sobre los vicios de la ley, ya sobre la forma de los enjuiciamientos para que, elevándolos este funcionario al Poder Legislativo, puedan servir de base a mejoras en la administración de justicia*. En tal sentido, la Suprema Corte no tenía solo la facultad constitucional de ejercer el *judicial review*, sino que también existía un canal directo de diálogo *inter-poderes* para las observaciones de quien interpretaba la ley para quien la establecía y quien la hacía ejecutar.

³⁹ Valera Montero, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 351

*la Suprema Corte de Justicia no podía aprovechar ni perjudicar a las partes, pues la controversia de estas ya habría sido resuelta, aún en los casos de que la solución fuera sobre principios falsos o adoleciera de un vicio radical, mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Contrario es el caso del referido recurso fundado en inconstitucionalidad, cuyo efecto claro, aunque limitado a la causa particular, era el de liberar a una de las partes de la responsabilidad o perjuicio que le provocaría la aplicación de la ley cuya contrariedad con la Constitución se alegase*⁴⁰.

Aunque la Constitución de 1875 solo tuvo vigor durante poco más de dos años⁴¹ (en mayo de 1877 experimentaría una reforma constitucional que no tuvo ninguna consideración respecto a la figura en cuestión⁴²) se trató de un interesante diseño que, si bien no determinó la facultad de todos los tribunales ordinarios para ser jueces constitucionales en sentido estricto, pareció sugerirlo al darle a la Suprema Corte la posibilidad de conocer del asunto de manera definitiva. Inscritos en la tradición de la interpretación sistémica que esbozó el precedente norteamericano y usando la historia del Derecho reciente como herramienta de argumentación jurídica y no solo como conocimiento adquirido de lo pasado, el juez de 1874 y 1875 podía interpretar su rol como juez constitucional y el conocimiento “definitivo” de la Suprema Corte como complemento para afirmar que también le estaba vedado aplicar una ley inconstitucional.

VI. Un silencio constitucional de tres décadas

Con la reforma constitucional de 1877, como ya se adelantó, desaparecieron las previsiones sobre el órgano o el procedimiento para el ejercicio del control de constitucionalidad en la República Dominicana. El contenido de este texto constitucional fue particularmente escueto frente a otros de la época y pareció confiar aspectos que se habían regulado desde la Constitución a la labor del legislador. Sería modificada a su vez el 15 de mayo de 1878⁴³, por un texto que, si bien estableció con claridad la supremacía de la Constitución y su posición cimera frente al accionar de los poderes públicos (artículos 2 y 110), enfatizando tal condición frente al Poder Legislativo (artículo 18) y el Poder

Ejecutivo (artículo 52), no hizo ninguna salvedad sobre la posibilidad de que la Supremacía de la Constitución se impusiese por los tribunales ante el Congreso si este último ente fallase en armonizar la producción legal a las formas y el contenido que la Constitución establecía.

Sin una reformulación sustancial en los aspectos que a este estudio interesan (y podría decirse que casi en ningún otro aspecto, pues se trató de un texto bastante similar que respondería más a la evolución de su contenido que la puntual conveniencia política de los grupos de poder imperantes), la Constitución de 1878 sería prontamente modificada. Como relata Chez Checo en torno a la inestabilidad política (y jurídica) del momento:

En 1878, producto de golpes y contragolpes, se formaron dos gobiernos paralelos, uno en Santo Domingo, encabezado por Cesáreo Guillermo, personalista e imitador de los gobiernos de Báez, y otro encabezado por los seguidores de Ignacio María González.

Como Cesáreo Guillermo era baecista, los líderes azules le ofrecieron la presidencia a Gregorio Luperón, quien acumulaba un gran poder, declinando esta dicha solicitud en González, quien tomó posesión el 25 de junio de 1878, siendo depuesto, más tarde, por el mismo Luperón.

*Jacinto de Castro, presidente de la Suprema Corte de Justicia, ocupó provisionalmente la Presidencia a fin de llamar a elecciones, pero Cesáreo Guillermo, mediante un golpe militar, asumió el poder con una actitud personalista y dictatorial. Como resultado de eso surgió, en octubre de 1879, una revolución que sustituyó a Guillermo, alentada y dirigida por los generales Gregorio Luperón y Ulises Heureaux, instalando en Puerto Plata un gobierno que duró menos de un año, pero con grandes aciertos tales como la reforma de la Constitución (...)*⁴⁴.

Esta reforma (mayo de 1880), sin embargo, continuó la tradición iniciada en la reforma de 1877: reiteró la supremacía constitucional en varias partes de su articulado, pero no dispuso que ningún órgano –judicial o administrativo– pudiese anular alguna disposición

⁴⁰ Valera Montero, Miguel, Ob. Cit., p. 352

⁴¹ Aunque no hubo una reforma constitucional en sentido estricto en 1876, los diputados, en el uso de la peculiar atribución que le daba el numeral 35 del artículo 38 de la Constitución de 1875, establecieron un “acta adicional” para derogar los artículos 53 y 109 de la Constitución vigente y reformular los requisitos para que un ciudadano pudiese ser candidato, así como para ser reelecto como presidente.

⁴² Julián, Amadeo, La acción en inconstitucionalidad por ante la Suprema Corte de Justicia, Estudios Jurídicos, Volumen VI, número 1, enero-abril, 1996, p. 78.

⁴³ Cfr. Schoenrich, Otto, Santo Domingo, un país con futuro, Santo Domingo, Editora de Santo Domingo, 1977, p. 58.

⁴⁴ Cfr. Chez Checo, José. Los Regímenes del Partido Azul, en Cassá, Roberto, Historia del Pueblo Dominicano, T. IV, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019, p. 105.

normativa por ser contraria a la Constitución. Con la segunda reforma constitucional de *los azules*, la propiciada por Meriño en 1881, tampoco se introdujo cambio alguno y como se trató del texto más duradero en dos décadas (se mantuvo hasta la primera reforma de Heureaux en 1887), se completó con su vigencia la primera de tres décadas de absoluto silencio constitucional sobre las competencias o el procedimiento para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley.

Como bien se sabe, las reformas impulsadas por Lilís tuvieron un fin esencialmente político y marcado por el interés de la permanencia de su promotor en el poder. Aunque en la reseña histórica que hace del proceso constituyente, Peña Batlle sostiene que la reforma constitucional de 1887 se da por una “insistente petición popular”⁴⁵, parece claro que tanto esa modificación como la siguiente obedecerían más a un impulso personal que popular. Como relata Sang:

*La primera reforma impulsada por Lilís se produjo en 1887, una vez hecho con el dominio político cuando derrotó a Casimiro N. de Moya el año anterior (...) la modificación ampliaba el periodo constitucional a 4 años y en cuanto a la reelección permitía que el presidente de turno pudiese ser reelecto para el período inmediato, pero debía dejar pasar 4 años para ser electo nuevamente. La modificación de 1896 fue la más ilegítima de las dos. El dictador forzó el proceso mediante mecanismos compulsivos. Obligó a los legisladores a reunirse en Asamblea Constituyente*⁴⁶.

Como puede suponerse, una vez más el efecto desestabilizador de esa pugna política se evidencia en ciertas formas del texto reformado, que no evidencia los avances del constitucionalismo regional de la época y que reitera el silencio absoluto en torno al control de constitucionalidad que ya venía de 1877 y se extendería durante al menos dos décadas más. Como sostuvo oportunamente Julio Brea Franco, en las revisiones de 1877, 1879, 1880, 1881, 1887, 1896 y 1907 desaparece la preocupación del constituyente por el control constitucional de la ley⁴⁷.

Es oportuno resaltar, sin embargo, que la idea de ese “silencio constitucional” en torno al control de

constitucionalidad es un elemento que la doctrina no aprecia en un mismo tenor, pues algunos autores entienden que la prohibición de los jueces de dar fallos basados en leyes inconstitucionales es base suficiente para afirmar la existencia de un claro sistema de control, mientras que otros se conforman aún con menos –exigen solamente la idea de la Supremacía Constitucional– y hay los que entienden que son los modelos que señalan claramente la atribución de un órgano específico y determinadas pautas de procedimiento los que pueden entenderse como sistemas con una expresión constitucional clara sobre la idea del control. Véase por ejemplo el distinto conteo que hace el Dr. Hernán Cruz Ayala, frente al que ya vimos del Dr. Brea Franco, afirmando el autor de inicios de siglo que:

*Solo cuatro constituciones en el Siglo XIX carecen de contenido alguno sobre la competencia de los tribunales para fallar sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos, a saber, la del 10 de febrero de 1858, la del 7 de mayo de 1877, la del 15 de mayo de 1878 y la del 11 de febrero de 1879*⁴⁸.

Lamentablemente, el silencio constitucional con el que concluye el periodo histórico que reseñamos tuvo un efecto siniestro en el quehacer judicial que llevó al máximo órgano del Poder Judicial a entender que en la República Dominicana no existía ya más la figura y que la presunción de validez de la legislación vigente se transformaba en un criterio inexpugnable por cualquier herramienta jurídica distinta a la manifestación de poder político del propio legislador o ente normativo. Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en desacertada decisión de 1904 (que recae en la interpretación que se hace de la Constitución de 1896), “los tribunales no tienen derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes ni de contestar el carácter obligatorio de ellas”⁴⁹. Sostiene el magistrado Valera al referirse al particular que:

Esta decisión puede interpretarse como el resultado de una ausencia de disposiciones expresas en dicha Constitución que regulen un proceso que atribuya a los tribunales dicha facultad o atribución de manera expresa, o como una interpretación estricta de la

⁴⁵ Peña Batlle, Manuel Arturo, *Constitución Política y Reformas Constitucionales*, 2.ª ed., Santo Domingo, ONAP, 1981, p. 49.

⁴⁶ Sang, Mu-Kien Adriana, Ulises Heureaux, el dictador de la modernidad positivista, en Cassá, Roberto, *Historia del Pueblo Dominicano*, T. IV, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019, p. 141.

⁴⁷ Brea Franco, Julio, *El Sistema Constitucional Dominicano*. Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2019, p. 422.

⁴⁸ Cruz Ayala, Hernán, *Estudio de la Competencia de los Tribunales Dominicanos en Materia de Constitucionalidad*, en *Estudios Jurídicos*, T. I, Vol. II, Santo Domingo, Ediciones CAPEL DOM, 1967, p. 166.

⁴⁹ Gatón Richiez, Carlos, “La Jurisprudencia en la República Dominicana, 1865-1938”, Ciudad Trujillo (Santo Domingo), Impresora Soto Castillo, 1943, p. 258, citado por Valera Montero, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 349.

prohibición del Art. 33, limitada al Legislativo, de no crear leyes contrarias al espíritu y el texto de la Constitución, obviando cualquier implicación que sobre el Judicial y su facultad de interpretar las leyes pudiese tener disposición constitucional una vez la ley ya se encontrase en vigencia.

Quizás es bueno resaltar, –buscando una explicación más amplia a este silencio constitucional y que vaya más allá de la simple inestabilidad política e institucional en suelo criollo– que si bien el caso norteamericano podía tener una influencia importante en la época sobre otros sistemas, en gran parte de Europa la idea predominante era la de una visión estricta de la separación de los poderes como respuesta a las arbitrariedades del absolutismo monárquico que empezaba a ceder a otras formulaciones políticas en la época. En una visión como esta, un rol protagónico del juez, como el que le otorga la idea del control constitucional, no sería el más bienvenido. Y esta idea diseminada en Europa tendría en la República Dominicana del momento importantes repercusiones.

Debe ser tomado en cuenta, por igual, que ese proceso en Europa se desarrolla en un contexto histórico-político especialmente agrio para la figura que estudiamos: si el absolutismo imperaba, pediría al juez que se doblegase a sus intereses, como se recuerda en la disputa de juez Coke, el lord canciller Bacon y el rey Jacobo I en la Inglaterra del siglo XVII⁵⁰. Si la separación de poderes se fortalecía, la confianza de la población recaía usualmente en el parlamento y no resultaba fácil hacer ceder terreno a dicho órgano ante la interpretación que un tribunal diese de una norma, si bien se considerase a esta norma superior o principal.

Esos ecos tardíos del liberalismo que en nuestro país tienen efecto pálido –según la conveniencia política del momento– explicarían entonces otras razones para esa distancia con una idea fuerte del control de constitucionalidad. Como aseveraría en su momento Orlarieta Alberdi, para la época la función de los jueces estaría:

Definida por la supremacía del Parlamento y de la ley dentro de la separación de poderes. No es, pues, algo sustancialmente distinto de la misma supeditación a la que se vio sometido el poder ejecutivo, para quien las leyes eran mandatos

emanados de un órgano constitucionalmente superior. El liberalismo también impuso una estricta subordinación de los jueces a la ley, que tuvo una doble proyección: si hay ley previa, por la férrea sumisión a su texto; y si no la hay, porque el tribunal no puede suplirla invocando la costumbre o la jurisprudencia: el órgano judicial carece de iniciativa, ya que el vacío legal es un área de libertad del individuo⁵¹.

En todo caso, habría que esperar hasta la Constitución de 1908 para que el control de constitucionalidad, figura cimera y primera para la expresión del constitucionalismo en cuanto límite jurídico al poder político⁵², retornase al texto de la Ley de Leyes y recorriese, a partir de allí, otro zigzagueante sendero a lo largo del siglo XX, hasta el sistema actual.

VII. Epílogo

Aunque no hay una explicación clara sobre las razones que llevaron al Constituyente dominicano a olvidar la cuestión del Control de Constitucionalidad entre 1877 y 1907, las circunstancias históricas particulares de los procesos de reforma despiertan el interés académico sobre tal ausencia. Debe tomarse en cuenta que las formas políticas en torno a estos cambios constitucionales fueron variadas y que aún en los periodos en que se mantuvo el predominio de un sector –el liberal entre 1879 y 1887, tal vez– la erosión interna de tal sector bien pudo haber justificado una variación en la visión constitucional al respecto. Ello, sin embargo, no ocurrió: rojos, azules y, finalmente, Heureaux cerraron el siglo XIX con una visión que se compadece poco de la idea misma del constitucionalismo y el hecho de que la jurisprudencia hiciese eco de ello, hace de la cuestión un caso incluso más interesante, si bien lamentable.

En la primera parte del escrito hicimos énfasis en la argumentación que plantea que, de los textos constitucionales iniciales, especialmente los de 1844, 1854 y 1858 –con las diferentes fórmulas que utilizaron– era perfectamente posible deducir un control difuso con las características habituales del mismo. Es igualmente claro que este control se afianzó en la redacción de las constituciones de 1874 y 1875 y que en ellas se diseñó un recurso que permitía que por el vicio de inconstitucionalidad se revisase la idoneidad de una decisión que tenía la autoridad de la cosa

⁵⁰ Cfr. Torres Ávila, Jheison, Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes, Revista Justicia Juris, Vo. 10, núm. 1, enero – junio 2014, pp. 87-101.

⁵¹ Olarieta Alberdi, Juan Manuel, La Separación de Poderes en el Constitucionalismo Burgués, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Vol. 3, núm. 4, 2011, Roma, Italia, p. 57

⁵² Cfr. Barberis, Mauro, Ética para Juristas, Madrid, Trotta, 2008.

irrevocablemente juzgada, pues ya ningún otro recurso podía tramitarse contra tales decisiones.

Sin embargo, el silencio constitucional a partir de 1877 deshizo los pasos dados hasta entonces, llegando a la posición de afirmarse en sede judicial que la apreciación del legislador se imponía sin reparo posible al juez, o lo que es lo mismo, que solo el legislador ulterior podía enmendar un yerro legal frente al parámetro constitucional. En todo caso, nuestro criterio es que aún allí, en la ausencia de un procedimiento constitucional claro, del principio constitucional de supremacía constitucional –que como vimos con detalle nunca estuvo en duda desde 1844– podía haberse deducido un razonamiento suficientemente fuerte para justificar el control de constitucionalidad, al margen de que, como vimos, la jurisprudencia del momento apostó por una interpretación más conservadora, misma que, por indeseada o lamentable que ahora nos parezca, no deja de atender a razones ponderables para la época

Referencias

- Acosta de los Santos, Hermógenes, El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución, Santo Domingo, Editora Búho, 2010.
- Amiama, Manuel A., Notas de Derecho Constitucional, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016.
- Barberis, Mauro, Ética para Juristas, Madrid, Trotta, 2008.
- Biaggi Lama, Juan A., Manual de los Procedimientos Especiales en Materia Civil y Administrativa, Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, 2015.
- Bosch, Juan, La Pequeña Burguesía en la Historia de la República Dominicana, Santo Domingo, Fundación Juan Boch, 2012.
- Brea Franco, Julio. El Sistema Constitucional Dominicano. Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2019.
- Castellanos Khoury, Justo Pedro (Coord.), La Constitución Dominicana y sus Reformas (1844-2010), T. I, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2014, p. 100.
- Chez Checo, José. Los Regímenes del Partido Azul, en Cassá, Roberto, Historia del Pueblo Dominicano, T. IV, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019.
- Contín Aybar, Néstor, Concepción y Esencia de la Constitución de San Cristóbal, Santo Domingo, ONAP, 1982.
- Cruz Ayala, Hernán, Estudio de la Competencia de los Tribunales Dominicanos en Materia de Constitucionalidad, en *Estudios Jurídicos*, T. I, Vol. II, Santo Domingo, Ediciones CAPELDOM, 1967.
- Escobar Fornos, Iván, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Espinal Hernández, Edwin, La Revolución de 1857, en Cassá, Roberto, Historia General del Pueblo Dominicano, T. III, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019.
- Espinal Jacobo, Flavio Darío, Constitucionalismo y Procesos Políticos en la República Dominicana, Santo Domingo, PUCMM, 2001.
- García Belaunde, Domingo, Hans Kelsen: sobre la jurisdicción constitucional, 2.ª ed., R.D., 2018.
- García-Mansilla, Manuel, Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N.º 1, junio 2020.
- Hamilton, Madison y Jay, El Federalista, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Hoetink, H., El Pueblo Dominicano: 1850-1900, Apuntes para su Sociología Histórica, Santiago, R.D., UCMM, 1971.
- Hostos, Eugenio María, Lecciones de Derecho Constitucional, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2015.
- Jorge García, Juan, Derecho Constitucional Dominicano, Santiago, UCMM, 1984.
- Jorge Prats, Eduardo, Manual de Derecho Constitucional, vol. 1, 2.ª ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2010.

Julián, Amadeo, La acción en inconstitucionalidad por ante la Suprema Corte de Justicia, Estudios Jurídicos, Volumen VI, número 1, Enero-Abril, 1996.

Luciano Pichardo, Rafael, La Justicia Constitucional, Santo Domingo, Editora Corripio, 2006.

Montilla Castillo, Pedro L., «A 168 años de la primera reforma constitucional dominicana», en Acento Diario, [En línea: <https://acento.com.do/opinion/a-168-años-de-la-primera-reforma-constitucional-dominicana-8916891.html>] Última consulta: 12 de abril, 2021.

Moya Pons, Frank, Manuel de Historia Dominicana, 15.ª ed., Santo Domingo, Editora Búho, 2013.

Olarieta Alberdi, Juan Manuel, La Separación de Poderes en el Constitucionalismo Burgués, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Vol. 3, núm. 4, Roma, Italia, 2011.

Pellerano Gómez, Juan Manuel, Constitución y Política, Santo Domingo, Ediciones CAPELDOM, 1990.

Peña Batlle, Manuel Arturo, Constitución Política y Reformas Constitucionales, 2.ª ed., Santo Domingo, ONAP, 1981.

Rodríguez Demorizi, La Constitución de San Cristóbal 1844-1854, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2017.

Sang, Mu-Kien Adriana, Ulises Heureaux, el dictador de la modernidad positivista, en Cassá, Roberto, Historia del Pueblo Dominicano, T. IV, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 2019.

Schoenrich, Otto, Santo Domingo, un país con futuro, Santo Domingo, Editora de Santo Domingo, 1977.

Tolentino Dipp, Hugo, Introducción a la Historia Social Dominicana, Santo Domingo, Editora Búho, 2019.

Torres Ávila, Jheison, Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes, Revista Justicia Juris, Vol. 10, núm. 1, Enero – Junio 2014.

Valera Montero, Miguel, Constitución, Justicia y Derecho, Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, 2020.

Vega B., Wenceslao, Los Documentos Básicos de la Historia Dominicana, Santo Domingo, Sociedad Dominicana de Bibliófilos, 2010.

Vega B., Wenceslao, Historia del Derecho Dominicano, 7.ª ed., Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2012.

La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina

José Ignacio Hernández G.

Recibido: 8 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

La ampliación gradual del ámbito material de la jurisdicción constitucional genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción, como una especial modalidad del Derecho Constitucional autoritario que, en ciertos casos, puede apoyarse en la retórica populista. Este riesgo tiende a ser mayor en América Latina, vista la fragilidad institucional de la región. Lejos de valorar esta ampliación como un resultado favorable o desfavorable, el interés del presente ensayo se centra en identificar esta tentación autoritaria y diseñar instituciones llamadas a reducir los incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional. Como conclusión, se proponen mecanismos de protección de la independencia de la jurisdicción constitucional, frente a intentos de control político del Legislativo y Ejecutivo.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, Derecho Constitucional autoritario, autoritarismo populista.

Abstract

The gradual expansion of the judicial review scope creates incentives for authoritarian deviations, as a particular case of the Authoritarian Constitutional Law, supported in occasions by the populist rhetoric. This risk tends to be greater in Latin America, considering its institutional fragility. Rather than viewing such expansion as a favorable or unfavorable outcome, this paper identifies the judicial review authoritarian temptation to design institutions that an reduce the authoritarian deviations incentives. Also, the paper proposes mechanisms to protect the independence of the constitutional judicial review before the political control attempts by the Legislative and Executive.

Keywords: *judicial review, Authoritarian Constitutional Law, authoritarian-populism, Constitutional Law in Latin America.*

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School. Profesor invitado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Correo electrónico: ignandez@gmail.com.

Introducción

El surgimiento histórico de la jurisdicción constitucional está asociado a la supremacía de la Constitución, a tal punto que una y otra figura resultan, en la actualidad, inseparables. Así, la configuración de la Constitución como la norma suprema llamada a defender la libertad general frente al Estado, conforme a la teoría de Locke, llevó a considerar que la Ley contraria a la Constitución debía repudiarse. Esta idea, que surge en el Reino Unido hacia fines del siglo XVI, es trasladada al Derecho Constitucional de Estados Unidos a inicios del siglo XIX, al admitirse la potestad del Poder Judicial de desaplicar la Ley que, en el caso concreto, resulta contraria a la Constitución. Posteriormente, a mediados del siglo XIX, Colombia y Venezuela incorporaron en sus constituciones la potestad del Poder Judicial de declarar la nulidad de ciertos actos del Estado violatorios a la Constitución, en un modelo que sería perfeccionado a inicios del Siglo XX en Austria. Luego de la Segunda Guerra Mundial se generalizó el reconocimiento de la potestad del Estado de declarar la contradicción entre la Ley y la Constitución a los fines de garantizar su supremacía¹.

La jurisdicción constitucional se ha erigido, desde entonces, en el guardián de la Constitución, o más propiamente, en el guardián jurídico de la Constitución, en tanto la declaratoria de violación a la Constitución produce efectos jurídicos concretos, referidos a la desaplicación de la Ley o, en su caso, la nulidad del acto estatal considerado contrario a la Constitución.

De ello ha resultado que la jurisdicción constitucional se considera un componente central de la democracia

constitucional, incluso, para la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales².

De esa visión ha resultado que, como regla, el sistema de jurisdicción constitucional suele valorarse positivamente, al punto que mientras más robusto es ese sistema, se considera que mayor es la garantía de la Constitución. En especial, el sistema de la jurisdicción constitucional ha debido ajustarse a los cambios del Derecho Constitucional que, luego de la segunda mitad del siglo pasado, se tradujeron en la mayor densidad normativa de la Constitución, debido a la incorporación de cláusulas económicas y sociales. Este cambio ha sido notable en América Latina, al punto que el Derecho Constitucional, en la región, ha sido considerado como “Derecho transformador”³.

Pero esta ampliación de las funciones de la jurisdicción constitucional no está exenta de riesgos. Ciertamente, la jurisdicción constitucional puede ser considerada una luz que protege la supremacía de la Constitución, pero como es sabido, toda luz arroja sombras. Las potestades de la jurisdicción constitucional son, así, únicas, en lo que ha sido considerado como “poder formidable”. Por ello, un indebido marco institucional de la jurisdicción constitucional puede derivar en excesos que, la postre, terminan menoscabando la democracia constitucional. Tal es la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que desde una perspectiva comparada de América Latina abordamos en este artículo⁴.

Esta tentación tiene dos aristas. Por un lado, encontramos la tentación del Poder Ejecutivo y Legislativo de tomar control sobre la jurisdicción constitucional, para inhibir su actuación o en su caso, para utilizarla para

¹ Desde el Derecho Comparado, el control jurisdiccional de la constitucionalidad o “judicial review” comprende a todos los medios procesales a través de los cuales el Estado, por medio de órganos independientes, ejerce la función jurisdiccional para declarar violaciones a la Constitución y adoptar medidas de reparación. Salvando las diferencias de los diversos modelos, puede afirmarse que la jurisdicción constitucional garantiza, por medios jurídicos, la supremacía de la Constitución. Puede verse el trabajo clásico de Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, pp. 25 y ss. Los orígenes de tal control jurisdiccional suelen encontrarse en la “antigua Constitución Británica”, con el caso *Bonham*, decidido en 1610 por sir Edward Coke, y en especial, en la Revolución Gloriosa de 1688 y el pensamiento de Locke, que reconoció la vinculación del Poder Legislativo a la “Ley natural”. Estas ideas serían desarrolladas en Estados Unidos, con la “gran invención” de la Constitución escrita, y el reconocimiento de la potestad del Poder Judicial de desaplicar la Ley que viole la Constitución, entendida como la norma suprema, en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. El reconocimiento del control jurisdiccional de la Ley violatoria a la Constitución fue el principio con el cual Hans Kelsen propuso crear órganos especializados a cargo de anular la Ley violatoria a la Constitucional, lo que daría lugar a la proliferación de cortes constitucionales. Desde la perspectiva comparada puede verse a Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 816 y ss.

² Como ha acotado Brewer-Carías, el control jurisdiccional de la constitucionalidad es un principio básico del Estado de Derecho, presente en modelos del civil law y del common law, tanto desde la perspectiva del control concentrado como el control difuso, e incluso, del así llamado control mixto. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 5 y ss.

³ Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* N.º 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

⁴ Este artículo presenta los resultados preliminares del estudio comparado sobre la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional en América Latina. Entre las diversas referencias de Derecho Comparado que hemos revisado, puede verse a Bogdandy, Armin von et al., (editores), *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

imponer medidas autoritarias. La segunda arista es, precisamente, el ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional en una transición gradual hacia el autoritarismo.

Este tema será abordado desde el estudio interdisciplinario de la jurisdicción constitucional a través de la teoría de las políticas públicas. Así, este ensayo considera que la ampliación de competencias de la jurisdicción constitucional, especialmente en el control concentrado, genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción y su captura política. Estos incentivos, además, se benefician de la asimetría de la información presente en la actuación de la jurisdicción constitucional: más allá de la publicidad de las sentencias bajo las normas procesales en vigor y de comentarios críticos en espacios académicos, la actuación de la jurisdicción constitucional es tan sofisticada que suele escapar de la atención de la opinión pública. Esto genera incentivos para que, por medio de un proceso gradual, la jurisdicción constitucional pueda expandir su ámbito de control y avanzar, así, en una transición hacia el autoritarismo⁵.

El enfoque desde los incentivos que pueden propender al ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional no se basa en un análisis reducido a determinar si la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional es un resultado favorable o desfavorable. El propósito de este trabajo introductorio es otro, a saber, identificar los riesgos derivados de tal ampliación, ante los incentivos generados para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional, y en especial, ante los incentivos para la captura política de la jurisdicción constitucional, a los fines de convertirla en instrumento de regímenes autoritarios. Estos riesgos aconsejan introducir reformas institucionales llamadas a reducir los incentivos o, desde otro punto de vista, a elevar los costos de las conductas autoritarias.

Ante todo, debe tomarse en cuenta que la primera tentación autoritaria reside en los otros Poderes Públicos, que para reducir la calidad del control constitucional o

colocar a éste al servicio del autoritarismo, pueden acudir a formas constitucionales para intervenir políticamente a la jurisdicción constitucional. Con lo cual, no basta con proteger a la democracia constitucional frente a la jurisdicción constitucional: lo primero que debe hacerse es proteger la independencia de la jurisdicción constitucional frente a otros Poderes Públicos.

Para estos fines, el presente artículo se divide en dos partes. La primera resume, desde el Derecho Constitucional de América Latina, la expansión material de la jurisdicción constitucional, mientras que la segunda parte explica cómo esa expansión genera incentivos que pueden degenerar en el Derecho Constitucional autoritario, y las reformas institucionales que, a grandes rasgos, podrían contrarrestar la tentación autoritaria.

I. La progresiva ampliación de la Jurisdicción Constitucional

Desde una perspectiva histórica, y de manera tradicional, la jurisdicción constitucional suele dividirse en dos modelos: el control difuso y el control concentrado. Se trata en realidad de categorías puras que, en la práctica, aparecen entremezcladas con notas especiales. El rasgo común de los diversos modelos de jurisdicción constitucional que en la práctica pueden apreciarse, en todo caso, es el reconocimiento de la potestad jurisdiccional para declarar la contradicción entre el bloque de constitucionalidad y los actos estatales de rango legal⁶.

Con el tiempo, como de manera especial se aprecia en América Latina, este sistema se ha ampliado, al punto que la jurisdicción constitucional ya no actúa, como señalara Kelsen, como una suerte de “legislador negativo”. Esta ampliación, que comenzó a evidenciarse hacia fines del siglo pasado, fue valorada como favorable, al asumirse que mientras mayor fuese el ámbito de control jurisdiccional, mayor sería la garantía de supremacía de la Constitución⁷. Esta sección coloca el énfasis en la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional a través del control

⁵ El estudio de la jurisdicción constitucional desde las políticas públicas, presta atención a cómo las reglas (o instituciones) que rigen a tal jurisdicción pueden crear incentivos para que los funcionarios actúen a favor de la supremacía constitucional o por el contrario, actúen de manera autoritaria. El principio de separación de poderes, desde el punto de vista institucional, genera desincentivos para tendencias autoritarias. Pero fallas en el diseño o en la implementación del principio de separación de poderes pueden generar incentivos a favor de medidas autoritarias, entendiéndose por tales aquellas que contradicen los principios de la democracia constitucional. La opinión pública cumple un rol central complementando el principio de separación de poderes, pues puede denunciar las conductas autoritarias de los funcionarios. Pero ello requiere de un flujo adecuado de la información, que no siempre está presente, lo que genera “asimetrías de información”, o sea, situaciones en las cuales la sociedad civil -y los medios de comunicación- tienen menos información que los funcionarios. La jurisdicción constitucional está sometida a reglas procesales de publicidad, pero lo cierto es que sus decisiones responden a una sofisticada materia técnica que escapa del conocimiento general de la sociedad civil. Por ello, la opinión pública suele tener un rol menor en las medidas autoritarias adoptadas por la jurisdicción constitucional. Sobre estos conceptos básicos de las políticas públicas, puede verse a Immergut, Ellen M., “Institutional Constraints on Policy”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 517 y ss.

⁶ Brewer-Carías, Allan, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 93 y ss.

concentrado, con ocasión a las pretensiones procesales que pueden deducirse ante ella y el contenido de las sentencias que pueden dictarse.

1. La ampliación del objeto de la pretensión de acuerdo con el grado del acto estatal sujeto a control

La primera ampliación surge con ocasión al objeto de la pretensión procesal, tradicionalmente reducida a la Ley, o sea, el acto normativo dictado por el Poder Legislativo en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Los orígenes históricos de la jurisdicción constitucional permiten afirmar que esta surge como contrapeso a la soberanía del parlamento, lo que en países como Francia y el Reino Unido ha dado lugar a diversos debates. Especialmente, luego de la Segunda Guerra Mundial, en Europa se generalizó el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por Kelsen, esto es, el control concentrado de la Ley por parte de un órgano jurisdiccional especial, a los fines de implementar un mecanismo de contrapeso de la soberanía del parlamento en defensa de la Constitución⁸.

Posteriormente, el objeto de la pretensión procesal de nulidad se amplió a los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. La justificación de esta ampliación es consistente con la tesis de Kelsen acerca de la formación del Derecho por grados: la jurisdicción constitucional debe conocer de la nulidad de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso dictados por el Poder Ejecutivo. En este caso, el grado del acto estatal facilita la distinción entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa⁹.

Más adelante, el objeto de la pretensión se amplió a actos constitucionales, más en concreto, actos de

modificación o reforma de la Constitución. Partiendo de la observación de la doctrina alemana en cuanto a las “normas constitucionales inconstitucionales”, se aceptó que la jurisdicción constitucional puede controlar la constitucionalidad de actos de reforma constitucional, en especial, en lo que se considera como el contenido intangible de la Constitución, tal y como en fecha reciente ha concluido el Tribunal Constitucional de Chile¹⁰.

En relación con lo anterior, el control de la convencionalidad en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también ha ampliado el objeto de la pretensión constitucional, en tanto la jurisdicción constitucional puede declarar la contradicción entre la Constitución y el *corpus iuris interamericano*, incluso, con ocasión a procesos de modificación de la Constitución. Esto puede dar lugar a una especie de “control difuso” de la convencionalidad, en la medida en que la jurisdicción constitucional, al decidir la pretensión deducida ante ella, declare que la norma constitucional aplicable viola el *corpus iuris interamericano*, declarando la preferente aplicación de este¹¹.

La ampliación del objeto de la pretensión constitucional en los dos casos anteriores responde a los cambios del concepto de Constitución. Así, por un lado, aun cuando todas las normas constitucionales son jurídicamente vinculantes, algunas de ellas tienen valor preferente, al reconocer valores superiores o principios que resultan inmutables, incluso, frente a reformas constitucionales. Por el otro lado, la mundialización de los derechos humanos y el surgimiento del Derecho Constitucional Global, ha llevado a reconocer que la Constitución ya no es la norma suprema, en tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede tener valor preferente a la Constitución, como sucede en el ámbito del Sistema Interamericano. De allí que la

⁷ En realidad, la jurisdicción constitucional bajo la modalidad del control concentrado orientado a declarar la nulidad de Leyes, de acuerdo con el sentido tradicional propuesto por Kelsen, no se limitó solo a extinguir los efectos jurídicos de la Ley declarada inconstitucional. Sobre la ampliación del poder de la jurisdicción constitucional bajo esta visión tradicional, puede verse a Fernández Segado, Francisco, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: La Constitución Española en el contexto)”, en *Pensamiento Constitucional Año XI*, núm. 11, 2005, pp. 19 y ss.

⁸ Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit.

⁹ El Estado de Derecho requiere la existencia de mecanismos de control jurisdiccional frente a los actos estatales que contraríen el ordenamiento jurídico. Uno de esos controles es ejercido por la jurisdicción constitucional, tradicionalmente, respecto de actos estatales con rango legal, o sea, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. A nivel comparado, además del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo también puede dictar actos en ejecución directa de la Constitución, lo que justifica la ampliación del control del ámbito de la jurisdicción constitucional. Véase a Brewer-Carías, Allan, *El control concentrado de la constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 20 y ss.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile núm. Rol 9797-20-CPT, de 30 de diciembre de 2020, en su punto decimocuarto, recordó el “poder-deber que recae sobre el Tribunal Constitucional para examinar los posibles vicios de forma y de fondo que aquejarían a un proyecto de ley de reforma constitucional”. Para el análisis de lo anterior, véase a Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 138 y ss.

¹¹ Sagüés, Pedro, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Revista de Investigações Constitucionais Volumen 1*, núm. 2, 2014, pp. 23 y ss.

jurisdicción constitucional es garante, en general, del “bloque de la constitucionalidad”, incluyendo las normas superiores del *corpus iuris* interamericano.

Finalmente, el objeto de la pretensión procesal se ha ampliado a actos estatales sub-legales. Esto ha sucedido en algunos ordenamientos que atribuyen, a la jurisdicción constitucional la potestad de revisar actos administrativos normativos, o sea, reglamentos. Desde el punto de vista jurídico-formal, esta solución no es consistente con la separación tradicional entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, que se basa en el grado del acto estatal y no en su contenido (normativo o no-normativo), o sus destinatarios (determinados o determinables, por un lado, e indeterminados e indeterminables, por el otro)¹².

Mayor interés reviste la ampliación de la jurisdicción constitucional a la potestad de revisión de sentencias del Poder Judicial, a través del reconocimiento de la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar y, en su caso, anular esas sentencias¹³. Esta ampliación contradice los fundamentos de la jurisdicción constitucional basados en la formación del Derecho por grados. Por ello, la justificación de la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar sentencias luce más cercana a los fundamentos de la casación, en el sentido que la

jurisdicción constitucional, al ejercer esa competencia, está llamada a garantizar la uniformidad de la interpretación constitucional, todo lo cual realza la naturaleza extraordinaria de esta revisión.

Debe observarse que la revisión de sentencias por la jurisdicción jurisdiccional trastoca el principio de organización jerárquica del poder judicial, lo que resulta muy evidente en modelos de cortes constitucionales, que podrían revisar sentencias dictadas por el máximo tribunal. Pero es también posible encontrar conflictos potenciales cuando la jurisdicción constitucional es ejercida por el máximo tribunal, en tanto los magistrados del máximo tribunal a cargo del ejercicio de la jurisdicción constitucional podrían revisar sentencias en materias civiles y penales correspondientes a otras salas del máximo tribunal.

Por ello, la supremacía que en la práctica existe entre la jurisdicción constitucional y el Poder Judicial no depende del modelo de jurisdicción constitucional. Ciertamente, en modelos basados en cortes constitucionales esta supremacía es evidente. Pero cuando el control concentrado se asigna a un órgano dentro del Poder Judicial, ese órgano se erige como el supremo tribunal en lo que respecta al control de constitucionalidad frente al tribunal supremo¹⁴.

¹² La ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional a pretensiones cuyo objeto son actos administrativos normativos -reglamentos- parece basarse en el criterio según el cual tal jurisdicción debe conocer de pretensiones deducidas frente a actos estatales normativos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables. Tales pretensiones, en sentido estricto, solo podrían deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso, si el fundamento de la pretensión es la violación de la Constitución, pues los actos administrativos normativos siempre tienen rango sub-legal (incluso, cuando la potestad reglamentaria esté reconocida en la Constitución). Por ejemplo, en República Dominicana, el Tribunal Constitucional conoce de pretensiones de nulidad en contra de reglamentos (Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, lus Novum, Santo Domingo, 2011, pp. 20 y ss.). En Honduras, por el contrario, la jurisdicción constitucional conoce de pretensiones de nulidad de actos estatales normativos no sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativo (López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 332).

¹³ La revisión de sentencias por parte de la jurisdicción constitucional admite diversas modalidades. Por ejemplo, la jurisdicción constitucional puede revisar -incluso, en consulta- sentencias definitivas dictadas por el Poder Judicial en procedimientos de amparo constitucional, como en Colombia sucede en materia de las acciones de tutela (Osuna Patiño, Néstor, et al., “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 207). Simular situación sucede en Perú, lo que ha llevado a concluir que el Poder Judicial está sometido jerárquicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional (Landa, César, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el lus Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 438). Otros modelos admiten la revisión de sentencias definitivas, en materias distintas a la acción de amparo y otros mecanismos de tutela directa de derechos humanos. Por ejemplo, en República Dominicana, se admite tal revisión bajo supuestos tasados, como, por ejemplo, la violación de precedentes. Cfr.: Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, cit., p. 147.

¹⁴ En Derecho Comparado, el máximo tribunal puede conocer causas en única instancia o en alzada, e incluso, por medio del recurso extraordinario de casación, por ejemplo, en materia civil. Esto implica que dentro del Poder Judicial las sentencias dictadas por el máximo tribunal no podrían ser apeladas, y son por ello, sentencias definitivas. Empero, en la medida en que la jurisdicción constitucional bajo la ampliación del control concentrado pueda conocer de pretensiones de revisión de sentencias, incluso en materia civil, entonces, la jurisdicción constitucional pasa a ser la última y máxima instancia, incluso, por sobre el máximo tribunal, pero siempre dentro del ámbito dentro del cual se admite el recurso de revisión. Si el modelo es de corte constitucional, entonces ésta ejercerá tal supremacía sobre todo el Poder Judicial, incluyendo el máximo tribunal. Pero incluso si el modelo se basa en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional a magistrados del máximo tribunal, éstos tendrán una posición de supremacía, incluso, frente a todo el tribunal. Tomemos el ejemplo de Honduras, país en el cual el control jurisdiccional se asigna a la Sala de lo Constitucional, incluso, para revisar sentencias firmes en materia penal y civil (más allá de las competencias de las Salas de lo penal y civil). Luego, la Sala de lo Constitucional ocupa una

2. La ampliación del objeto de la pretensión a los conflictos constitucionales

El objeto de las pretensiones deducidas ante la jurisdicción constitucional se ha ampliado más allá de actos estatales, a los conflictos constitucionales, esto es, las disputas entre órganos del Poder Público por lo que respecta a la interpretación de la Constitución¹⁵. El principio del pluralismo político inherente a la democracia constitucional aconseja que la interpretación constitucional sea plural, como corresponde a la noción de la Constitución como una norma abierta. Así, el pluralismo de la interpretación constitucional facilita el libre juego democrático en la elección del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Bajo estas consideraciones, las diferencias en cuanto a la interpretación constitucional entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y en organizaciones descentralizadas, entre los gobiernos nacionales y los gobiernos subnacionales, podrían resolverse a través de la configuración política de esos órganos por medio de elecciones.

Sin embargo, se ha atribuido a la jurisdicción constitucional la competencia de dirimir y resolver las disputas entre los órganos del Poder Público por lo que respecta a la interpretación de la Constitución, comúnmente, en lo que atañe al ejercicio de competencias previstas directamente en la Constitución. Esta ampliación permite constatar que aun cuando es posible -y deseable- que todos los órganos del Poder Público interpreten pluralmente la Constitución en el marco del principio de separación de poderes, la jurisdicción constitucional actúa como el último -que no único- intérprete, pues al decidir la

controversia constitucional, fija la interpretación única y vinculante.

Esto quiere decir que no es posible la existencia de una controversia constitucional en relación con la jurisdicción constitucional, pues esta no actúa en igualdad de condiciones respecto del resto de Poderes Públicos, lo que constituye una clara excepción al principio de separación de poderes¹⁶. Así, en realidad, si existe una discrepancia entre la interpretación constitucional adoptada por otros Poderes Públicos y la jurisdicción constitucional, prevalecerá la interpretación de esta. Incluso, observamos, respecto a los conflictos de interpretación derivados del Poder Judicial, lo que en parte ha sido una de las razones que llevaron a ampliar la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar -y anular- sentencias, como ya vimos.

3. La ampliación del objeto de la pretensión a la interpretación constitucional

La jurisdicción constitucional interpreta la Constitución a los fines de decidir las pretensiones deducidas ante ella, de lo cual derivan sentencias que gozan del atributo de la cosa juzgada, sea que estimen o desestimen la pretensión. Más allá de eso, una tendencia que puede apreciarse es el reconocimiento del “carácter vinculante” de la interpretación contenida en la parte motiva de la sentencia¹⁷. Esto implica que la jurisdicción constitucional crea fuentes de Derecho que, en cierto modo, se integran al bloque de la constitucionalidad, en el sentido que la Constitución debe ser interpretada en el modo indicado por la jurisdicción constitucional. Por ello, como explicamos,

posición de supremacía, incluso, por sobre las Salas de penal y civil, de lo cual resulta que, en los hechos, la Sala de lo Constitucional no está en el mismo nivel que el resto de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Véase en general a López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, cit.

¹⁵ Por ejemplo, el numeral 7 del artículo 436 de la Constitución de Ecuador atribuye a la Corte Constitucional la facultad de “dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución”. De acuerdo con la Corte Constitucional “se consideran conflictos entre órganos constitucionales todos aquellos que versen sobre competencias otorgadas directamente por la Constitución de la República. De allí que la finalidad principal del conflicto es el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia delimitada por la Carta Fundamental” (sentencia núm. 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011).

¹⁶ Aun cuando esta conclusión puede responder a modelos que atribuyen la jurisdicción constitucional al Poder Judicial o a un órgano especializado, en este último caso el diseño del tribunal o corte constitucional facilita su configuración como el órgano moderador de conflictos constitucional, un rol que no puede disputarle ningún otro órgano del Poder Público, como afirma Landa, César en “La jurisdicción constitucional en Perú”, cit., p. 441. En Guatemala se ha hecho mención al “choque de trenes” por conflictos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, en la cual ésta ha ordenado a la Corte Suprema a dictar nuevos fallos (Ordóñez, Aylín, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el *Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., p. 296).

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 15.II del Código Procesal Constitucional de Bolivia, dispone que “las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares”. El reconocimiento del carácter vinculante de los precedentes es una institución ajena a la tradición civilista de América Latina. Una excepción es Argentina, vista la configuración de la jurisdicción constitucional conforme al modelo de Estados Unidos. Véase a Sagüés, Pedro, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EE.UU. y Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 4, Número 1, julio, 2006, pp. 17 y ss.

aun cuando la democracia constitucional promueve el pluralismo en la interpretación constitucional, la jurisdicción constitucional actúa como el último -que no único- intérprete de la Constitución¹⁸.

Esto ha llevado a que algunos sistemas asignen a la jurisdicción constitucional la competencia para interpretar la Constitución, más allá de la pretensión dirigida a declarar la inconstitucionalidad de actos -o en su caso, como veremos, omisiones- del Estado. Se trata, así, de una especie de “pretensión declarativa” sobre cuál es la interpretación de determinada norma del “bloque de constitucional”, comúnmente, cuando esta presenta lagunas. Esta interpretación abstracta de la Constitución define, de manera previa, la única interpretación admisible de la Constitución, limitando por ello el pluralismo en la interpretación constitucional¹⁹.

4. La ampliación del objeto de la pretensión a las omisiones legislativas

El rasgo más distintivo de la expansión de la jurisdicción constitucional es la inclusión de la inactividad estatal en el objeto de las pretensiones que pueden ser decididas, en especial, por medio de pretensiones de condena. Esta inactividad es denominada “omisiones legislativas”, aun cuando, en realidad, abarca toda abstención imputable al Poder Legislativo y, eventualmente, al Poder Ejecutivo, por lo que respecta a la (in)ejecución directa e inmediata de la constitución. Usualmente se diferencia entre omisiones relativas -cuando existe el acto estatal dictado en función a mandatos constitucionales, aun cuando este es

incompleto- y las absolutas -cuando no hay acto alguno²⁰. Las omisiones relativas pueden ser objeto de pretensiones de nulidad o en su caso, pretensiones de condena, mientras que las omisiones absolutas solo podrían ser objeto de pretensiones de condena. La pretensión de nulidad frente a omisiones relativas procede cuando el acto estatal cuya nulidad se pretende contiene un desarrollo incompleto de la Constitución, todo lo cual plantea un problema práctico, en tanto esa omisión parcial no puede ser subsanada con la sentencia de nulidad, que es comúnmente una sentencia constitutiva limitada solo a extinguir jurídicamente el acto. Esto ha llevado a discutir si la jurisdicción constitucional puede dictar sentencias aditivas, cuyo efecto indirecto es adicionar el contenido del acto anulado para garantizar su aplicación constitucional inmediata, situación común en caso de nulidades basadas en discriminación²¹.

Pero también se ha considerado si la jurisdicción constitucional podría dictar sentencias sustitutivas que modifiquen el ordenamiento jurídico creando actos, incluso, normativos. Así, en relación con las pretensiones de condena que pueden deducirse frente a las omisiones absolutas, pueden apreciarse dos supuestos. Por un lado, la sentencia de condena puede declarar la omisión, exhortando a dictar el acto debido e, incluso, indicando los lineamientos bajo los cuales este debe ser dictado, pero sin que en todo caso la jurisdicción pueda sustituirse para dictar el acto omitido²². Por el otro lado, se ha admitido que, en caso de incumplimiento, la jurisdicción constitucional podría sustituirse y dictar, así, el acto estatal debido. Es

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 22, 1988, pp. 8 y ss.

¹⁹ Como sucede en Venezuela. Véase Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 575 y ss.

²⁰ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconventionales*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 93 y ss.

²¹ Como regla, la sentencia que declara la nulidad genera efectos hacia el futuro, con lo cual se trata de una sentencia constitutiva (aun cuando excepcionalmente puede generar efectos retroactivos, caso en el cual sería una sentencia declarativa). Pero en todo caso, la sentencia de nulidad extingue jurídicamente el acto estatal anulado, pero no modifica directamente el ordenamiento jurídico, siendo que las omisiones requieren, precisamente, modificar tal ordenamiento para suplir la inactividad. Sin embargo, los efectos de la sentencia de nulidad que sea auto-aplicativa (esto es, que no requiera de actuaciones posteriores de creación de actos estatales) puede ampliar el ordenamiento jurídico. Véase en general a Díaz Revorio, Francisco, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad, análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 170 y ss. En América Latina, se ha señalado que las sentencias aditivas son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de normas por haber omitido el desarrollo normativo de determinada materia, de lo cual resulta que la anulación no se orienta a extinguir efectos normativos sino a crear -o adicionar- tales efectos normativos. Véase a Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 593. Por ejemplo, la sentencia que anula la norma que prevé ciertos derechos solo para el grupo “A”, por discriminación en contra del grupo “B”, tiene efectos aditivos en la medida que la nulidad derive en la aplicación de norma, por igual, a los grupos “A” y “B”. Por ejemplo, el Derecho Constitucional de República Dominicana reconoce que la sentencia de nulidad puede derivar en sentencias aditivas (Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, cit., pp. 125 y ss.).

²² Este supuesto, en realidad, va más allá de las omisiones, pues en general, las sentencias de la jurisdicción constitucional pueden contener exhortos al legislador, como resultado del carácter vinculante de sus interpretaciones, e incluso, modificaciones indirectas al ordenamiento jurídico. Este efecto -que vas más allá del rol de “legislador negativo”- es resultado de la necesidad de evitar lagunas en el ordenamiento jurídico y promover su interpretación conforme a la Constitución, en lo que suele referirse como “sentencias interpretativas”, que en ciertos casos pueden manipular el ordenamiento jurídico, en las llamadas “sentencias manipulativas”. Vid.: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconventionales*, cit., pp. 182 y ss.

en este último caso en el cual se ha venido hablando, en especial, de la jurisdicción constitucional como legislador positivo²³.

5. La ampliación de la jurisdicción constitucional a funciones de control no atadas a pretensiones

La jurisdicción constitucional también asume funciones de control que no parten de la formulación de pretensiones procesales. Así, a nivel comparado, puede apreciarse cómo la jurisdicción constitucional puede controlar previamente proyectos de Ley aprobados por el Poder Legislativo, comúnmente, a requerimiento del Ejecutivo. Otro ejemplo es el control que realiza sobre decretos de estado de excepción, igualmente, a requerimiento del Poder Ejecutivo. Se trata de funciones no jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, en tanto no dependen de la formulación de pretensiones procesales²⁴.

6. La ampliación de la jurisdicción constitucional y el sistema mixto

La ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional, que en sus trazos generales ha sido sistematizada a partir del estudio comparado, ha operado en el así llamado control concentrado, esto es, la jurisdicción constitucional ejercida por un órgano para declarar la contradicción o violación al bloque de la constitucionalidad. La jurisdicción constitucional bajo esta modalidad concentrada puede ser ejercida por el Poder Judicial -el máximo tribunal- o por un órgano especial -el tribunal constitucional-. Desde el punto de vista del Derecho Procesal, en todo caso, el rasgo distintivo es el contenido y alcance de la jurisdicción constitucional concentrada, y no tanto el órgano que ejerce esa jurisdicción.

En tal sentido, en América Latina puede apreciarse la ampliación progresiva del control concentrado de la jurisdicción constitucional, pues de un control limitado a conocer de pretensiones de nulidad en contra de Leyes dictadas por el Poder Legislativo, se ha pasado

a un modelo en el cual el control concentrado se extiende a otros actos estatales, incluyendo actos de reforma constitucional, actos administrativos y revisión de sentencias; conflictos constitucionales; omisiones legislativas; interpretaciones constitucionales e, incluso, controles no jurisdiccionales.

La ampliación no ha sido uniforme. Así, mientras países como Chile mantienen un modelo más próximo al control concentrado en sentido tradicional del “legislador negativo”, otros países como Venezuela han ampliado notablemente el ámbito de la jurisdicción en lo que se ha denominado “legislador positivo”²⁵.

A ello se le agrega la existencia de ordenamientos jurídicos en América Latina que, junto con el control concentrado, también reconocen el control difuso, en el así llamado modelo mixto. Este modelo mixto puede basarse en la ampliación del control concentrado, de lo cual resulta un ámbito ciertamente extenso de la jurisdicción constitucional. De ello resulta que la expresión más notable de la expansión de la jurisdicción constitucional es aquella en la cual se reconoce el control difuso junto con el control concentrado ampliado²⁶.

7. A modo de recapitulación: la escala de la jurisdicción constitucional y la tentación autoritaria

El apretado resumen de esta sección permite formular la siguiente escala del ámbito de la jurisdicción constitucional, según la amplitud que esta pueda tener, de menor a mayor:

- El modelo en el cual la jurisdicción constitucional tiene un alcance más limitado, es aquel en el cual solo se reconoce el control difuso, como sería el caso de Argentina. La limitación de este control está determinada por varios factores, a saber, (i) la cuestión de constitucionalidad solo puede plantearse incidentalmente; (ii) la jurisdicción no tiene el poder de anular actos, sino de desaplicar actos estatales que, en función al caso concreto, colidan con la

²³ El Derecho Constitucional de Venezuela ha reconocido que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar omisiones legislativas absolutas, puede sustituirse en la omisión, por ejemplo, para designar funcionarios que el Poder Legislativo debe designar. En casos como éste se emplea la expresión “legislador positivo”. Véase: Urosa, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 71 y ss. Desde el punto de vista comparado, véase a Brewer-Carías, Allan (editor), *Constitutional courts as positive legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

²⁴ Una materia en la cual esta función de control se ha desarrollado es respecto de la declaratoria de estados de excepción. Por ejemplo, en Ecuador, el artículo 436.8 atribuye a la Corte Constitucional la competencia para “efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”.

²⁵ Véase: Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, 1996; Fix-Zamudio, Héctor, “Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante. Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, pp. 201 y ss., y García Belaunde, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, 2004.

²⁶ García Belaunde, Diego, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en *Advocatus* núm. 1, 1988, pp. 65 y ss.

Constitución; (iii) los efectos de la decisión son solo entre las partes, y (iv) el ejercicio de la jurisdicción está dividido en todos los órganos del Poder Judicial²⁷.

- El siguiente modelo es aquel en el cual solo se reconoce el control concentrado, pero asumido en términos más cercanos a la propuesta de Kelsen. La expresión “legislador negativo” que hemos empleado ciertamente gráfica, pero no es del todo exacta, pues incluso en modelos en los cuales el control concentrado se limita al poder de anular actos estatales, la jurisdicción constitucional puede ir “más allá”, por ejemplo, al dictar sentencias anulatorias auto-aplicativas con efectos aditivos; al emitir precedentes vinculantes o al revivir normas derogadas. Como ejemplo de modelos que solo reconocen la jurisdicción constitucional en un sentido tradicional, podemos citar como ejemplo a Chile²⁸.
- El modelo mixto, que combina el control concentrado en sentido tradicional con el control concentrado circunscrito a la pretensión de nulidad de Leyes, sería el siguiente modelo en cuanto a la extensión del ámbito de control. El ejemplo de Chile -antes de la reforma de 2005- podría ilustrar este modelo, en tanto el control difuso coexistía con el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, con rasgos más próximos al modelo tradicional circunscrito a la pretensión de nulidad²⁹.
- A continuación, encontramos los modelos de control concentrado en los cuales el ámbito de la jurisdicción, en especial, en cuanto a las pretensiones que pueden ser deducidas frente a ella, va más allá de la declaratoria de nulidad de actos estatales. Este control ampliado ha sido en ocasiones equiparado a la jurisdicción constitucional actuando como “legislador positivo”, que es igualmente una expresión gráfica que, sin embargo, puede no ser rigurosa, pues como vimos, incluso en el modelo tradicional de control concentrado limitado a la pretensión de nulidad, la jurisdicción puede ir más allá de la simple supresión jurídica del acto estatal anulado. El ejemplo más

notable en la región, sin duda, es Venezuela, pues luego de la Constitución de 1999 la jurisdicción constitucional ha ampliado considerablemente su ámbito³⁰.

- La ampliación del control concentrado debe caracterizarse en función a la posibilidad de deducir pretensiones que van más allá de la nulidad de actos estatales. De acuerdo con lo explicado, esta ampliación responde a grados, que pueden ir de casos en los cuales el catálogo de pretensiones se amplía a alguno de los supuestos antes explicados, o casos en los cuales el catálogo de pretensiones se ha ampliado a todos los supuestos antes mencionados. Por ejemplo, en República Dominicana puede observarse la ampliación a algunas de esas pretensiones (en especial, en caso de omisiones legislativas parciales y revisión de sentencias), mientras que en Venezuela puede observarse la ampliación a todas las pretensiones mencionadas, como reflejo de las transformaciones del Derecho Constitucional en la región³¹.
- Finalmente, el modelo de jurisdicción constitucional más amplio es aquel que combina el control difuso con el control concentrado ampliado, como sucede precisamente con el ejemplo de Venezuela.

Esta escala es meramente ilustrativa y lo cierto es que, al examinar modelos en particular, podrán apreciarse rasgos más bien heterogéneos. Además, hay otros factores que pueden ampliar o reducir el ámbito de la jurisdicción constitucional, como en concreto sucede con la regulación de los procesos constitucionales y la legitimación activa, que, en el caso de la llamada acción popular, amplía -en la práctica- el alcance de la jurisdicción. El propósito de esta escala es más bien ilustrar cómo la jurisdicción constitucional, en América Latina -y más allá, incluso- ha ido extendiendo progresivamente su alcance.

La expansión del ámbito material de la jurisdicción constitucional, especialmente, en lo que respecta al control concentrado, no es una condición

²⁷ Bazán, Víctor, “La jurisdicción constitucional en Argentina”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 35 y ss.

²⁸ Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, cit., pp. 153 y ss.

²⁹ Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, cit., p. 177.

³⁰ Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, cit.

³¹ En términos generales, esta ampliación es un rasgo que puede apreciarse en las Constituciones más recientes. Ello refleja la transformación del Derecho Constitucional en la región, que, de un modelo similar a la Constitución de Estados Unidos, avanzó hacia un modelo constitucional con mayores cometidos estatales, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Véase a Elkins, Zachary, et al., *The endurance of national constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 26 y ss., y Gargarella, Rafael, *Latin American*

intrínsecamente adversa al Estado de Derecho. Empero, tampoco esa expansión implica, necesariamente, una mayor calidad del Estado de Derecho. Así, la visión según la cual la jurisdicción constitucional es el guardián jurídico de la Constitución, podría llevar a juzgar, como favorable, la ampliación del ámbito de la jurisdicción: a mayor amplitud, mayor sería la calidad del control de la Constitución. Sin embargo, esta visión no toma en cuenta que la jurisdicción constitucional es una excepción al principio de separación de poderes que, como tal, puede degenerar en rasgos autoritarios, o sea, en resultados adversos al Estado de Derecho.

En efecto, más allá del tipo de modelo, lo cierto es que la jurisdicción constitucional se caracteriza por la atribución de la potestad de fijar interpretaciones definitivas a la Constitución. No cabe afirmar, en ningún modelo de jurisdicción constitucional, que esta es la única interprete de la Constitución. En realidad, todas las personas y todos los Poderes Públicos interpretan la Constitución, siendo que el principio de pluralismo político favorece la diversidad de interpretaciones de la Constitución, lo que propende a su apertura. Empero, la jurisdicción constitucional tiene el poder único de fijar interpretaciones definitivas de la Constitución. Así, si en un juicio las partes tienen interpretaciones disímiles de la Constitución, prevalecerá la interpretación del juez en ejercicio del control difuso. Si el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo discrepan en la interpretación de la Constitución, prevalecerá la interpretación de la jurisdicción constitucional, por ejemplo, mediante la resolución de conflictos de competencia. Si existe discrepancia entre el Poder Legislativo y los ciudadanos, o incluso, entre fracciones políticas del Poder Legislativo, sobre cómo debe interpretarse la Constitución, prevalecerá la interpretación de la jurisdicción constitucional en ejercicio del control concentrado -tradicional o ampliado. Por ello, Cappelletti calificó como “formidable” el poder de la jurisdicción constitucional³².

El “formidable” poder de esta jurisdicción permite comprobar que la tentación autoritaria tiene dos aristas. Por un lado, encontramos la tentación del Poder Ejecutivo y Legislativo de tomar control sobre la jurisdicción constitucional, para inhibir su actuación o en su caso, para utilizarla a los fines de imponer medidas autoritarias. La segunda arista es, precisamente, el ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional en una transición gradual hacia el autoritarismo. La ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional fortalece este formidable poder, extendiendo incentivos para tomar control político o para el ejercicio autoritario de la jurisdicción.

Para el caso de América Latina, debe observarse cómo la evolución del Derecho Constitucional transformador se ha traducido en la expansión normativa de la Constitución, que suele abarcar cada vez mayores materias, especialmente, en lo que respecta a las cláusulas económicas de la Constitución y el reconocimiento de derechos económicos, culturales, sociales y ambientales³³. Esta expansión de la Constitución se ha traducido en la progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico, incluso, en relación con el Derecho Privado. Esta expansión sustantiva de la Constitución promueve la expansión material del ámbito de la jurisdicción constitucional.

Pero lo anterior no quiere decir que la opción contraria basada en el diseño institucional que limita al máximo el ámbito de la jurisdicción constitucional sea necesariamente favorable al Estado de Derecho. Una jurisdicción constitucional en exceso limitada puede verse impedida de cumplir su rol de garante de la Constitución, todo lo cual podrá crear incentivos para el ejercicio autoritario del poder.

Como se observa, más allá de tratar de llegar a resultados cerrados en cuanto a juzgar como favorable o desfavorable la ampliación material de la jurisdicción constitucional descrita en esta sección, el interés se centra en el estudio de los riesgos que tal expansión tiene para el Estado de Derecho, medido en términos de los incentivos que derivan de tal expansión para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional³⁴.

Esto permite visualizar cuatro grandes supuestos:

Tabla 1
Modelo de jurisdicción constitucional

Fortaleza	Justicia constitucional al servicio del autoritarismo: constitucionalismo autoritario	Justicia constitucional balanceada: democracia constitucional
	Justicia constitucional débil	Justicia constitucional inefectiva
	Variable constitucional	

Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

³² Cappelletti, Mauro, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en Revista de Estudios Políticos núm. 13, 1980, pp. 61 y ss.

³³ De las diez Constituciones con más derechos, cinco corresponden a países de América Latina, encabezando la lista Ecuador y Bolivia. Véase: <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>

³⁴ En Derecho Comparado se ha debatido en torno a las ventajas y desventajas de modelos fuertes o débiles de jurisdicción constitucional, en función a su ámbito material. Cfr.: Mark Tushnet, Weak Courts, Strong Rights, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 18 y ss.

La fortaleza de la jurisdicción constitucional mide su ámbito material, mientras que la variable constitucional determina la capacidad de la jurisdicción constitucional de garantizar el efectivo funcionamiento de la democracia constitucional, proscribiendo manifestaciones autoritarias, incluso, de gobiernos electos, mediante la llamada “tiranía de la mayoría”. Como se observa, el modelo óptimo es aquel en el cual hay un balance entre el ámbito de la jurisdicción constitucional y de la democracia constitucional. Ese balance puede romperse en tres supuestos: (i) modelos de jurisdicción constitucional débiles, que creen incentivos para el ejercicio autoritario del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo; (ii) modelos de jurisdicción constitucional ineficaces, pues a pesar del marco institucional, no tienen capacidad para prevenir el ejercicio autoritario del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, y (iii) modelos de jurisdicción constitucional al servicio del autoritarismo, cuando la ampliación de su ámbito material no está acompañado de adecuados mecanismos de balance y moderación de tal poder.

Este último caso puede ser resultado de la captura de la jurisdicción constitucional por la mayoría política que el Gobierno de turno puede tener, en determinado momento, en el Poder Legislativo. Así, para reducir el alcance del control sobre el bloque de constitucionalidad, e incluso, para avalar medidas autoritarias por medio de la jurisdicción constitucional, el órgano a cargo de su ejercicio -sea que se trate del máximo tribunal o de una corte constitucional- puede ser “reorganizado” para reducir su autonomía. Mientras mayor sea el poder de la jurisdicción constitucional, mayores serán los incentivos para su captura política, en tanto ello puede proteger a Gobiernos autoritarios frente a posibles derrotas electorales o eventuales pérdidas de control político sobre el Poder Legislativo. Por ello, como explicamos, el primer esfuerzo debe dirigirse a proteger la independencia de la jurisdicción constitucional frente al resto de Poderes Públicos.

En resumen, la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional en América Latina genera riesgos de desviaciones autoritarias, en tanto la jurisdicción constitucional trastoca el principio de separación de poderes. Así, sea que se trate de modelos de organización dentro del Poder Judicial o en cortes o tribunales constitucionales, la jurisdicción constitucional se erige como el último -que no único- intérprete de la Constitución, a la cual se subordinan, directa o indirectamente, el resto de los Poderes Públicos. Esta concentración de funciones puede generar incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional

o para su captura por el Poder Ejecutivo, que serán mayores mientras mayor sea el ámbito de tal jurisdicción, como explicamos a seguidas.

II. La ampliación de la Jurisdicción Constitucional y el Derecho Constitucional autoritario-populista

Las instituciones del Derecho Constitucional no operan en el vacío, sino que ellas son influenciadas por el entorno político, social, económico y cultural, que a su vez incide sobre tales instituciones. Esto explica por qué instituciones similares pueden dar resultados distintivos. Como vimos, América Latina al inicio de su independencia asumió un modelo constitucional similar al de Estados Unidos, a pesar de lo cual el desempeño de los nacientes Estados en la región fue distinto al desempeño de Estados Unidos.

Por ello, en América Latina se ha señalado que las instituciones son frágiles³⁵, en el sentido que las reglas jurídicas -comenzando por la Constitución- suelen ser deficientemente aplicadas, todo lo cual da lugar a brechas entre el ámbito de iure dominado por el ordenamiento jurídico, y el ámbito de facto, caracterizado por la implementación práctica del ordenamiento jurídico y las reglas informales que pueden surgir en sustitución de las reglas formales que no se cumplen.

La fragilidad institucional en América Latina es un llamado de atención, pues los riesgos de indebidos diseños institucionales pueden derivar en desviaciones contrarias a los principios de la democracia constitucional. Esta advertencia fue formulada por Madison, al recordar que debido al sesgo autoritario, abusivo u oportunista de la conducta humana -resumido en la frase “los hombres no son ángeles”- era preciso crear instituciones que frenen ese sesgo autoritario. Fallas en el diseño institucional, por ende, pueden crear incentivos para conductas autoritarias, abusivas u oportunistas. Ello explica las reservas que, bajo la tradicional concepción del Derecho Constitucional centrado en la defensa de la libertad -de acuerdo con los postulados de Locke- generan las instituciones que concentran poderes. La concentración de poderes es una falla de diseño institucional que eleva los riesgos de la tentación autoritaria, como por ejemplo ha sido apreciado en América Latina ante el abuso de los estados de excepción, incluso, en el marco de la pandemia de la COVID-19³⁶.

Precisamente, la ampliación de la jurisdicción constitucional, explicada en la sección anterior, es una falla de diseño institucional pues concentra poderes

³⁵ Brinks, Daniel *et al.*, *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11 y ss. Recientemente se ha publicado una traducción al español (*La Ley y la trampa en América Latina*, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2021).

³⁶ Seguimos lo señalado en Hernández G, José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público*, No 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

en la jurisdicción constitucional, con el formidable poder de modificar -directa o indirectamente- todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el ordenamiento constitucional. Tal ampliación crea incentivos para el indebido uso de la jurisdicción constitucional por regímenes autoritarios que actúan al socaire de formas constitucionales. Esta es la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que será mayor mientras más amplio sea el control a cargo de tal jurisdicción.

1. Introducción al Derecho Constitucional autoritario y al Derecho Constitucional autoritario -populista

Siguiendo el concepto de Juan Linz, puede definirse al autoritarismo como el régimen político con limitado pluralismo y sin mecanismos efectivos de exigir y hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios. Los regímenes autoritarios no tienen una ideología elaborada, ni instituciones específicas. Por ello, las notas distintivas de los regímenes autoritarios dependen del ejercicio del poder público, que se efectúa al margen del pluralismo político y sin límites efectivos³⁷.

Este concepto, que en realidad se contrapone al de democracia constitucional, admite diversas gradaciones. Por ello, la doctrina (entre otros, Levitsky) ha observado que pueden existir formas de gobierno híbrido, que combinan elementos de la democracia constitucional con elementos autoritarios. Se trata de los regímenes híbridos, en ocasiones denominados autoritarismos competitivos, en tanto se apoyan en elecciones formales que aun cuando reconocen cierto espacio al pluralismo político, no suponen riesgos ciertos a la permanencia en el poder del gobierno autoritario. Estos regímenes mixtos suelen ser el resultado de transiciones en dos sentidos que conviene diferenciar: transiciones desde el autoritarismo a la democracia constitucional, o transiciones desde la democracia constitucional al autoritarismo³⁸. En este último caso se habla de regresiones democráticas -un concepto similar a la "ruptura del orden democrático" reconocida en la Carta Democrática Interamericana-

Ahora bien, estos regímenes mixtos, así como se apoyan de las formas electorales para consolidar su poder, pueden también apoyarse de las formas

constitucionales. Durante buena parte del siglo XX imperó la idea de que los regímenes autoritarios surgían de movimientos abruptos -y violentos- en contra de gobiernos electos. Pero hacia finales del siglo XX, y, sobre todo, en el presente siglo, ha quedado en evidencia que la democracia constitucional también está en riesgo frente a los gobiernos democráticos, que pueden asumir medidas autoritarias. Como señalan Levitsky y Ziblatt, las democracias "pueden morir" a mano de los ganadores, o sea, de los gobiernos democráticamente electos³⁹.

Es por ello que el autoritarismo debe asociarse al ejercicio del poder y no a la forma de gobierno. Tal enfoque permite estudiar mejor a los gobiernos democráticos que, dentro de las formas constitucionales, adoptan medidas autoritarias. Tushnet empleó la expresión "Derecho Constitucional autoritario" para describir esta realidad⁴⁰.

Así, el Derecho Constitucional se ha caracterizado por incluir componentes formales en función a los procedimientos a través de los cuales se ejerce el poder público y las formas de los actos dictados en ejercicio de tal poder. Las formas en la democracia constitucional cumplen un fin instrumental en la defensa de la libertad, pero en los regímenes híbridos, las formas pueden encubrir violaciones a la libertad. Tal es la nota distintiva del Derecho Constitucional autoritario, el cual puede ser definido como el conjunto de formas constitucionales a través de los cuales gobiernos democráticos -o con apariencia democrática- ejercen el poder público de manera autoritaria. Así, las medidas autoritarias son resultado de leyes, decretos y, de manera especial, sentencias de la jurisdicción constitucional.

Esto último ha llevado a prestar atención al rol del Poder Judicial y, en especial, de la jurisdicción constitucional, en el avance del Derecho Constitucional autoritario. Puede emplearse la expresión "autoritarismo judicial" para describir el rol de las cortes, pero, en especial, de la jurisdicción constitucional, en la adopción de formas constitucionales con contenido autoritario. La jurisdicción constitucional, lejos de actuar como el guardián de la Constitución, puede actuar para avalar y avanzar en la violación de la Constitución, pero a través de las formas propias de los procesos y procedimientos constitucionales⁴¹.

³⁷ Linz, Juan, *Totalitarian and authoritarian regimes. With a major new introduction*, Lynne, Rienner Publishers, Boulder 2000, pp. 49 y ss.

³⁸ Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Competitive authoritarianism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 5 y ss.

³⁹ Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nueva York, 2018, pp. 8 y 91. Véase también Diamond, Larry, *Ill Winds*, Penguin Press, Nueva York, 2019, p. 55 y ss., y Rouquié, Alain *A la sombra de las dictaduras*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, pp. 191 y ss.

⁴⁰ Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", y Tushnet, Mark "Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues", en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

⁴¹ Urosa Maggi, Daniela, *El rol de la justicia constitucional en democracias constitucionales bajo regímenes autoritarios*, 2018. Véase en especial a Ginsburg, Tom, y Tamir, Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 1 y ss.

Más recientemente, Norris e Inglehart han propuesto estudiar una modalidad especial de autoritarismo: el autoritarismo populista. El sentido de la expresión “populista” ha sido altamente debatida, con diversas -y en ocasiones, contradictorias- definiciones. En América Latina ha imperado una visión peyorativa, que asocia al populismo con una degeneración democrática. Siguiendo a los autores mencionados, sin embargo, preferimos emplear una noción neutra -y más exacta- de populismo, como la retórica basada en la exaltación de la voluntad popular, en especial, frente a las élites o grupos dentro de la sociedad. La retórica populista enfatiza el principio de soberanía popular, lo que puede realizarse con dos propósitos muy distintos: promover la inclusión y el pluralismo (en sociedades desiguales, en las cuales solo un reducido grupo ejerce derechos políticos), o promover la exclusión y la concentración de poder. En este último caso se emplea la expresión “autoritarismo populista”⁴².

Así, la nota distintiva del autoritarismo populista es que la retórica populista es empleada para justificar medidas autoritarias, comúnmente, ante la necesidad de proteger al pueblo de “amenazas” de ciertos grupos, como la oposición democrática, el sector económico privado e, incluso, la migración.

Esta retórica puede reflejarse en actos del poder público dictados bajo las formas constitucionales, incluso, por parte de la jurisdicción constitucional. Tomando en cuenta todo lo anterior, hemos propuesto hablar del “Derecho Constitucional autoritario-populista” para describir los regímenes autoritarios basados en la retórica populista empleada como justificación de actos dictados bajo formas constitucionales como leyes, decretos y sentencias, en especial, de la jurisdicción constitucional⁴³.

2. La ampliación de la jurisdicción constitucional y el Derecho Constitucional autoritario-populista

La justificación clásica del principio de separación de poderes se basa en el reconocimiento del sesgo autoritario del ser humano. Cuando el principio de igualdad entre todas las personas se rompe mediante el acceso al ejercicio de Gobierno, el sesgo autoritario representa un claro riesgo de ejercicio abusivo del poder público. Con lo cual, el principio de separación de poderes y, en general, los principios de la democracia constitucional, previenen que grupos de la sociedad puedan imponer su dominación sobre otros -de lo que resulta que el Estado asume el monopolio legítimo de la violencia-. También, el principio de separación de poderes crea obstáculos para impedir que quienes han accedido al poder, puedan abusar de este. La democracia constitucional, por ende, debe prevenir toda conducta autoritaria, incluso, aquella basada en una concepción cuantitativa de la democracia electoral, en las así llamadas “tiranías de la mayoría”⁴⁴. La jurisdicción constitucional, precisamente, fue concebida como contrapeso a la mayoría política del Poder Legislativo, y, por ende, como un mecanismo de protección de las minorías frente a las mayorías⁴⁵.

Ahora bien, partiendo del paradigma del sesgo autoritario, puede deducirse que el diseño institucional del principio de separación de poderes puede contener fallas que generen incentivos para el ejercicio autoritario del poder. Esas fallas se asocian a la fragilidad de la separación de poderes y el principio de pesos y contrapesos, en especial, cuando se concentran funciones en un solo órgano. Sin controles efectivos, los funcionarios tendrán incentivos para abusar del poder mediante medidas autoritarias. La principal lección de lo anterior es que el Derecho Constitucional debe prestar atención a fallas en el diseño institucional o en la implementación del principio de separación de poderes, que puedan degenerar en el ejercicio autoritario del poder bajo formas constitucionales, o sea, en el Derecho Constitucional autoritario.

⁴² Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 3 y ss., y 65 y ss. Sobre el impacto del populismo en el Derecho Constitucional, recientemente, puede verse a Brewer-Carías, Allan (editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

⁴³ Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, 2018, en <http://www.icconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience>

⁴⁴ Por ello, la democracia constitucional, como se reconoce en la Carta Democrática Interamericana, no se limita solo a los orígenes democráticos de gobiernos electos, sino también, al ejercicio democrático del poder. Ello parte de una concepción pluridimensional de la democracia. Véase a Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 25 y ss., y p. 80.

⁴⁵ Como referencia general, podemos citar a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 197 y ss. Véase también a Casal, Jesús María, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 105 y ss. Por ello, el carácter normativo de la Constitución y su supremacía, son garantías fundamentales de la democracia constitucional, Vid.: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 39 y ss.

La jurisdicción constitucional, al concentrar poderes y debilitar el principio de separación de poderes, genera riesgos autoritarios. Esta ha sido una de las principales objeciones al control jurídico de la Constitución, en contraposición al control político. La causa de este riesgo es el “poder formidable” que tiene la jurisdicción constitucional en su rol de intérprete último -que no único- de la Constitución, en tanto ello determina la supremacía de la jurisdicción constitucional sobre el resto de los Poderes Públicos. Tal riesgo será mayor mientras mayor sea el ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional. Por lo anterior, la ampliación de las pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción constitucional y la consecuente ampliación de sus facultades, elevan los riesgos de que tal jurisdicción sea empleada para adoptar medidas autoritarias: mientras mayor es la judicialización de la política, mayor es el riesgo de politización de la justicia⁴⁶.

Aquí es preciso distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la cual la jurisdicción constitucional, debido a la amplitud de sus funciones, interfiere negativamente en el funcionamiento de la democracia constitucional, en especial, mermando el principio de pluralismo político. Este supuesto puede calificarse como “activismo judicial”, en la medida en que la jurisdicción constitucional se excede en el ejercicio de sus atribuciones sustituyéndose indebidamente en el Poder Legislativo y Ejecutivo. En parte, este es el riesgo al cual alude la frase “judicialización de la política”.

La segunda situación, que es la que constituye el objeto principal de interés, es el uso de la jurisdicción constitucional por regímenes híbridos, o sea, autoritarismos competitivos que “reorganizan” al órgano a cargo de la jurisdicción constitucional mermando su independencia. Tal proceder convierte a la jurisdicción constitucional en instrumento del autoritarismo, reduciendo -y eventualmente, impidiendo- espacios de pluralismo político. Este efecto, observamos, puede alcanzarse no solo cuando la jurisdicción constitucional se abstiene de ejercer sus funciones de control para permitir o tolerar el ejercicio autoritario del poder, sino, además, cuando tal jurisdicción ejerce sus funciones para adoptar medidas autoritarias contrarias al pluralismo. A ello responde la frase “politización de la justicia”.

De esa manera, la “tentación autoritaria” de la jurisdicción constitucional describe los incentivos para el control político de tal jurisdicción y la adopción de

medidas autoritarias. Mientras mayor sea el ámbito de poderes de la jurisdicción constitucional, mayor concentración de poderes existirá y, por ende, mayores serán los incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional.

Bajo esta perspectiva, la expansión del ámbito de la jurisdicción constitucional explicada en la sección anterior no es necesariamente sinónimo de mayor calidad en la garantía de la Constitución. Por el contrario, esta ampliación en el control concentrado evidencia la acumulación de poderes en la jurisdicción constitucional y la reconfiguración del principio de separación de poderes, todo lo cual crea incentivos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional. Por ello, como se explicó, uno de los rasgos distintivos del autoritarismo judicial es, precisamente, el rol de la jurisdicción constitucional en la adopción de medidas autoritarias que, sin embargo, cumplen las formalidades del Derecho Constitucional.

La ampliación de funciones de la jurisdicción constitucional de control concentrado, y en términos descriptivos, el tránsito de la jurisdicción constitucional como legislador negativo a la jurisdicción constitucional como legislador positivo, implica una transformación importante del principio de separación de poderes. Con independencia de la naturaleza del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional -el máximo tribunal en el Poder Judicial o el tribunal constitucional- lo cierto es que esta ampliación ha convertido al órgano a cargo del control concentrado en el primero de todos los poderes públicos, al cual todos los demás poderes se someten. Esta ampliación, incluso, puede no responder a reformas constitucionales sino a la interpretación de la Constitución por medio de la cual la jurisdicción constitucional se “auto-atribuye” competencias. El principio kompetenz-kompetenz determina que la jurisdicción constitucional puede valorar el alcance de sus competencias, con la particularidad de que ello podrá hacerlo en su rol de último intérprete de la Constitución.

Los riesgos autoritarios derivados de la ampliación del control concentrado son incluso mayores en los regímenes autoritario-populistas, en la medida en que la retórica populista sea empleada como criterio de interpretación constitucional. Bajo esta retórica, la Constitución no es el pacto de libertad al cual se refirió Locke, sino es el pacto llamado a la protección del “pueblo” frente a las élites que, indebidamente, usurpan la soberanía popular. A nivel comparado,

⁴⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 559 y ss.

uno de los mejores ejemplos de interpretaciones constitucionales autoritario-populistas es Venezuela, pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adoptó la interpretación de la Constitución basada en el menoscabo de las libertades individuales como mecanismo de supuesta protección del pueblo, tal y como ha resumido Allan R. Brewer-Carías⁴⁷.

De esa manera, la ampliación del ámbito material del control concentrado de la Constitución eleva los riesgos de que la jurisdicción constitucional sea ejercida para imponer medidas autoritarias, más allá de su apariencia constitucional. Esto genera incentivos para lograr el control político del órgano a cargo del ejercicio de esa jurisdicción, o en su caso, de la mayoría de los magistrados necesarios para adoptar decisiones. Si la intervención política del Poder Judicial es un riesgo a la separación de poderes -citando a Hamilton- la intervención política de la jurisdicción constitucional es un riesgo todavía mayor, que será más importante mientras mayor amplitud tenga tal jurisdicción. Con lo cual, mientras más amplio sea el ámbito material de la jurisdicción constitucional, mayores serán los incentivos para el ejercicio autoritario de tal jurisdicción y su control político.

Es por ello que la tentación autoritaria de los otros Poderes Públicos de controlar políticamente a la jurisdicción constitucional, existe en modelos de control concentrado tradicional, pues incluso bajo este reducido ámbito, tal control resulta en poderes formidables. De allí que el primer riesgo que debe atenderse no es en cuanto al ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional -la judicialización de la política- sino en cuanto a los intentos del Poder Legislativo y Ejecutivo de tomar control de la jurisdicción constitucional -politización de la justicia-.

3. Algunas reformas institucionales que pueden reducir los riesgos de la ampliación de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional, a nivel comparado, puede beneficiarse de una de las conclusiones básicas estudiada en políticas públicas, de acuerdo con la cual una misma institución puede dar lugar a resultados distintos de acuerdo con las características del ambiente en el cual esa institución es implementada. Por ello, el Derecho Constitucional Comparado no puede limitarse solo al estudio de las instituciones formales -la Constitución escrita- sino que, además, debe tomar

en cuenta cómo esas instituciones son aplicadas, pues ello puede conducir a resultados distintos en términos de la calidad de la democracia constitucional.

Esto quiere decir que el riesgo autoritario de la ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional puede producir resultados distintos de acuerdo con las características de cada Estado. En el caso de Venezuela, el progresivo declive político, económico y social elevó los incentivos para el uso autoritario de la ampliada jurisdicción constitucional, lo cual quiere decir que, bajo condiciones distintas, el sesgo autoritario ha podido ser menor. Lo importante de esta observación es resaltar que la ampliación del ámbito material de la jurisdicción constitucional no puede valorarse desde el binomio llamado a determinar si tal ampliación es favorable o desfavorable. El enfoque de este ensayo es que tal ampliación genera riesgos autoritarios que, de acuerdo con las características de cada Estado, podrán generar mayores o menores incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional. Con lo cual, ante ese riesgo, es fundamental reducir los incentivos para ese uso arbitrario, a través del diseño institucional del órgano a cargo de la jurisdicción constitucional.

Esta observación es pertinente tomando en cuenta la fragilidad institucional en América Latina, lo que se traduce en fallas en la implementación del marco institucional de la democracia institucional, mediante el surgimiento de instituciones informales que, eventualmente, pueden desviarse hacia fines autoritarios. Venezuela es, de nuevo, el mejor ejemplo: si el análisis se limita solo a las instituciones formales -la Constitución de 1999- la conclusión debería ser que Venezuela cuenta con un sólido sistema de democracia institucional; pero en la práctica, debido a la fragilidad institucional, Venezuela ocupa el último lugar en la medición del Estado de Derecho en el *Rule of Law Index*. La diferencia entre las instituciones formales -ámbito de *iure*- y las instituciones informales -ámbito de *facto*- demuestra que el riesgo autoritario de la ampliación de la jurisdicción constitucional es mayor en condiciones de fragilidad institucional, como las que imperan en la región y que pueden permitir que, a través de interpretaciones constitucionales autoritarias, se creen instituciones informales que prevalecen sobre las instituciones formales de la Constitución escrita. Tushnet llama a esa patología "constitutional hardball", lo que podría traducirse como ilegítimas mutaciones constitucionales creadas por la jurisdicción constitucional en interpretaciones autoritarias de la Constitución⁴⁸.

⁴⁷ Brewer-Carías, Allan, Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 52 y ss.

⁴⁸ Tushnet, Mark, "Constitutional hardball. (Marbury v. Madison and Judicial Review: Legitimacy, Tyranny and Democracy)", en John Marshall Law Review, núm. 37(2), 2004, pp. 523 y ss.

De todo lo anterior surgen dos conclusiones. La primera conclusión es que la ampliación gradual del ámbito material de la jurisdicción constitucional, especialmente en lo que respecta al control concentrado, genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción, como una especial modalidad del Derecho Constitucional autoritario que, en ciertos casos, puede apoyarse en la retórica populista. La segunda conclusión es que este riesgo tiende a ser mayor en América Latina, vista la fragilidad institucional de la región. Lejos de valorar esta ampliación como un resultado favorable o desfavorable, el interés debería centrarse en identificar este riesgo autoritario y diseñar instituciones llamadas a reducir los incentivos para el uso autoritario de la jurisdicción constitucional, específicamente, en lo que respecta al control concentrado.

De esa manera, como la jurisdicción constitucional es un peso al resto de poderes públicos -pues debe prevenir actuaciones contrarias al bloque de constitucional- es preciso introducir contrapesos adecuados. Mientras mayores y más sofisticados sean los pesos, los contrapesos deberán ser igualmente mayores y más sofisticados. Pero este diseño institucional no está exento de riesgos, en el sentido que contrapesos indebidos pueden debilitar en exceso a la jurisdicción constitucional o afectar su independencia. Es por lo anterior que, como hemos explicado, el primer riesgo al cual debe hacerse frente es, precisamente, el derivado de la disminución de la independencia de la jurisdicción constitucional.

Así, las reformas institucionales orientadas a proteger la independencia de la jurisdicción constitucional y reducir la tentación autoritaria pueden resumirse en seis grandes líneas.

- El primer elemento a tomar en cuenta es el ámbito de la jurisdicción constitucional de conformidad con las instituciones formales en vigor, en concreto, la Constitución y la correspondiente Ley de la jurisdicción constitucional. La definición de ese ámbito material debe tomar en cuenta la regla antes señalada: a mayor ámbito material, mayores serán los riesgos para el ejercicio autoritario de la jurisdicción constitucional. De allí la importancia no solo del diseño constitucional, sino en especial, del diseño legal de la jurisdicción constitucional, que debe basarse en reglas claramente definidas, junto con contrapesos adecuados.
- El segundo elemento es el diseño de los procedimientos ante la jurisdicción constitucional. Así, normas procesales que amplíen la legitimidad activa y el alcance de la sentencia podrán elevar los riesgos derivados de la expansión material del

ámbito de control concentrado. La llamada "acción popular" que otorga legitimación activa a cualquier ciudadano, incluso sin un interés jurídico actual, eleva los riesgos autoritarios derivados de la ampliación del control concentrado.

- El procedimiento de selección de los jueces a cargo de ejercer la jurisdicción constitucional en la modalidad concentrada es el tercer elemento a tomar en cuenta. Desde la perspectiva comparada, el método más empleado en la región es que la selección recaea en el Poder Legislativo, a través de procedimientos que permiten la participación de otros órganos del poder público y de los ciudadanos, con la notable excepción de casos en los cuales la designación depende de una elección, como es el caso de Bolivia. Para contrarrestar los riesgos derivados de la ampliación del control concentrado, el procedimiento de designación ante el Poder Legislativo debería basarse en mayorías calificadas y en procedimientos abiertos y transparentes que permitan el control ciudadano sobre todo el procedimiento de designación y la inclusión de criterios de valoración que vayan más allá del Derecho Constitucional e incluso de lo jurídico, lo que aconseja procedimientos de selección interdisciplinarios. La decisión en cuanto a la duración de la designación -vitalicia o por tiempo determinado, junto con la posibilidad de remociones igualmente fundamental. Reglas institucionales que brinden una estabilidad absoluta podrían reducir los costos de decisiones autoritarias, pero reglas flexibles de estabilidad podrían facilitar la captura de los jueces por regímenes autoritarios. En especial, pues a través de mayorías circunstanciales en el Poder Legislativo, el Gobierno de turno podría intervenir políticamente en la jurisdicción constitucional promoviendo procedimientos de remoción de sus magistrados.
- Todas las consideraciones anteriores atañen a las instituciones formales, o sea, las reglas constitucionales y legales que rigen la composición del órgano a cargo del control concentrado, el ámbito material de control y las normas procesales aplicables. Pero ya hemos visto que en América Latina estas instituciones formales suelen ser frágiles ante el surgimiento de instituciones informales. Precisamente, el cuarto elemento a tomar en cuenta es cómo reducir los incentivos para que el ejercicio de la jurisdicción constitucional derive en instituciones informales. El origen de estas instituciones informales, como fue explicado, lo encontramos en el principio de Derecho Procesal de acuerdo con el cual la jurisdicción constitucional

puede interpretar el ámbito de sus competencias. Lo peculiar de este principio es que coincide con la naturaleza de tal jurisdicción como el intérprete último de la Constitución. Luego, incluso con un ámbito acotado de competencias definidas en la Constitución, la jurisdicción constitucional podría interpretar la Constitución y, con ello, el ámbito de su propia competencia, para ampliarlo.

El riesgo de estas instituciones informales que expandan el ámbito material de competencias del control concentrado está asociado al grado de fragilidad del marco institucional aplicable, esto es, a la posibilidad de que existan brechas entre ese marco y su aplicación en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Un elemento que podría reducir ese riesgo es reforzar el principio de transparencia en la actuación de la jurisdicción constitucional, más allá de las reglas procesales de publicación de las sentencias. La propuesta consiste en atender a los problemas de información existentes en relación con el sofisticado ámbito de la jurisdicción constitucional, lo que podría reducir el costo político de adoptar decisiones que, interpretando la Constitución, en la práctica, amplíen indebidamente el ámbito de la jurisdicción constitucional en detrimento del principio de separación de poderes. Esto puede justificar la creación de organismos apolíticos, basados en la participación de la comunidad académica, que monitoreen el ejercicio de la jurisdicción constitucional y puedan detectar, a tiempo, desviaciones contrarias al principio de separación de poderes. Junto a ello, puede preverse el deber de rendición de cuentas, mediante procedimientos por los cuales el órgano a cargo de la jurisdicción constitucional informe del resultado del ejercicio de tal jurisdicción, especialmente, en aquellas áreas más sensibles al principio de separación de poderes.

No se nos escapa que estas propuestas elevan los riesgos de controles políticos sobre la jurisdicción constitucional, lo que puede llevar a un efecto adverso al deseado, si gobiernos autoritarios, especialmente basados en la retórica populista, deciden cuestionar el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Por ello el rol principal se debe asignar a una organización apolítica, compuesta por integrantes de la sociedad civil y de los sectores académicos, que puedan alertar, a tiempo, de posibles desviaciones en el ejercicio de la jurisdicción, atendiendo así a la asimetría de la información existente.

- La moderación en el ejercicio de la jurisdicción constitucional es otra técnica que tiende a atemperar los riesgos autoritarios. Esta moderación es el quin-

to elemento para considerar, como resultado de la presunción de validez de los actos estatales sometidos a control y del margen de deferencia que la jurisdicción constitucional debe guardar en cuanto a la interpretación de la Constitución por autoridades electas. La jurisdicción constitucional debe partir de adecuadas técnicas que consideren el espectro de posibles interpretaciones constitucionales admisibles de acuerdo con la apertura constitucional y el pluralismo político, y que, salvo casos excepcionales, omitan interpretaciones únicas –y, por ende, exclusivas y excluyentes-. Bajo esta visión, el rol de la jurisdicción constitucional se inserta más en un diálogo que en la imposición unilateral de interpretaciones constitucionales. Esto debe pasar por ampliar el principio de publicidad y transparencia más allá de las normas procesales, como explicamos, por medio de mecanismos procesales que fomenten la participación ciudadana en procesos constitucionales. Esta moderación, en todo caso, no puede ser solamente resultado de restricciones derivadas del marco jurídico de la jurisdicción constitucional, en tanto esta siempre podrá desvincularse de tal marco mediante interpretaciones constitucionales. Se trata, más bien, del ejercicio moderado derivado de restricciones informales, resultado de decisiones voluntarias de los jueces a cargo del ejercicio de la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de ampliar mecanismos de publicidad que, reparando las asimetrías de la información existentes, generen incentivos para el ejercicio moderado de los poderes de la jurisdicción constitucional que respeten el margen de deferencia y el pluralismo político en la interpretación constitucional.

- El sexto elemento es reforzar la apertura del Derecho Constitucional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en especial, a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La construcción de la teoría del control de convencionalidad y de la supremacía del *corpus iuris* interamericano está cambiando el paradigma según el cual la jurisdicción constitucional es el último intérprete de la Constitución. Tal paradigma solo vale en el orden doméstico, pero no en el ámbito internacional, pues en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el rol de último intérprete corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso, frente a la jurisdicción constitucional. Por ello, y desde la perspectiva de los principios democráticos como criterios de interpretación, la Corte Interamericana puede servir de freno a la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional. La eficacia de ese

freno dependerá de la fortaleza institucional de la Corte Interamericana, materia en la cual todavía es necesario avanzar mucho más para la construcción de un auténtico Derecho Procesal Convencional, en especial, en lo que respecta a la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte. La fragilidad de las instituciones interamericanas puede compensarse por mecanismos adicionales de control que, en el marco de la Organización de Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana, puedan elevar los costos de decisiones autoritarias adoptadas bajo las formas de la jurisdicción constitucional. Para ello, es preciso seguir avanzando en la reinterpretación del principio de no-intervención, bajo lo que hemos denominado “la doctrina Almagro”, de acuerdo con la cual el Sistema Interamericano puede y debe revisar decisiones domésticas, incluso adoptadas por la jurisdicción constitucional, que a pesar de sus formas jurídicas supongan una ruptura del orden constitucional, como resultado del gradual declive de la democracia hacia el autoritarismo⁴⁹.

Estas seis propuestas se orientan a reducir la tentación autoritaria de la jurisdicción constitucional, que puede surgir de la ampliación progresiva de su ámbito material, como refleja el estudio comparado del Derecho Constitucional en América Latina. La efectividad de esas propuestas dependerá de la fortaleza institucional y de mecanismos informales que eleven el costo político de decisiones autoritarias y que, por el contrario, promuevan al ejercicio moderado de la jurisdicción constitucional. La reflexión final de lo anterior es que el diseño tradicional del principio de separación de poderes es insuficiente para formular contrapesos a la jurisdicción constitucional, en tanto en la teoría y en la práctica, tal jurisdicción es una excepción a tal principio.

En todo lo anterior debe tomarse en cuenta que la primera tentación autoritaria no reside directamente en la jurisdicción constitucional, sino en los otros poderes públicos, que para reducir la calidad del control constitucional o colocar a este al servicio del autoritarismo, pueden acudir a formas constitucionales para intervenir políticamente a la jurisdicción constitucional. Para el momento en el cual escribimos estas líneas, tal parece ser el caso de El Salvador, ante la decisión de la Asamblea Legislativa de remover a los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la

Corte Suprema de Justicia⁵⁰. Tal Sala ejerce el control concentrado más próximo al modelo tradicional⁵¹, con lo cual, los incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción no parecen ser elevados. Por ello, la crisis constitucional en El Salvador demuestra que el primer riesgo no es en cuanto al abuso de la jurisdicción constitucional, sino en cuanto a su control político para inhibir el control de constitucionalidad.

III. Reflexiones finales

En Derecho Comparado la doctrina ha venido alertando acerca de la crisis global de la democracia constitucional, no como resultado de súbitos golpes de Estado violentos, sino más bien, como consecuencia de procesos graduales de declive democrático iniciados por gobiernos electos que, en ejercicio de sus funciones, adoptan medidas autoritarias, incluso, apoyadas en la retórica populista. El Derecho Constitucional autoritario supone un cambio de paradigma, pues la democracia constitucional debe protegerse, incluso, frente a gobiernos electos que actúan bajo las formas del Derecho Constitucional.

Este riesgo aconseja una nueva aproximación al Derecho Constitucional que debe alejarse de las formas basadas en el Derecho positivo y centrarse en la sustancia de esas formas desde la perspectiva de los derechos humanos. La labor es especialmente importante en América Latina, debido a la histórica fragilidad de sus instituciones, que propenden al surgimiento de instituciones informales o paralelas a través de las cuales se adoptan decisiones que, en su esencia, son autoritarias.

El riesgo de esta desviación autoritaria bajo formas constitucionales está presente en todas las ramas del poder público, pero el riesgo es mayor cuando el principio de separación de poderes cede. De allí las alarmas que surgen ante la concentración de funciones. Empero, y debido a la asimetría de la información, esas alarmas son difíciles de percibir. Es por ello que el Derecho Constitucional tiende a reforzar la publicidad de las decisiones que concentran funciones, como sucede con el régimen constitucional de los estados de emergencia.

No pasa así con la jurisdicción constitucional. Más allá de la publicidad de sus decisiones de acuerdo con las normas procesales aplicables, tal jurisdicción responde a criterios técnicos y especializados, que por lo general quedan fuera del ámbito de la opinión pública. Además,

⁴⁹ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 89 y ss.

⁵⁰ “Destitución del Legislativo de miembros de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el fiscal general en El Salvador causa revuelo internacional”, CNN en español, 2 de mayo de 2021, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/02/destitucion-magistrados-corte-suprema-fiscal-general-el-salvador/>

⁵¹ Solano, Mario, “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 11, Madrid, 2007, pp. 339 y ss.

como acredita la experiencia, el autoritarismo ejercido por los órganos a cargo de la jurisdicción constitucional es resultado de un proceso gradual, en el cual diversas decisiones van cercenando, a cámara lenta, el principio de separación de poderes. Para cuando tal desmantelamiento gradual ya ha cumplido su fin, suele ser muy tarde, en tanto se habrá consolidado el régimen híbrido que, desde la concentración de funciones, avanzará en una transición autoritaria.

Tal fue el caso de Venezuela. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia comenzó a socavar el principio de separación de poderes a través de sentencias desde su propia creación en el año 2000. Más allá de críticas en la academia -que no se trasladaban a la opinión pública- el avance autoritario de la Sala Constitucional se hizo a cámara lenta. Tan es así que cuando la oposición democrática decidió participar en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, muchos centraron su atención en posibles fraudes electorales, pero no en el poder autoritario que, ya para entonces, había acumulado la Sala Constitucional. Cuando el contenido autoritario de la Sala Constitucional permeó a la opinión pública -2017- ya era muy tarde: la democracia en Venezuela había muerto, como concluyó Steven Levitsky⁵².

Ciertamente el caso de Venezuela es especial y el resultado final -la destrucción de la democracia constitucional en el marco de una emergencia humanitaria compleja sin precedentes en la región- respondió a complejas causas, más allá del indebido marco institucional de la jurisdicción constitucional. Pero no es un caso aislado. En el siglo XXI se ha podido apreciar cómo el declive de la democracia constitucional ha encontrado, dentro de sus causas, el rol de la jurisdicción constitucional. La democracia constitucional no está exenta de riesgos en ningún país y las fallas institucionales que propenden al ejercicio autoritario del poder, en cualquier momento, pueden crear incentivos para una transición autoritaria⁵³.

Ello obliga a modificar el paradigma de acuerdo con el cual la mayor amplitud del ámbito material de esa jurisdicción, en especial en lo que respecta al control concentrado, es siempre una medida favorable a la protección de la Constitución. En realidad, la expansión del ámbito de la jurisdicción constitucional genera incentivos para el ejercicio autoritario de esa jurisdicción y, por ende, para su captura política. Que esos incentivos deriven en medidas autoritarias dependerá de diversos

factores. Pero en todo caso, tales incentivos deben ser tomados en cuenta para diagnosticar tales riesgos y para diseñar reformas institucionales que, considerando la histórica fragilidad institucional en América Latina, eleven los costos de decisiones autoritarias de la jurisdicción constitucional.

Al mismo tiempo, debe tomarse en cuenta que, incluso en modelos en los que tal ampliación no se ha materializado, el formidable poder de la jurisdicción constitucional genera incentivos para su control político por el Poder Legislativo y Ejecutivo, a los fines de inhibir el alcance del control de la constitucionalidad. Este riesgo es incluso mayor pues una vez que la jurisdicción constitucional ha sido políticamente controlada, esta puede colocarse al servicio de regímenes autoritarios que actúan bajo formas constitucionales. Esto demuestra que la primera tentación autoritaria a la cual debe hacerse frente es en cuanto al control político de la jurisdicción constitucional, como lo evidencia la crisis constitucional de El Salvador, en pleno desarrollo para cuando estas líneas se escriben.

Referencias

“Destitución del Legislativo de miembros de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el fiscal general en El Salvador causa revuelo internacional”, CNN en español, 2 de mayo de 2021, tomado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/05/02/destitucion-magistrados-corte-suprema-fiscal-general-el-salvador/>

“Steven Levitsky: La democracia en Venezuela está muerta”, Prodavinci, 2 de marzo de 2018.

Bazán, Víctor, Control de las omisiones legislativas inconstitucionales e inconvencionales, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, 2014.

Bogdandy, Armin von et al., (editores), La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el *Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Bolivia, Código Procesal Constitucional.

Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (editores), La jurisdicción constitucional en Ibero-América, Madrid 1997.

⁵² “Steven Levitsky: La democracia en Venezuela está muerta”, Prodavinci, 2 de marzo de 2018.

⁵³ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, “How we lost constitutional democracy”, en *Can it happen here?*, Dey St., Nueva York, 2018, p. 151.

Brewer-Carías, Allan (editor), *Constitutional courts as positive legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

Brewer-Carías, Allan (editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

Brewer-Carías, Allan, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

Brewer-Carías, Allan, *El control concentrado de la constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, 1994.

Brewer-Carías, Allan, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Brinks, Daniel et al., *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 (traducción en español: *La Ley y la trampa en América Latina, siglo veintiuno editores*, Buenos Aires, 2021).

Cappelletti, Mauro, "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", en *Revista de Estudios Políticos* N.º 13, 1980.

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971.

Casal, Jesús María y Urosa, Daniela, "La jurisdicción constitucional en Venezuela", en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Casal, Jesús María, "Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia", en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

Chile, Tribunal Constitucional de Chile, sentencia N.º Rol 9797-20-CPT, de 30 de diciembre de 2020.

Diamond, Larry, III *Winds*, Penguin Press, Nueva York, 2019.

Díaz Revorio, Francisco, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad, análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Madrid, 2001.

Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.º 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011).

Elkins, Zachary, et al., *The endurance of national constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Fernández Segado, Francisco, "La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: *La Constitución Española en el contexto*)", en *Pensamiento Constitucional Año XI*, N.º 11, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000.

Fix-Zamudio, Héctor, "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

García Belaunde, Diego, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Advocatus* N.º 1, 1988. Bazán, Víctor, "La jurisdicción constitucional en Argentina", en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

García Belaunde, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista De Derecho Político* núm. 61, 2004.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

Gargarella, Rafael, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, “How we lost constitutional democracy”, en *Can it happen here?*, Dey St., Nueva York, 2018.

Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Ginsburg, Tom, y Tamir, Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Henríquez, Miriam, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Hernández G, José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público*, N.º 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, 2018, en <http://www.iconnect-blog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>

Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

Immergut, Ellen M., “Institutional Constraints on Policy”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Landa, César, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Competitive authoritarianism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nueva York, 2018.

Linz, Juan, *Totalitarian and authoritarian regimes. With a major new introduction*, Lynne, Rienner Publishers, Boulder 2000.

López, Rafael y Padilla, Josué, “La jurisdicción constitucional en Honduras”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Ordóñez, Aylín, “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Osuna Patiño, Néstor, et al., “El sistema de justicia constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Volumen I, Max Planck Institute-Universidad Externado, Bogotá, 2019.

Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, Ius Novum, Santo Domingo, 2011.

Rouquié, Alain A la sombra de las dictaduras, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 22, 1988.

Sagüés, Pedro, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EE.UU. y Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 4, Número 1, julio, 2006.

Sagüés, Pedro, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Revista de Investigações Constitucionais* Volumen 1, N.º 2, 2014.

Solano, Mario, “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N.º 11, Madrid, 2007.

Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Tushnet, Mark “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Tushnet, Mark, “Constitutional hardball. (Marbury v. Madison and Judicial Review: Legitimacy, Tyranny and Democracy)”, en *John Marshall Law Review* N.º 37(2), 2004.

Urosa Maggi, Daniela, *El rol de la justicia constitucional en democracias constitucionales bajo regímenes autoritarios*, 2018.

Urosa, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

Von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado* N.º 34, Bogotá, 2015.

El COVID-19 y la situación jurídica de los consumidores: una mirada desde Francia

Gilles Paisant*

Recibido: 25 de mayo de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

El consumo constituye una actividad económica indispensable, lo que no se detiene por la situación de la pandemia. Al respecto, es importante saber que los consumidores siguen siendo protegidos por los principios del Código de Consumidor, aún en el estado de emergencia. Habrá quienes se cuestionen sobre la posibilidad de asimilar la pandemia a causa del COVID-19 a casos de fuerza mayor, pero se encontrará con que no se puede reconocer una imposibilidad de cumplimiento cuando se trate de dinero. Sin embargo, sí encontramos algunos cambios en la situación de los consumidores, como ocurre con la prórroga de los plazos, lo que obliga a distinguir entre los cambios que constituyen restricciones a los derechos de los consumidores y los derechos particulares concedidos a determinados consumidores.

Palabras clave: pandemia, protección a los consumidores, seguridad, fuerza mayor y economía.

Abstract

Consumption is an indispensable economic activity, which did not stop due to the pandemic situation; noting, in this regard, that even in a state of emergency, consumers continue to be protected by the principles of the Consumer Code. In addition, there will be those who wonder about the possibility of assimilating the pandemic caused by Covid-19 to cases of force majeure, but they will find that an impossibility of compliance cannot be recognized when it comes to money. However, we do find some changes in the situation of consumers, such as the extension of time limits, which require a distinction between changes that constitute restrictions on consumer rights and the particular rights granted to certain consumers.

Keywords: *pandemic, consumer protection, security, force majeure and economy.*

* Profesor emérito de la Universidad Savoie Mont Blanc y decano honorario de la Facultad de Derecho y Economía de Chambéry. Durante muchos años dirigió un centro de investigación dedicado al derecho de las obligaciones y el consumo. Autor de numerosas publicaciones en estos campos, como «Defensa e ilustración del derecho del consumidor» (LexisNexis, 2015). JO 24 de marzo de 2020, texto núm. 2.

Introducción

Nacida en China a finales de 2019, la pandemia del coronavirus ha alcanzado a todos los continentes y, sin duda alguna, la globalización de los intercambios ha estado contribuyendo a la difusión y al aceleramiento de la enfermedad. Se cuentan miles y millares de fallecidos a través del mundo; oficialmente, más de 22,000 en Francia y más de 110,000 en la Unión Europea. Es un trauma general.

En este contexto, la prioridad parece radicar más bien en la seguridad de las poblaciones que en la protección de los consumidores. Sin embargo, no se puede olvidar, por una parte, que los ciudadanos son también y necesariamente consumidores y, por otra parte, que el consumo constituye una actividad económica indispensable en cualquier país. En cualquier situación, los ciudadanos no dejan de ser consumidores. Por eso, resulta totalmente legítimo interrogarse sobre las repercusiones de esta pandemia de COVID-19 sobre la situación jurídica de los consumidores.

En el caso de Francia, una ley de 23 de marzo de 2020 estableció, en todo el país y por un periodo de dos meses¹, un estado de emergencia sanitaria justificado por un «caso de catástrofe sanitaria poniendo en peligro, por su naturaleza y su gravedad, la salud de la población»². Con este texto, el Poder Ejecutivo, es decir el gobierno, puede tomar las medidas encaminadas a «garantizar la salud pública... en atención a la situación sanitaria resultante de la epidemia de Covid-19». Se trata de poderes exorbitantes, excepcionales, que afectan a todos los ciudadanos y que, por supuesto, pueden presentar repercusiones sobre sus actividades de consumo.

Sin embargo, por efectos de esta ley, no se debe creer que todo cambia para los consumidores. Permanecen los principios. Es decir, que los consumidores siguen siendo protegidos por las disposiciones del Código de Consumo. También, por todo lo que no ha sido dispuesto por este código en beneficio de los consumidores en sus relaciones con los proveedores, siguen en aplicación las normas del derecho común, entre otras, las del Código Civil. Al respecto, numerosos

consumidores se plantean la cuestión de si el COVID-19 es asimilable a un caso de fuerza mayor que pueda, según las circunstancias, exonerarles de determinadas obligaciones. Por ejemplo, uno abogará que, debido a la pandemia y a las medidas de protección emitidas por los poderes públicos que les impiden continuar con su actividad profesional, ha perdido sus ingresos y, consecuentemente, no está en capacidad de reembolsar a su banco que le había prestado dinero. Pero, ya conocemos la respuesta: tratándose de una obligación monetaria, es decir, una obligación relativa a una cantidad de dinero, cosa genérica, la fuerza mayor, en principio, no tiene carácter exoneratorio³. En efecto, mientras exista la moneda, siempre es posible conseguirla y pagar, por ejemplo, vendiendo unos de sus bienes. No hay imposibilidad de ejecución en el sentido de la fuerza mayor.

A pesar de la permanencia de estos principios, la ley de emergencia sanitaria y sus numerosos textos de aplicación adoptados por el Ejecutivo proporcionan varios cambios en la situación de los consumidores.

Sin duda alguna, en esta nueva constelación reglamentaria de carácter temporal no se identifican disposiciones derogatorias al Código de Consumo, dedicadas especialmente a los consumidores. Lo más cerca de esta preocupación se refiere al texto que prevé la prórroga de los plazos por el hecho del estado de emergencia⁴. Al respecto, durante este período especial se detienen todos los plazos, ordenados bajo pena de cualquier sanción, para actuar, hacer recursos o cualesquiera formalidades. Ahora bien, de forma más específica, se precisa que esta prórroga no es aplicable a los plazos de desistimiento o de examen⁵, lo que concierne más específicamente, pero no exclusivamente, a los consumidores, por ejemplo, en el ámbito de los contratos a distancia o en el crédito al consumo.

Así, la gran mayoría de los cambios dirigidos a los consumidores por esa nueva situación son el resultado de disposiciones aplicables a todos los ciudadanos. Entonces, entre todos estos cambios, se pueden distinguir dos categorías: los que constituyen restricciones a los derechos de los consumidores (I) y

¹ JO 24 de marzo de 2020, texto núm. 2.

² Código de Salud Pública (CSP), nuevo art. L 3131-12.

³ Cass.1ère com. 16 de sept. 2014, D. 2014.2217, note François; adde: J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision, D. 2020.611.

⁴ Ord. núm 2020-306 de 25 de marzo de 2020 (art. 2), JO 26 de marzo de 2020, texto núm. 9; O Deshayes, La prorogation des délais en période de Covid-19: quels effets sur les contrats? D.2020.831; N. Cayol, Etat d'urgence sanitaire: dispositions générales applicables aux délais, JCP G 2020, 481.

⁵ Ord. núm. 2020-427 de 15 de abril de 2020, (art. 2), JO 16 de abril de 2020, texto, núm. 2.

los que, al contrario, aparecen en pro de estos últimos (II). Más larga es la primera categoría.

I. Las restricciones a los derechos de los consumidores

Las restricciones a los derechos de los consumidores son medidas que van a generar coacciones o impedimentos en las actividades de consumo. Estas restricciones son de importancia: las estadísticas enseñan que, en el mes de marzo del año 2020; es decir, con solamente dos semanas de aplicación del estado de emergencia sanitaria, el consumo en Francia se aminoró en aproximadamente un 33%. Las causas de esta caída radican en varias de esas medidas.

La primera de estas, la más relevante, se relaciona a la pérdida de una libertad fundamental de los ciudadanos, una libertad sin embargo garantizada por la Constitución nacional y los principios que rigen la Unión Europea. Quiero aquí hablar de la libertad de ir y venir y del principio de libre circulación de las personas. En efecto, desde el día 17 de marzo⁶ y hasta el día 11 de mayo⁷, mínimo, «para prevenir la propagación del virus COVID-19, se prohíbe el traslado de cualquier persona fuera de su domicilio»⁸. Es un cambio radical de situación. Hemos pasado del principio secular de libertad de ir y venir, a un principio de prohibición de salir de su casa.

Por supuesto, y por realismo, se admiten varias excepciones a este nuevo principio. Entre estas últimas, se percibe la posibilidad de acudir a su lugar de trabajo, a su médico o a la farmacia, la facultad de hacer un poco de actividad física, pero únicamente en el doble límite de una hora y de un radio de un kilómetro desde su domicilio, y, sobre todo, lo que nos interesa más aquí, el permiso de ir de compras, pero solo para la adquisición de productos de «primera necesidad» y únicamente en los establecimientos autorizados⁹. En estos casos, se permite salir de casa mediante el establecimiento de un manifiesto, fechado (día + hora) y firmado por el interesado mismo; su presentación puede ser requerida en cualquier momento por la policía, bajo pena de una multa de 135 euros.

Para los consumidores, esta nueva reglamentación representa una importante y doble restricción a su

actividad de consumo y su libertad de elección: no pueden realizar cualquier tipo de compras en cualquier tipo de establecimiento.

En aplicación de estos nuevos principios, los poderes públicos establecieron una lista de comercios autorizados durante el periodo de estado de emergencia¹⁰. Esencialmente, son las tiendas de comestibles incluyendo los supermercados e hipermercados, pero con exclusión de los centros comerciales. También se autorizan las actividades de entrega y retiro de pedidos (*drive*), los talleres de abastecimiento, mantenimiento y reparación de materiales de equipo, las bombas, las lavanderías, las actividades financieras y de seguro y los servicios funerarios. En cambio, permanecerán cerrados los hoteles, restaurantes, bares, museos y quedan prohibidas las manifestaciones culturales o deportivas que impliquen la presencia de espectadores.

Suponiendo que el consumidor, provisto de su solicitud reglamentaria, acuda a un comercio autorizado, por ejemplo, un hipermercado, queda pendiente la cuestión de si tiene entera libertad para abastecerse. En efecto, el texto autoriza «las compras de primera necesidad». Pero, ¿cuáles son estas compras? El decreto no las define. La fórmula deja un margen a la interpretación. Lo que, para unos, es de primera necesidad no lo es para otros, y viceversa. Sin embargo, se establece el caso de personas multadas por haber comprado, entre otras, unas galletas u otros productos considerados como no esenciales. Afortunadamente, son escasos estos comportamientos policiales.

Pero, de forma técnica, para caracterizar esas compras de primera necesidad, encontramos un punto de referencia en el derecho tributario por su parte que rige el impuesto de valor agregado (TVA, según sus siglas en francés). En efecto, se prevé una TVA de tipo reducido a 5,5% (en vez de 20%) sobre los productos de primera necesidad que el Código general tributario mismo enumera¹¹. Y, entre ellos, se mencionan la gran mayoría de los productos alimenticios, salvo algunas excepciones, tales como el caviar y, también, más curiosamente, los productos de confitería y los chocolates.

En cambio, se mencionan los libros en este listado

⁶ Decreto núm. 2020-260 de 16 de marzo de 2020, JO 17 de marzo de 2020, texto núm. 2.

⁷ Decreto núm. 2020- 423 de 14 de abril de 2020, JO 14 de abril de 2020, texto, núm. 2.

⁸ Decreto núm. 2020-260 préc., art. 1

⁹ Decreto núm. 2020-293 de 23 de marzo de 2020, art.3, JO 24 de marzo de 2020, texto núm. 7.

¹⁰ Decreto núm. 2020-293, prec., anexo.

¹¹ CGI, art. 278-0 bis.

tributario de productos de primera necesidad, aunque se nota que, en el marco de nuestra situación de estado de emergencia, las librerías no tienen la autorización de abrir sus puertas. En estas condiciones, se podría concebir que su compra en hipermercados¹² represente una manifestación de competencia desleal contra las librerías que deben permanecer cerradas. ¿Dónde está la coherencia?

Las compras de primera necesidad son todas las que el consumidor puede realizar en los establecimientos autorizados, sin distinción. Sería inoportuno interpretar de modo formal y literal textos tan derogatorios a la libertad individual. Según una jurisprudencia secular del Consejo de Estado, todas las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en aplicación del estado de emergencia deben ser «estrictamente proporcionales a los riesgos sanitarios incurridos y apropiadas a las circunstancias de tiempo y de lugar»¹³. La libertad es la regla, la restricción de policía, la excepción, y debe cesar tan pronto como no sea necesaria. Así, no vemos cómo la compra de galletas o tabletas de chocolate en un hipermercado o supermercado podría plantear más riesgos sanitarios a la población que la compra de mantequilla, de harina o de huevos en los mismos establecimientos.

El estado de emergencia sanitaria afecta mucho también a esos consumidores que son los turistas. Entendemos muy bien que las prohibiciones de trasladarse inherentes a tal situación desembocan sobre la cancelación de casi todos los viajes anteriormente previstos.

En consideración a esta situación, una ordenanza de 25 de marzo de 2020¹⁴ dispone varias medidas que conciben modificaciones temporales en los contratos de viajes combinados (traslado + estancia) propuestos por una agencia de viajes, sea organizadora, sea simple minorista. Para estos contratos, cuya resolución se pide, a iniciativa del viajero o del prestatario, entre el día 1 de marzo y el 14 de septiembre de este año, el operador, en vez de reintegrar al comprador, lo que normalmente debe hacer en aplicación del Código de turismo¹⁵, puede solamente proponer al interesado un crédito equivalente al precio pagado para la realización más tarde de una prestación similar. Dicha

propuesta debe ser expresada en el plazo de tres meses consecutivos a la resolución del contrato y su vigencia es de 18 meses. Obviamente, si estas nuevas reglas preservan los derechos de los viajeros, no se establecieron en pro de estos últimos, sino en beneficio de las agencias de viajes¹⁶ para ahorrar la tesorería de estas últimas y evitar las quiebras¹⁷.

Por último, en caso de litigio contra un proveedor, se nota otra restricción, esta vez más indirecta, a los derechos de los consumidores; dígase, de su posibilidad de actuar en justicia. En efecto, desde el día 16 de marzo de 2020, permanecieron cerrados los tribunales, excepto para los asuntos considerados como urgentes (esencialmente penales). Sin embargo, no se debe exagerar el alcance de esta restricción: por una parte, los proveedores se encuentran en la misma situación mientras que, por otra parte, se prorrogan los plazos para actuar.

A pesar de todas estas restricciones, el estado de emergencia sanitaria, a veces, proporciona algunos derechos particulares a varias categorías de consumidores.

II. Los derechos particulares concedidos a determinados consumidores

Hemos visto que la situación de emergencia sanitaria, entre otras consecuencias, obstaculiza la buena ejecución de numerosas obligaciones contractuales o legales. También dicha situación puede contribuir al enrarecimiento de varios productos o servicios y consecuentemente, a su encarecimiento. Frente a estos problemas, los poderes públicos adoptaron algunas disposiciones que interesan más especialmente a los consumidores compradores de determinados productos.

El primer caso es el del comprador de bienes de consumo en general. En el derecho francés, y desde una directiva europea de 1999, el consumidor que compra bienes muebles a un proveedor goza de una garantía legal de conformidad de dos años a partir de la entrega de la cosa. Es una norma de orden público, al igual que todo lo que se relaciona a la protección de los consumidores.

¹² Al igual que otros productos que, también, se venden en establecimientos comerciales desprovistos de la autorización de abrir (ex. aparatos electrodomésticos).

¹³ CE 10 de agosto de 1917, núm. 59855, Baldy.

¹⁴ Ord. Núm. 2020-315, JO 26 de marzo de 2020, texto núm. 35; J.D. Pellier, Le gouvernement au secours des professionnels du tourisme, D. 2020.775; Ch. Lachièze, Covid-19: un dispositif exceptionnel pour aider les professionnels du tourisme, JCP G 2020, 483.

¹⁵ Art. L 211-14.

¹⁶ Son más de 7000 actualmente en Francia.

¹⁷ Informe al presidente de la República, JO 26 de marzo de 2020, texto núm. 34.

Puesto que, bajo sanción de prescripción, este plazo abre el derecho a una acción contra el proveedor. Como tal, entra en las previsiones de la citada ordenanza de 25 de marzo de 2020 relativa a la prórroga de los plazos. Es decir, más concretamente que, si vence este plazo entre el 12 de marzo de 2020 y el 24 de junio de este año¹⁸, el consumidor conserva su derecho para actuar hasta el 24 de agosto, es decir, dos meses desde el 24 de junio¹⁹. Así, el consumidor insatisfecho por el producto adquirido conserva la integridad de sus derechos, aun eventualmente con un pequeño «bono».

Más delicado es el caso de productos que son objeto de una fuerte demanda, en razón a la crisis sanitaria. Conocemos muy bien el proceso: si se incrementa la demanda, mientras que baja la oferta, suben los precios. Así, resulta claro que, habida cuenta de las restricciones vigentes relativas a los traslados, se incrementan los precios de varios productos alimenticios, en especial, vegetales y frutas para todos los consumidores. Resultan inevitables estos fenómenos en nuestros sistemas de economía liberal y de libertad de los precios.

Sin embargo, en el marco del estado de emergencia sanitaria, el gobierno francés descartó los principios liberales para dos tipos de productos particularmente deseados en estos momentos para protegerse de la contaminación: las mascarillas sanitarias y el líquido hidroalcohólico (para descontaminarse las manos). Sin admitir nunca de forma clara que Francia carecía de estos productos, los poderes públicos los sometieron a un régimen de economía dirigida que recuerda lo que pasó en 1945 para administrar la penuria consecutiva a la Segunda Guerra Mundial.

Tratándose del líquido hidroalcohólico, incluso antes de que se declarara el estado de emergencia sanitaria por decreto de 5 de marzo de 2020²⁰, se decidió establecer un control de los precios. Es decir, que este texto determina un precio máximo según la cantidad vendida, por ejemplo, 2 euros para un frasco de 50 ml. Se justifican estas medidas para «proteger a los consumidores contra los riesgos inducidos por una situación de manifiesto anormal del mercado»²¹. Fue de aplicación hasta el 31 de mayo de ese año.

Si se confirmó esta medida después del establecimiento del estado de emergencia²², se debe notar que su fundamento radicaba y sigue radicando en el Código de Comercio²³ que, a pesar del principio de libre determinación de los precios por el juego de la competencia, admite que, de modo excepcional, el gobierno pueda, para evitar bajas o incrementos excesivos, adoptar medidas temporales en caso de situación de crisis, de circunstancias excepcionales o de calamidad pública. Es decir que, habida cuenta de la situación actual, el gobierno podría fundamentarse sobre este mismo código para implementar medidas complementarias de control de los precios.

Sin embargo, si tales disposiciones se dedican a proteger los intereses económicos de los consumidores deseosos de comprar estos líquidos desinfectantes, plantean problemas para los proveedores que habían comprado estos productos a los fabricantes mediante precios mucho más elevados que el ahora permitido²⁴. Si quieren vender, deben vender con pérdida, mientras que el Código de comercio, en otras disposiciones, les prohíbe hacerlo²⁵. Frente a este dilema, el ministerio encargado de los asuntos económicos informa que ningún proveedor será procesado por haber vendido con pérdidas estos productos y, al revés, si vende a un precio que supera lo permitido.

Queda la delicada cuestión de las mascarillas sanitarias de protección. Es una cuestión de un momento muy sensible que supera el marco del consumo, pero parece indispensable abordarla porque estas mascarillas constituyen elementos de prevención de la enfermedad, al igual que los líquidos hidroalcohólicos.

Cuando los poderes públicos se dieron cuenta de que el virus alcanzaría a Francia, se percataron al mismo tiempo de que el país se encontraría a muy breve plazo en una situación de penuria de mascarillas sanitarias. Entonces, actuar sobre los precios hubiera sido insuficiente. En efecto, si el país puede fabricar de forma rápida los líquidos hidroalcohólicos, muy distinta es la situación respecto a las mascarillas dado que, para estos bienes, carecemos de industrias dedicadas y dependemos de los fabricantes chinos, ya muy solicitados.

¹⁸ Es decir, un mes después del día de cesación del estado de urgencia (ord. núm. 2020-306, préc., art. 1).

¹⁹ Ord. núm. 2020-306, préc., art. 2

²⁰ Decreto núm. 2020-197, JO 6 de marzo de 2020, texto núm. 13.

²¹ *Ídem*.

²² Decreto núm. 2020-293 de 23 de marzo de 2020, préc., art. 11.

²³ Art. L 410-2.

²⁴ J.D. Pellier, Retour sur le contrôle des prix sur fond de coronavirus: entre Charybde et Scylla, D. 2020. 546.

²⁵ Art. L 442-5.

En estas condiciones, por decreto de 3 de marzo de 2020²⁶, confirmado después de la declaración de emergencia sanitaria²⁷, se decidió, hasta el 31 de mayo, la requisita por el Estado de los stocks de mascarillas sanitarias, lo mismo que los que se fabricarían en Francia durante este período especial. Es decir, que se sacaron estos productos del mercado para reservarlos, prioritariamente, a los personales facultativos. En el momento, ya no son bienes de consumo²⁸.

Así vemos, para concluir, que, globalmente, estamos viviendo un período desfavorable al consumo y a los consumidores. La prioridad es la preservación de la salud pública; lo que la mayoría de los ciudadanos entiende muy bien en el sentido de que la salud y la vida superan a las consideraciones mercantiles. Sin embargo, al respecto, se notan opiniones disidentes argumentando que la vida sin el placer de vivir, es decir, sin la libertad que la obligación de confinarse nos ha quitado, es un valor muy reducido. Sanos; pero reclusos...

Dicho esto, se plantea la cuestión del futuro. El presidente francés prevé cambios, comentándonos hace poco que «el día siguiente no será el regreso al día anterior»²⁹. En la medida en que no soy un profeta, me limitaré aquí a presentar los temas que, desde mi punto de vista, merecen más especialmente llamar nuestra atención. En primer lugar, los aspectos sanitarios. Últimamente, los «expertos» de nuestro país determinaron, con modelos matemáticos de los cuales tienen el secreto, que solo los 5,7% de la población en Francia fueron infectados³⁰.

Si damos algún crédito a estas cifras, eso significa dos cosas. Primero, el confinamiento fue exitoso para limitar la progresión de la enfermedad y aliviar los servicios de reanimación de nuestros hospitales. Pero, segundo, a falta de inmunización de la población, no se arregló el problema de la epidemia porque resulta muy improbable que, durante estos dos meses de encierro, haya desaparecido el virus. En estas condiciones existen riesgos que el problema vuelva a surgir en un futuro cercano sin que se haya resuelto nada. Veremos.

En segundo lugar, los aspectos económicos. Todos están de acuerdo en que las consecuencias de la crisis sanitaria serán terribles después de una parada de

meses de nuestra economía. Se necesitarán años para volver al nivel anterior y muchos van a sufrir. Por otra parte, se puede esperar una reubicación por lo menos de una parte de nuestras industrias, de tal modo que pongamos fin a nuestra situación de dependencia del extranjero, en especial de China, para la producción de los bienes que son esenciales para nosotros.

En tercer lugar, los aspectos jurídicos. Primero, existe un riesgo que nuestras libertades no salgan intactas de esta prueba. En nombre de la preservación de nuestra salud o seguridad, es decir, oficialmente para nuestro bien, se puede temer que los poderes públicos, habida cuenta de su apetito para dirigir los distintos aspectos de nuestra vida cotidiana, sigan imponiéndonos limitaciones adicionales a nuestras libertades fundamentales. En cambio, tratándose más especialmente de la protección concedida a los consumidores, se puede pensar que, después del estado de emergencia, volveremos a la situación jurídica anterior.

Sin embargo, lo que podría cambiar son nuestros hábitos de consumo. Parece que los consumidores están descubriendo las virtudes del consumo de proximidad con dos ventajas: por una parte, hacer trabajar los productores locales en estos tiempos difíciles preferentemente a productores extranjeros dado que, por otra parte, esta forma de comercio de proximidad resulta bueno para la preservación del medio ambiente por efecto de limitar los transportes.

En definitiva, permanece una interrogante: ¿cuánto tiempo aceptarán los consumidores franceses pagar más por productos locales o nacionales, mientras que productos extranjeros, elaborados a menos costo, permanecen más baratos? Pero debe reconocerse que, en muchos aspectos, la política de globalización, con la marcha forzada que conocemos, puede ser legítimamente cuestionada.

Referencias

Ch. Lachièze, Covid-19: un dispositif exceptionnel pour aider les professionnels du tourisme, JCP G 2020.

²⁶ Decreto núm. 2020-190, JO 4 de marzo de texto núm. 10.

²⁷ Decreto núm. 2020-293 de 23 de marzo de 2020, préc., art.12.

²⁸ El día mismo de esta conferencia (25 de abril de 2020) el ministerio francés de las solidaridades y de la salud adoptaba un orden para autorizar las farmacias a vender mascarillas no sanitarias (para el público en general) que deben distinguirse de las mascarillas sanitarias (quirúrgicas y FFP2) mencionadas más arriba en el texto, JO 26 de abril de 2020, texto núm. 65.

²⁹ Discurso a la nación de 16 de marzo de 2020.

³⁰ Ver más en: www.pasteur.fr

Deshayes, La prorogation des délais en période de Covid-19: quels effets sur les contrats? D.2020.831.

Francia Ord. núm 2020-306 de 25 de marzo de 2020, JO 26 de marzo de 2020.

Francia, Cass.1ère com. 16 de sept. 2014, D. 2014.2217, note François; adde: J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision, D. 2020.611.

Francia, CE 10 de agosto de 1917, núm. 59855, Baldy.

Francia, CGI.

Francia, Código de Salud Pública (CSP), nuevo art. L 3131-12.

Francia, Decreto núm. 2020- 423 de 14 de abril de 2020, JO 14 de abril de 2020.

Francia, Decreto núm. 2020-190, JO 4 de marzo.

Francia, Decreto núm. 2020-197, JO 6 de marzo de 2020.

Francia, Decreto núm. 2020-260 de 16 de marzo de 2020, JO 17 de marzo de 2020.

Francia, Decreto núm. 2020-293 de 23 de marzo de 2020, art.3, JO 24 de marzo de 2020.

Francia, Ord. del 25 de abril de 2020, JO 26 de abril de 2020.

Francia, Ord. Núm. 2020-315, JO 26 de marzo de 2020.

Francia, Ord. núm. 2020-427 de 15 de abril de 2020, (art. 2), JO 16 de abril de 2020.

J.D. Pellier, Le gouvernement au secours des professionnels du tourisme, D. 2020.775.

J.D. Pellier, Retour sur le contrôle des prix sur fond de coronavirus: entre Charybde et Scylla, D. 2020. Art. L 442-5.

Efectos de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el sistema judicial dominicano y su impacto sobre la economía nacional

Mariel Durán y Carlos Camejo*

Recibido: 12 de julio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

La eficiencia de un sistema judicial es un componente de capital importancia para la sanidad económica de un país y ha quedado constatado que la utilización de medios tecnológicos colabora en hacer este poder uno más rápido, eficiente y de calidad. El objetivo de la presente investigación es el de analizar el impacto micro y macroeconómico que tiene la calidad de un sistema judicial en la República Dominicana, con atención a cómo el uso de medios tecnológicos colabora con este fin, al tiempo que haremos una propuesta de reforma estructural del sistema. El estudio partirá del análisis de los actuales indicadores publicados por el Poder Judicial de la República Dominicana para reconocer las fallas dentro del ordenamiento y sus implicaciones económicas. Este trabajo nos permitirá reconocer un fallo estructural del ordenamiento judicial dominicano y sus efectos económicos y cómo la aplicación de herramientas tecnológicas puede dinamizar el sistema de manera transversal.

Palabras clave: tecnologías, mora judicial, proceso monitorio, economía, jurisdicción civil y comercial.

Abstract

The efficiency of the Judicial Branch is a remarkable element to the economic wellbeing of any country, and it has been proven how the use of technological means collaborates in making this particular State Power faster, more efficient and of higher quality. The objective of this investigation is to analyze the micro and macroeconomic impact that the quality of the judicial system has in the Dominican Republic, especially regarding the way that technology is an aid to this mean and at the same time we will make a practical proposition of structural reform to the system. This paper will evaluate current indicators branded by the Judicial Branch of the Dominican Republic to recognize its flaws within the legal system and its effects in the national economy. The following investigation will allow us to recognize a structural weakness of the Dominican Republic's judiciary system and its economic repercussions and how the use of technological tools might dynamize the system transversely.

Keywords: *technology, judicial delay, small claim courts, economy, civil and commercial courts.*

* Egresados de la Escuela de Derecho del Campus de Santo Domingo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Introducción

Al evaluar cuáles reformas se deben priorizar para el desarrollo económico de un país, raramente se toma en cuenta el sistema judicial. El carácter conservador con el que siempre se ha catalogado este poder estatal se ha interpretado como una condena auto infligida de vivir perpetuamente estancado en el pasado sin reparar en la importante reforma que afecta el desarrollo económico de un Estado. De entrada, sería irresponsable no acotar que la justicia es un área pública polimórfica que afecta a órdenes muy diversos de la vida económica, política y social de un país¹ y es precisamente en este punto donde reside la dificultad de innovación en la materia porque no es arriesgado decir que cada área del quehacer jurídico tiene necesidades radicalmente distintas.

Partiendo entonces de la importancia que tiene este servicio público sobre el régimen económico nacional, es necesario encontrar formas innovadoras de eficientizar su funcionamiento. Aunque este sistema ha sido uno caracterizado por su renuencia al cambio, no puede ser ajeno a la evolución tecnológica que pone a su mano herramientas cuyas funciones pueden dar al traste con problemas y situaciones que se vienen arrastrando desde hace décadas, especialmente, a sabiendas de que las tecnologías de la información han demostrado tener un impacto positivo en la productividad de casi cualquier actividad.

Distintas investigaciones han abordado el relevante impacto que tiene la calidad y eficiencia del sistema judicial en la economía de los Estados² y cómo el uso de nuevas tecnologías puede mejorar su calidad y dinamismo³. Por otro lado, a nivel local existe literatura que pondera la posibilidad de aplicación de un procedimiento monitorio en la legislación dominicana⁴.

No obstante, previo al presente trabajo, no existía investigación que analizara los indicadores del sistema judicial dominicano para determinar sus carencias y sus oportunidades de mejoras utilizando herramientas digitales.

En virtud de lo anterior, la pregunta sobre la que se basa la presente investigación y el objetivo que persigue es hacer un acercamiento científico a cómo la eficiencia del ordenamiento judicial dominicano (con especial atención al sistema civil y comercial) afecta su economía y cómo la aplicación de nuevas tecnologías puede colaborar con su dinamización, con especial atención a una revisión estructural tendiente a reconocer los “cuellos de botella” y finalmente hacer una propuesta de solución práctica englobando todo lo mencionado. Buscaremos traer una nueva percepción sobre el potencial de aplicar medidas innovadoras a través de la implementación de tecnologías de la información para mejorar el sistema judicial de la República Dominicana partiendo del nuevo nicho digital creado por la pandemia del COVID-19, que, para bien o para mal, llegó para quedarse.

Desde una perspectiva internacional, este trabajo partirá de lo desarrollado por la base de datos de *Doing Business* creada por el Banco Mundial, en la que se analiza el posicionamiento de la economía de todos los países a ella sometidos como destino atractivo para capital extranjero. Parte de los elementos tomados en cuenta para realizar este estudio pasa por el desarrollo de buenas prácticas y el grado de eficiencia del sistema judicial de cada uno de esos países, enfocado, principalmente, en la facilidad de ejecución forzosa de contratos incumplidos. Sin reparar en lo anterior, pese a las críticas que este indicador recibe, como la forma en la que recopila información, es innegable su importancia como fuente de data cuantitativa y cualitativa sobre las economías del mundo y qué

¹ RAMOS, Marisa. Sistemas judiciales y democracia en Centroamérica: la perspectiva de los jueces [en línea]. Barcelona: CIDOB, 2005 [consultado el 26 abril 2020], p. 5. Disponible en: <URL: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaupsasp/Doc?id=10862110>>.

² Ver: CHAKRABORTY, Pavel. Judicial quality and regional firm performance: The case of Indian states. *Journal of Comparative Economics* [en línea]. Noviembre 2016 [consultado el 31 marzo 2020], Vol. 44, N.º 4, p. 902-918. DOI 10.1016/j.jce.2016.07.001; CLARKE, George, DESAI, Raj, HALLWARD-DRIEMEIER, Mary, et al. *World development report 2005: a better investment climate for everyone* [en línea]. Reporte núm. 28829. [S. l.] : The World Bank, 1ro enero 2004 [consultado el 26 abril 2020], p. 86. Disponible en: <URL: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/554071468182337250/World-development-report-2005-a-better-investment-climate-for-everyone>>; MARESCH, Daniela, FERRANDO, Annalisa et MORO, Andrea. *Creditor Protection, Judicial Enforcement and Credit Access* [en línea]. SSRN Scholarly Paper N.º ID 2639159. Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 julio 2015 [consultado el 28 enero 2020]. Disponible en: <URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=2639159>>.

³ REILING, Dory. *Technology for justice how information technology can support judicial reform*. [en línea]. Leiden: Leiden University Press, 2010. Disponible en: <URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/15608929.pdf>>; PALUMBO, Giuliana, GIUPPONI, Giulia, NUNZIATA, Luca, et al. *Judicial Performance and its Determinants: A Cross-Country Perspective* [en línea]. Rapport N.º 5. [S. l.] : OECD Publishing, 12 junio 2013 [consultado el 26 abril 2020]. (OECD Economic Policy Papers). Disponible en <URL: <https://ideas.repec.org/p/oec/ecoab/5-en.html>>. Título Publicación: OECD Economic Policy Papers.

⁴ PÉREZ, Sterling. *Naturaleza jurídica del procedimiento monitorio de cara a las persecuciones del acreedor quirografario. Experiencia europea y latinoamericana*. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Maestría en Procedimiento Civil, 2018.

factores tienen implicaciones determinantes sobre ellas.

De igual forma, al momento de iniciar la investigación de marras, se decidió darle un enfoque puramente privado, es decir, desde la perspectiva del derecho civil y comercial, por tratarse del sistema con mayores efectos sobre la economía de un Estado. Esto en vista de que, a través de su función de ejecución contractual, ambas ramas tienen una vital importancia y representan su sanidad. Por esto, al momento de hacer un análisis sobre los efectos que tiene la implementación de tecnologías de la información para la entrega del servicio público de la justicia, hemos enfocado nuestro estudio en el segmento de estos sectores que estimamos tiene incuantificables implicaciones sobre el desarrollo económico dominicano y son un espejo frente al que se puede estudiar la sanidad de su quehacer comercial.

En el cuerpo de la investigación se abarcará la ausencia de suficientes indicadores certeros sobre la materia, por lo que en la República Dominicana no existe un fondo de insumo de información sobre el tema analizado que funja como base de partida y esto es un componente que, definitivamente, implica la necesidad de una constante evolución del trabajo de marras. La información cualitativa y cuantitativa utilizada como fundamento para lo desarrollado parte de una recopilación de derecho comparado sobre investigaciones y estudios realizados en el extranjero y su extrapolación a la República Dominicana, así como el uso de reportes e informes emitidos por el Poder Judicial dominicano sobre su flujo de casos en las áreas de interés. Con esto en mente, lo que sigue de inmediato es un análisis del flujo de casos en un segmento particular del andamiaje judicial dominicano y cómo la aplicación de nuevas tecnologías puede colaborar con el mejoramiento de ciertos problemas estructurales que serán debidamente abarcados y esto conllevará una propuesta de *lege lata/de lege ferenda* sobre los efectos que lo desarrollado tiene sobre la economía dominicana.

I. El impacto económico de un sistema de justicia de calidad

La literatura de la materia siempre se ha decantado por indicar que se sospecha que las “malas” instituciones públicas reducen Inversión Extranjera Directa (Foreign Direct Investment) y por ello el grado de la convergencia económica⁵. La calidad en el sistema de justicia también es un determinante significativo para un mejor desempeño de las empresas, tanto para la exportación como para las ventas en el mercado local. Según el indicador Doing Business, las economías con un Poder Judicial más eficiente tienen mercados crediticios más desarrollados y un mayor nivel de desarrollo de manera general⁶.

De acuerdo con un estudio realizado en la India, un estimado conservativo sugiere que incrementar en un 10% la calidad del Poder Judicial incrementa las ventas de las empresas hasta en un 2% por encima de aquellos que cuentan con un sistema más ineficiente⁷. De igual forma, en un estudio realizado de manera privada se determinó que la probabilidad de obtener un crédito es 40% mayor en los países con mejores sistemas de administración de justicia⁸. El reporte de *A Better Investment Climate for Everyone* emitido por el Banco Mundial en el año 2005 llegó a las siguientes conclusiones sobre la materia⁹.

- Empresas en Brasil, Perú y Filipinas reportaron que estarían dispuestas a incrementar sus inversiones si tuvieran más confianza en los tribunales de su nación;
- Empresas en Albania, Bulgaria, Croacia, Ecuador, Moldova, Perú, Polonia, Rumanía, Rusia, Eslovaquia, Ucrania y Vietnam se mostraron renuentes a cambiar proveedores, aun con precios más bajos, ante el miedo del difícil acceso a los tribunales para ejecutar nuevos acuerdos;
- Empresas en Bangladesh y Pakistán demostraron

⁵ BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès, COUPET, Maylis y MAYER, Thierry. Institutional Determinants of Foreign Direct Investment. *The World Economy* [en línea]. 2007 [consultado el 26 abril 2020], Vol. 30, núm. 5, p. 17. DOI 10.1111/j.1467-9701.2007.01022.x.

⁶ THE WORLD BANK. Why it matters in Enforcing Contracts - Doing Business - World Bank Group [en línea]. [S. d.] [consultado el 26 abril 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts/why-matters#1>>.

⁷ CHAKRABORTY, Pavel. Judicial quality and regional firm performance: The case of Indian states. *Journal of Comparative Economics* [en línea]. Noviembre 2016 [consultado el 1 abril 2020], Vol. 44, núm. 4, p. 902-918. DOI 10.1016/j.jce.2016.07.001.

⁸ MARESCHE, Daniela, FERRANDO, Annalisa y MORO, Andrea. Creditor Protection, Judicial Enforcement and Credit Access [en línea]. SSRN Scholarly Paper núm. ID 2639159. Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 julio 2015 [consultado el 28 enero 2020]. Disponible en: <URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=2639159>>.

⁹ CLARKE, George, DESAI, Raj, HALLWARD-DRIEMEIER, Mary, et al. World development report 2005: a better investment climate for everyone [en línea]. Reporte núm. 28829. [S. l.]: The World Bank, 1ro enero 2004 [consultado el 26 abril 2020], p. 86. Disponible en: <URL: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/554071468182337250/World-development-report-2005-a-better-investment-climate-for-everyone>>.

que cuando confían en el sistema judicial, realizan la mitad de sus ventas al crédito, mientras que aquellas que desconfían de él, solo extienden líneas de crédito a un cuarto de sus compradores;

- En países como Burundi, Camerún, Costa de Marfil, Kenia, Madagascar, Zambia y Zimbabue, donde las empresas tienen poca confianza sobre el sistema de tribunales, se muestran renuentes de expandir su esfera de negocios más allá del personal que le sea conocido.

Entonces, un ineficiente sistema de administración de justicia conlleva un incremento de los costos de transacción que crean un entorno económico poco favorable para el desarrollo comercial, porque si la ejecución contractual de suplidores es costosa o imposible, las firmas realizarán una mayor parte de su proceso productivo dentro de su mismo seno en lugar de subcontratar. Costos de producción más altos conlleva a precios más altos para los compradores y, en consecuencia, distorsiones a escala macroeconómica¹⁰.

La existencia de discusiones sobre el papel que juega el sistema civil y comercial de impartición de justicia ha traído constante polémica entre diversos autores del sector económico. En ese tenor, el modelo *Arrow-Debreu* indicaba que el enforzamiento perfecto de contratos creaba una situación de asunción óptima de riesgos compartidos; en el Teorema de Coase, su ejecución resolvía fallos de mercado; y, en modelos marcados por la asimetría de la información, crea un incentivo al desarrollo¹¹.

Es decir, los sistemas judiciales funcionales son cruciales para el desarrollo económico porque amparan el intercambio de bienes y servicios que componen el sistema comercial, protegiendo los dos requisitos más importantes de una economía

de mercado, el aseguramiento de los derechos de propiedad y la ejecución de contratos. Como ha sido indicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), la ejecución de contratos estimula las transacciones económicas al limitar la posibilidad de disuadir el comportamiento oportunista y reducir los costos de transacción. Lo anterior se traduce en una promoción de la competencia y el fomento a la especialización de industrias donde la inversión es importante y contribuye con el desarrollo financiero y los mercados de crédito¹².

En resumen, la ineficiencia en la entrega del servicio público de la justicia conlleva a graves efectos sobre el sistema económico dado que la no resolución de conflictos de ejecución contractual (que sostienen la base del comercio) crea incentivos negativos en las personas que se sujetan a obligaciones de esta naturaleza. Tomando como base, entonces, que el sistema económico se mantiene casi exclusivamente en la confianza de los agentes que lo componen, el mantenimiento de un entorno comercial en el que sus participantes desconfían de la posibilidad de ejecutar forzosamente las obligaciones que les son incumplidas, solo puede desembocar en una absoluta detención (o al menos una ralentización) de la contratación empresarial y de la economía de manera general.

II. Primera barrera a la reforma judicial: ausencia de información objetivamente recopilada y analizada

El desarrollo de indicadores confiables que determinen la eficiencia del Poder Judicial conlleva a que las políticas públicas a implementarse ataquen con especificidad las falencias que tiene el sistema sobre el que se actúa. Medir numéricamente el desempeño

¹⁰ BOEHM, Johannes. The Impact of Contract Enforcement Costs on Outsourcing and Aggregate Productivity [en línea]. Reporte núm. 2018-12. [S. l.]: Sciences Po, diciembre 2018 [consultado el 26 abril 2020], p. 2. (Sciences Po publications). Disponible en: <URL : <https://ideas.repec.org/p/spo/wpmain/infohdl2441-1uut5itepl9q5osf3tj7qatje.html>>.

¹¹ GENNAIOLI, Nicola. Optimal Contracts with Enforcement Risk [en línea]. SSRN Scholarly Paper núm. ID 1146948. Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 junio 2008 [consultado el 26 abril 2020], p. 1. DOI 10.2139/ssrn.1146948.

¹² PALUMBO, Giuliana, GIUPPONI, Giulia, NUNZIATA, Luca, et al. julio [en línea]. Reporte núm. 5. [S. l.]: OECD Publishing, 12 junio 2013 [consultado el 26 abril 2020], p. 8. (OECD Economic Policy Papers). Disponible en: <URL: <https://ideas.repec.org/p/oec/ecoaab/5-en.html>>.

de los servicios judiciales será de gran ayuda para este servicio público nacional porque (a) son una importante fuente de información recopilada de acuerdo con el método científico y el método analítico, sobre cualquier aspecto del sistema judicial; y, (b) tienen una relevancia particular por su uso social y económico dada la importancia de los procesos judiciales en las vidas de las personas, familias y negocios¹³.

De todo lo anterior se desprende que la falta de información estadística que permita evaluar el desempeño de la administración de justicia es la primera limitante al desarrollo de cualquier reforma o política que se pretenda implementar. A nivel internacional, ha sido reconocido que la disponibilidad y uso de datos cuantitativos sobre el desempeño de los tribunales es el factor que contribuye de manera más significativa a que puedan realizarse reformas fundamentales en el sector¹⁴.

Una buena recopilación de datos está, en adición, vinculada a una menor mora judicial. Según los resultados del informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) sobre los determinantes de la eficiencia judicial, existe una vinculación directa entre los países que tienen buenas estadísticas judiciales y la duración de los casos en los tribunales, en el que los primeros tenían mucho menor duración respecto de los países que no recopilan buenas estadísticas¹⁵.

Asimismo, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) estableció que el principal factor que ocasionaba que las reformas judiciales en Latinoamérica fallaran se debía a que los problemas se diagnostican a través de la intuición y la experiencia

personal, es decir, de fuentes parciales y no generalizables que provocan discusiones redundantes sobre qué se debe resolver. Para este órgano, la estadística judicial es el instrumento más potente para materializar el cambio, mejora o modernización de la justicia. La razón es sencilla. Esta es información objetiva y, como tal, pone de manifiesto los problemas, alerta a los ciudadanos, dinamiza los procesos políticos, ayuda a diseñar los cambios, permite hacer un seguimiento de estos cambios, entre otras cosas¹⁶.

En el referido informe sobre los determinantes de la eficiencia judicial, los países que poseían mejores estadísticas recopilan información de la naturaleza que describiremos a continuación: (i) casos interpuestos clasificados por tipo de demanda, tipo de demandante y demandado; (ii) valor monetario de la demanda; (iii) tasa media de despacho clasificado por tipo de caso; (iv) casos pendientes y mora por tipo de caso; (v) duración media del proceso por tipo de caso y etapa del procedimiento; (vi) casos resueltos clasificados por método de disposición; y, (vii) carga de trabajo de los jueces.

Un ejemplo reciente del impacto que trae la falta de recopilación y análisis de datos en la determinación de las reformas a implementar es el plan estratégico del Poder Judicial “Visión Justicia 20/24”¹⁷. La importancia de esta recopilación de datos es tal que, para la elaboración de este plan, la primera etapa consistió de manera absoluta en la recopilación de información y análisis documental para reconocer debilidades del sistema. De aquí se extrajo, entre otros, la clasificación por materia de los casos contenciosos durante el año 2017, como es descrito a continuación:

¹³ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). Measuring the quality of justice - Guide. En: COE [en línea]. 2016 [consultado el 26 abril 2020]. Disponible en: <URL: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/7500-measuring-the-quality-of-justice-guide.html>>.

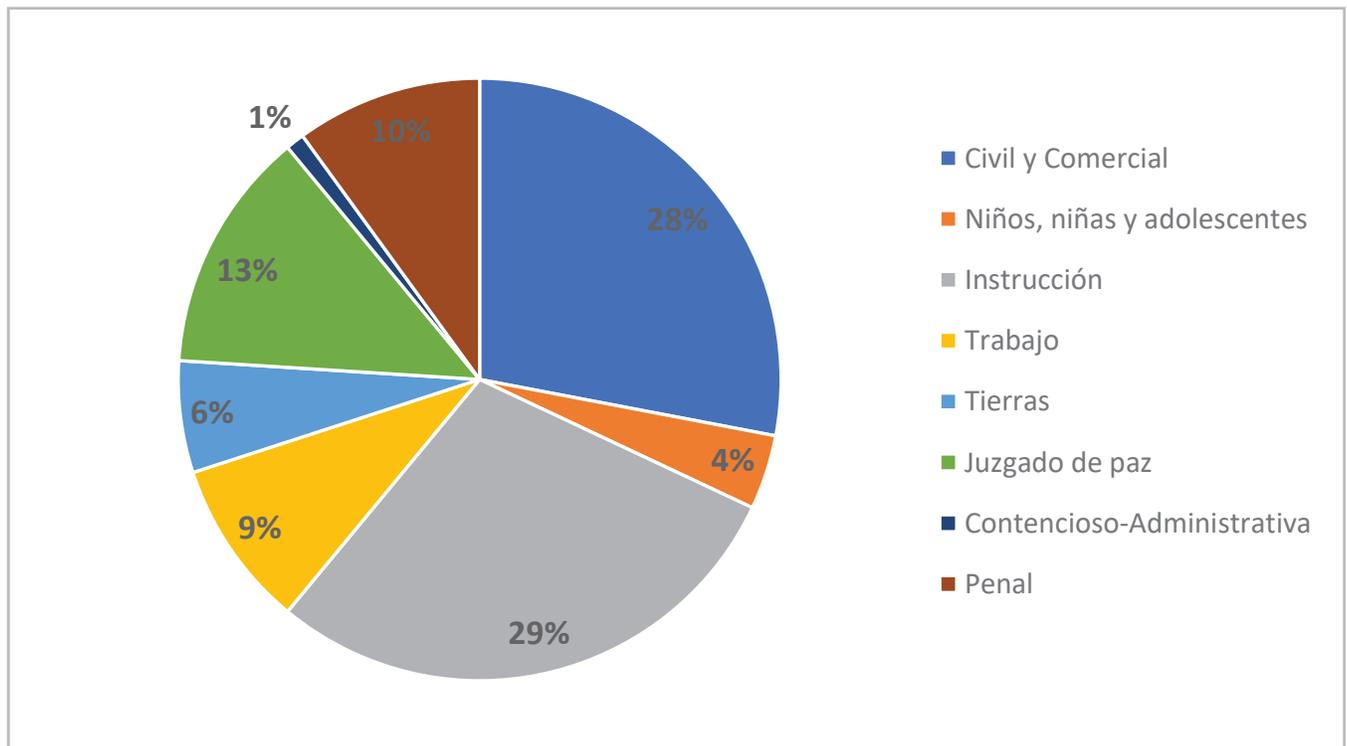
¹⁴ BANCO MUNDIAL. Improving the performance of justice institutions (inglés) [en línea]. Documento de trabajo núm. 63725. [S. l.]: [s. n.], 1er enero 2011 [consultado el 5 abril 2020], p. 66-67. Disponible en: <URL: <http://documents.bancomundial.org/curated/es/244521468230960192/Improving-the-performance-of-justice-institutions>>.

¹⁵ PALUMBO, Giuliana et al., *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ CEJA. Experiencias de innovación en los Sistemas de Justicia Civil en América Latina. En: DECS [en línea]. 18 octubre 2017 [consultado el 5 abril 2020], p. 13. Disponible en: <URL: <http://decs.pjud.cl/experiencias-de-innovacion-en-los-sistemas-de-justicia-civil-en-america-latina-2017-ceja/>>.

¹⁷ Visión Justicia 20-24 | Transformación [en línea]. 2020 [consultado el 19 abril 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.poderjudicial.gob.do/vision20-24/transformacion.html>>.

Figura 1



Fuente: Dirección de Análisis y Políticas Públicas

Clasificación por materia de asuntos contenciosos en el 2017

Si bien estos datos permiten entender levemente la manera como se distribuyen los distintos órganos del sistema de administración de justicia, así como la carga por juez y por materia que recibe el sistema; no se toman en cuenta muchos factores fundamentales para determinar cuáles son los principales problemas que posee el Poder Judicial. Sin embargo, tal acercamiento no es suficiente y en tal estado, no es posible evaluar aspectos fundamentales para determinar la eficiencia real del sistema de administración de justicia dominicano como (a) el tiempo que tarda un proceso; (b) la calidad de las decisiones emanadas; (c) la distribución de la carga de trabajo y otros aspectos relevantes para determinar una efectiva reforma a esta institución. Lo anterior trae como consecuencia que los tribunales y los jueces desconozcan sus habilidades para utilizar más eficientemente los recursos y cambiar los procesos por otros más funcionales¹⁸.

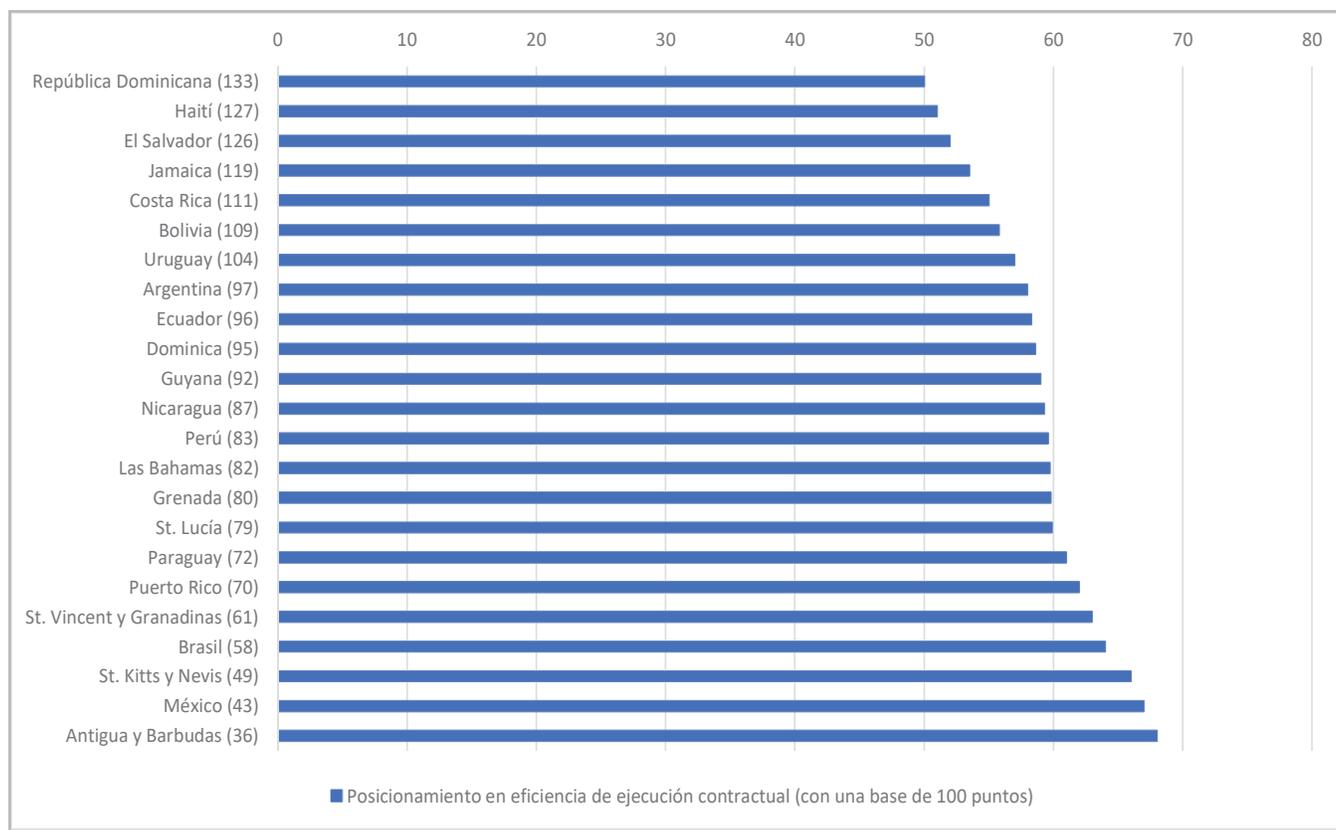
III. Desempeño del Poder Judicial dominicano en los principales indicadores internacionales sobre calidad del sistema judicial

En la introducción del presente trabajo desarrollamos que el indicador *Doing Business* crea un índice de posicionamiento tomando en consideración la facilidad o la eficiencia de ejecutar un contrato en cada uno de los países encuestados partiendo de una calificación general basada en 100 puntos; y, desde una perspectiva puramente Latinoamericana, el resultado del año 2020 es el siguiente:

De la relación de datos anteriormente transcrita se pueden desprender dos consecuencias de suma relevancia para el enfoque del presente trabajo. Por un lado, mientras más eficiente es el proceso judicial de ejecución

¹⁸ INTERNATIONAL CONSORTIUM FOR COURT EXCELLENCE. Global Measures of Court Performance [en línea]. Melbourne: Secretariat for the International Consortium for Court Excellence, 2018, p. 42. Disponible en : <URL : <http://www.courtexcellence.com/>>.

Figura 2
Índice de calidad del proceso de ejecución contractual (posicionamiento en la lista de Doing Business)



Fuente: Índice General del indicador Doing Business del Banco Mundial.

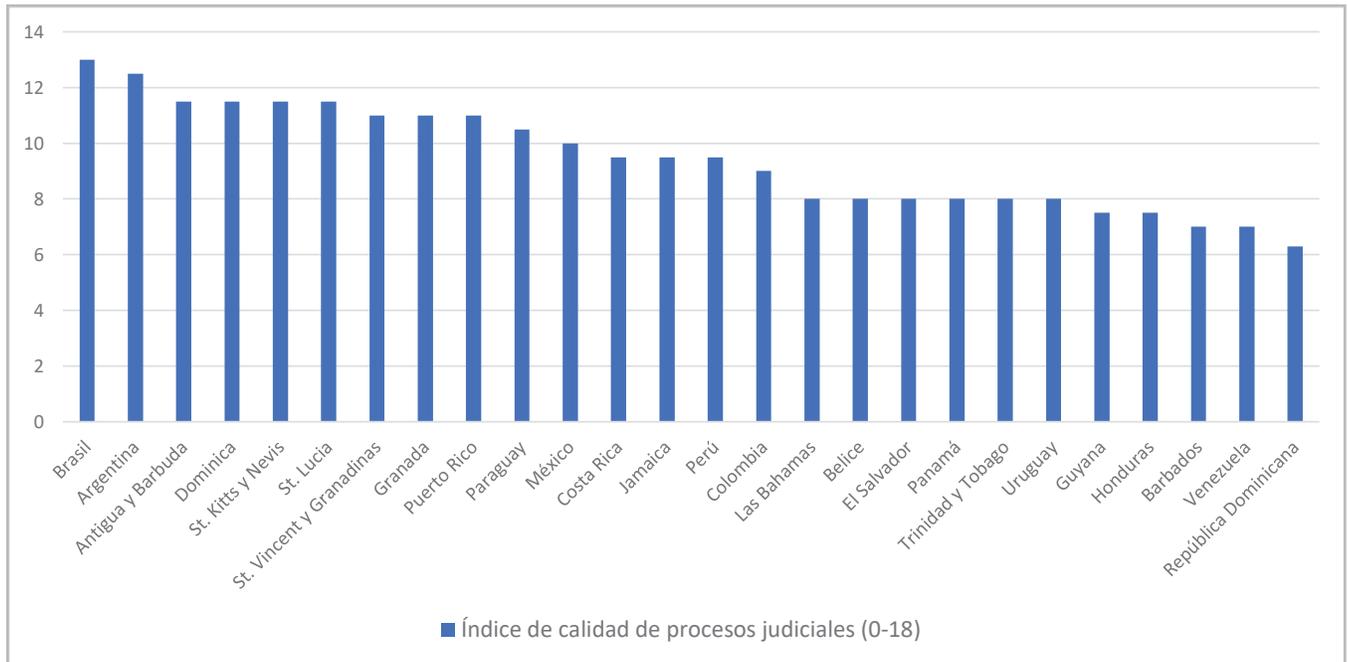
contractual, mejor posicionamiento se tiene en el índice general de Doing Business (como se ve reflejado en el paréntesis al lado de cada país); y, en segundo lugar, que el proceso de ejecución en la República Dominicana es sumamente ineficiente, colocándolo en el lugar 23 de la lista y en el 133 del índice general, consiguiendo apenas la mitad del puntaje que otorga esta institución.

Este mismo sistema también desarrolla un segundo indicador en el que demuestra la calidad del proceso judicial con base en una calificación general de 18 puntos. La duración y calidad de los juicios es un resultado de la oferta y la demanda de los servicios de justicia y estos elementos se ven altamente influenciados por cuestiones como (a) la cantidad y calidad de los recursos humanos dirigidos a la justicia; y, (b) la eficiencia del proceso de producción influenciado por la especialización de tareas, uso de técnicas de tramitación eficiente de casos y la utilización de tecnologías de la comunicación e información¹⁹. En ese sentido, al igual que en el caso anterior, la perspectiva latinoamericana es como sigue:

Es necesario dirigirnos al colofón de la tabla para localizar a la República Dominicana en el lugar número 26 del indicador, con una puntuación de 6.5 de 18 posibles puntos. La conclusión es clara: en el país no solo el proceso de ejecución contractual es ineficiente, sino que además el proceso de manera general es de baja calidad, que, confluyendo con el resto de la data demostrada en el presente trabajo nos indica que la República Dominicana

¹⁹ PALUMBO, Giuliana et al., *op. cit.*, p. 10.

Figura 3
Índice de calidad de procesos judiciales (0-18)



Fuente: Índice de calidad de procesos judiciales del indicador Doing Business del Banco Mundial.

no es un país en el que la erogación de fondos puede ser debida y oportunamente protegida, y, en consecuencia, la hace un destino no deseable.

Los índices anteriormente desarrollados son preocupantes de cara a la imagen de la República Dominicana como un destino interesante para el capital, sea nacional o extranjero, pero devino necesario comprender los elementos tomados en consideración por estos indicadores para determinar en qué fallaba el país y dónde es necesario el desarrollo de políticas públicas que rompan los obstáculos que aquejan al sistema de justicia. De entrada, Doing Business indica que para determinar la calidad de un proceso judicial se toma en consideración si cada economía ha aplicado buenas prácticas segmentadas en las siguientes cuatro áreas: (a) estructura de los tribunales y procesos; (b) manejo de casos; (c) automatización de los tribunales; y, (d) aplicación de métodos de resolución alternativa de controversias.

El problema de estructura que sufre nuestro sistema judicial nace de una indebida división de funciones en la materia civil y comercial por una irrisoria división de competencias (utilizando criterios puramente monetarios) entre los Juzgados de Paz (en la base piramidal del ordenamiento jurídico dominicano) y las Cámaras Civiles del Juzgado de Primera Instancia. Es difícilmente comprensible cómo en la economía actual, los Juzgados de Paz conocen de la materia civil y comercial, para asuntos que envuelvan sumas de dinero hasta los tres mil pesos dominicanos (DOP 3,000.00)²⁰ y hasta veinte mil pesos dominicanos (DOP 20,000.00)²¹ con grado a apelación.

Lo anterior se traduce en que toda disputa que supere esta irrisoria suma deberá ser dirigida a las Cámaras Civiles del Juzgado de Primera Instancia como motor de la judicatura nacional, la consecuencia de este inclemente flujo de casos en esta sede se ve reflejado por las fichas del Consejo del Poder Judicial que recogen la entrada y salida de casos en este renglón entre los años 2013 y 2019²² y que describimos a continuación:

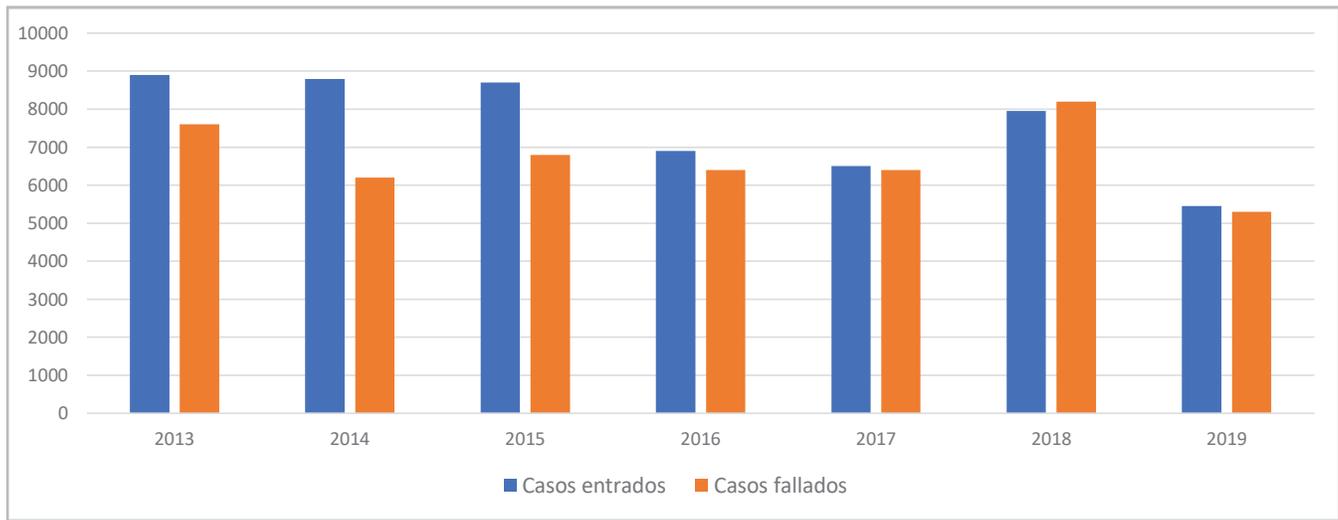
²⁰ Equivalente a cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con 81/100 (USD 52.81) en virtud de la tasa de cambio vigente al 12 de julio de 2021.

²¹ Equivalente a trescientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con 11/100 (USD 352.11) en virtud de la tasa de cambio vigente al 12 de julio de 2021.

²² Poder Judicial. Portal de Transparencia [en línea]. Santo Domingo: s/f. [consulta: 10 de julio de 2021]. Disponible en: <https://transparencia.poderjudicial>.

Lo anterior se ve complementado por el informe generado por el plan 20/24 desarrollado por el Consejo del Poder Judicial que indica lo siguiente:

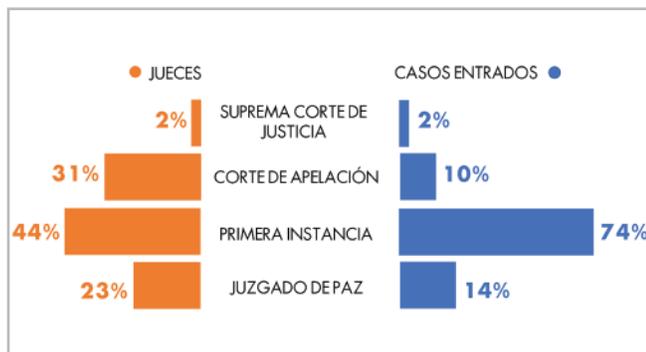
Figura 4
Entrada y salida de casos de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional entre los años 2013 y 2019



Fuente: Portal de Transparencia del Poder Judicial de la República Dominicana.

En la recopilación estadística más reciente encontrada del sistema judicial de la República Dominicana se demuestra que, salvo para el caso del año 2018, la

Figura 5
Cantidad de plazas de jueces versus casos recibidos en el año 2017 en la República Dominicana



Fuente: Consejo del Poder Judicial.

tendencia desde el 2013 siempre ha sido que la Cámara Civil del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional (como foco de esta investigación) no llega a fallar todos los casos que recibe en un año calendario, así como también que un 74% del total de los casos que entran al sistema caen bajo su amplísima competencia. Para los años 2020 y 2021 aún no se han publicado informes estadísticos, pero partiendo de la suspensión de procesos producto de la pandemia COVID-19, es previsible que durante este período la mora judicial haya incrementado o se haya mantenido. El sobrepeso funcional que se otorga a este escalafón de la judicatura desencadena en tribunales lentos, ineficientes y marcados por un mal manejo de recursos amparado en el hecho de que la cantidad de trabajo sobrepasa la capacidad humana de sus funcionarios porque conocen de todas las disputas de esta naturaleza que se susciten en dicha demarcación dado que en el mercado contemporáneo es irreal pensar que una transacción comercial no sobrepasará los tres mil pesos dominicanos (DOP 3,000.00)²³.

De lo anterior descubrimos que parte del problema que aqueja a la justicia civil dominicana es uno de

gob.do/transparencia/estadisticas_judiciales/BoletinesEstadisticos

²³ Equivalente a cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con 81/100 (USD 52.81) en virtud de la tasa de cambio vigente al 12 de julio de 2021.

estructura y según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos esto puede ser resuelto con el otorgamiento de un presupuesto más grande a la computarización, el manejo activo del progreso de casos y producción sistemática de estadísticas de los tribunales²⁴. Como colofón de la presente investigación, nos avocaremos a realizar una propuesta de solución a este importante problema a través de la exploración de la posibilidad de establecer un procedimiento monitorio de naturaleza virtual o digital en la República Dominicana.

IV. Propuesta de solución

La función de lo que en adelante se desarrollará cumple una misión simple, tomar los pocos indicadores existentes actualmente, reconocer la falla estructural del sistema que pesa sobre las Cámaras Civiles del Juzgado de Primera Instancia y tomar una medida utilizando tecnologías de la información para aliviar tal padecer y dinamizar el ordenamiento económico a través del sistema judicial. En resumidas cuentas, limitar la competencia para conocer de asuntos civiles a aquellas disputas económicas de cuantiosa relevancia y que la solución de desavenencias menores pueda realizarse de manera digital y automatizada sin necesidad de dilapidar el peculio estatal. Con este preámbulo, en lo que sigue abordaremos los beneficios de aplicar un sistema de tramitación de demandas de bajas cuantías o como son denominadas *small claim courts* (proceso monitorio), en la República Dominicana, con una naturaleza totalmente virtual.

El modelo que desarrollaremos en lo siguiente es tan solo una de las muchas opciones existentes de aplicación de nuevas tecnologías al sistema de justicia y la desarrollada se debe a una inferencia sobre un reconocido “cuello de botella” del andamiaje de justicia dominicano actual (que será descrito en lo adelante) y los elementos tomados a consideración por directorios internacionales, como, por ejemplo, el *Doing Business*, para determinar la calidad de un Poder Judicial. Parte de la evolución del sistema de justicia pasa por la aplicación de sistemas informáticos con distintos niveles de complejidad, desarrollando algunos para manejo y seguimientos de causas, tramitación electrónica e incluso “algunos que permiten la litigación en un ambiente Web sin necesidad de intervención humana”²⁵, casi todas cuestiones que

han fungido como revulsivos obligatorios a partir de la grave situación que representó la pandemia del COVID-19.

El razonamiento aplicado para escoger este segmento en particular recae sobre una justificación dual, en primer lugar, la adaptación del sistema nacional de justicia a las prácticas internacionales a través de mecanismos que mejoran su funcionamiento (ciber justicia y procesos abreviados/sencillos/monitorios); y, en segundo lugar, un reconocido punto débil de la organización judicial nacional, que es la injustificada división de competencias entre tribunales segmentadas por el tamaño de la demanda iniciada, su relevancia social y los efectos que tiene sobre el costo de la instrumentación de cada caso para el Poder Judicial.

De los elementos tomados en cuenta por el indicador *Doing Business* y que fueron expuestos con anterioridad, exclusivamente los elementos que modifican la eficiencia desde la perspectiva de la estructura de los tribunales y procesos y desde la vista de la automatización de los tribunales. En el primero de estos, una de las aristas tomadas en consideración es la existencia de procesos monitorios o *small claim courts/fast track processes* aplicados para casos de poca cuantía con la finalidad de descongestionar el sistema principal y enfocar el *grosso* de los recursos estatales en aquellos casos que verdaderamente lo ameriten, evitando así el ahogo de los tribunales y su posterior ineficiencia en la entrega del servicio público para los usuarios.

Es decir, un relevante segmento de la información analizada de cara a posicionar a la República Dominicana en la lista general de favorabilidad para los negocios pasa por el mejoramiento del sistema judicial en dos vertientes en los que el país no cuenta con programa o sistema alguno. Por un lado, la implementación de un sistema monitorio para casos sencillos o de bajas cuantías; y, por el otro, la aplicación de un auténtico sistema de ciber justicia en la que la parte interesada pueda reclamar derechos y, a quien se le acuse de violarlos, responda a las imputaciones, de una manera absolutamente no presencial y en línea. Si bien es cierto que la pandemia del COVID-19 nos ha obligado a hacer cambios, aún queda mucho camino por recorrer.

Para resolver esta situación, propondremos un modelo

²⁴ PALUMBO, Giuliana et al., *op. cit.*, p. 7.

²⁵ LILLO L, Ricardo. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial [en línea]. Brasilia, 29 noviembre 2010, p. 121. Disponible en : <URL : http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3868/EIUsodeNuevasTecnologiasenelSistemaJudicial_ExperienciasyPrecauciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

consistente en la delegación de funciones por parte de las Cámaras Civiles del Juzgado de Primera Instancia, quienes mediante la aplicación de nuevas tecnologías de la información en la entrega del servicio público de la justicia se verán aliviados con la implementación y el desarrollo de un proceso monitorio (*small claims court*) totalmente en línea y automatizado, como en efecto se ha logrado en jurisdicciones foráneas como en el Reino Unido con la implementación del sistema *Money Claim Online* que será descrito en lo adelante. Así, habiendo reconocido el problema y una posible solución, nos avocaremos a desarrollar el cómo del modelo que proponemos con el presente trabajo.

1. Naturaleza del procedimiento monitorio la posibilidad de realizarse virtualmente

El proceso monitorio (*small claims court*) al que hace referencia el índice Doing Business se ha desarrollado bajo la modalidad de ejercicios saludables para el sistema de justicia por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). Dicho proceso resulta de especial interés para la realidad del Poder Judicial Dominicano que posee un exagerado cúmulo de demandas en las Cámaras Civiles del Juzgado de Primera Instancia (en tanto órgano que conoce el grueso del litigio económico nacional, como describimos en el cuerpo del trabajo) y su consecuencia es fácilmente dilucidable: una alarmante mora judicial que ha conllevado a que el más sencillo proceso de cobro de valores (que conforman una mayoría de los casos que deciden los tribunales) sea decidido en el mismo tiempo que el caso más complejo que pueda aquejar al sistema de justicia.

La importancia de los procedimientos de esta naturaleza es de tal calado que el Banco Mundial lo incorporó como una buena práctica de los sistemas de justicia e indica que al menos 138 de las economías del mundo tienen un tribunal de pequeñas disputas o un procedimiento monitorio o simplificado²⁶. Como ha explicado la doctrina,

A partir de lo indicado se podría llegar a la conclusión de que el procedimiento monitorio no es más que un mecanismo especial creado por el legislador con la

finalidad principal de, en un corto plazo, obtener un título ejecutivo en ocasión de sumas dinerarias pendientes de pago de parte del deudor, no contestadas por este²⁷.

Los legisladores alrededor del mundo han reconocido que existen disputas que por sus ínfimas cuantías no necesariamente requieren los mismos complejos procedimientos y reglas, sino que, por el bienestar tanto del particular que le deben una acreencia como del sistema de impartición de justicia (y los fondos gastados por el Estado en su mantenimiento), pueden ser resueltos de forma más barata y eficiente. Es bajo esta premisa, entonces, que han implementado procedimientos monitorios o *small claims courts*²⁸.

Ante problemas similares en sus sistemas de justicia, algunos estados latinoamericanos han decidido eficientizar sus procedimientos en la última década con la implementación de procedimientos cortos y centralizados entre los que cabe mencionar Colombia, Uruguay, Chile y Ecuador²⁹. Huelga resaltar que tres de estos cuatro países se encuentran en mejores posiciones en el índice de *Doing Business* como lugar atractivo para la erogación de capital extranjero, estando Chile en el lugar núm. 59, Colombia en el lugar núm. 67 y Uruguay en el lugar núm. 101, mientras que la República Dominicana recae en el lugar núm. 115. Paralelamente con lo anterior, con relación a la facilidad de ejecución contractual, tres de estas naciones también superan el posicionamiento de la República Dominicana localizada en el puesto núm. 133, a saber, Chile en el puesto núm. 54, Ecuador en el lugar núm. 96 y Uruguay en el lugar núm. 104.

Según el Grupo del Banco Mundial, instaurar procedimientos monitorios no solo ayuda a liberar a los tribunales de una importante cantidad de trabajo, sino que eficientiza el uso de recursos y reduce enormemente la mora judicial, permitiéndoles concentrarse en los casos más complejos³⁰. En este tenor, el objeto de la implementación de un proceso monitorio en línea como el que proponemos es el de crear un título ejecutivo de una manera expedita a través de un proceso, en principio, puramente escrito, desarrollado a través de un sistema de demanda y defensa de forma digital. Este es un proceso especial

²⁶ HARLEY, Georgia y SAID, Agnes Cristiana. Fast-tracking the resolution of minor disputes: experience from EU Member States [en línea]. Reporte núm. 112769. [S. l.]: The World Bank, 1ro enero 2017 [consultado el 26 abril 2020], p. 7. Disponible en: <URL : <http://documents.worldbank.org/curated/en/670181487131729316/Fast-tracking-the-resolution-of-minor-disputes-experience-from-EU-Member-States>>.

²⁷ PÉREZ MALDONADO, Sterling José. Naturaleza jurídica del procedimiento monitorio de cara a las persecuciones del acreedor quirografario: experiencia europea y latinoamericana. En: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2018, p. 46.

²⁸ HARLEY, Georgia y SAID, Agnes Cristiana, op. cit., p. 8.

²⁹ PÉREZ MALDONADO, Sterling José, op. cit., p. 34.

³⁰ HARLEY, Georgia y SAID, Agnes Cristiana, op. cit., p. 8.

y breve que decide el fondo del asunto a través de una decisión emitida con la autoridad de la cosa juzgada y provee al acreedor de un título ejecutivo en un corto período de tiempo³¹.

La importancia de estos procedimientos se ve exacerbada por lo expuesto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que indica que, en la experiencia uruguaya, si el juez cumple con su función formalizadora, en un 80% de los juicios no se oponen excepciones, por lo que el proceso termina con un escrito y una providencia judicial³², siendo esta precisamente la intención del procedimiento monitorio en línea como será desarrollado en el próximo apartado. Sin reparar en lo anterior y reiterando la importancia de la consecución de indicadores eficientes por medios electrónicos y digitales, esta misma entidad ha indicado que de cara a asegurar su efectiva implementación, es necesario cerciorarse de la existencia de un estudio minucioso de los tipos de casos que podrían ser asignados a este procedimiento especial, así como la sistematización de la data de casos comerciales recopilados durante tres a cinco años sobre los patrones de demandas, causas de mora, etc.³³

En el Reino Unido, por ejemplo, existe un sistema judicial virtual denominado *Money Claim Online*, que es un proceso totalmente en línea en el que se pueden presentar demandas para cobrar deudas de hasta 100,000 libras esterlinas. En el estudio más reciente encontrado para el objeto de la presente investigación, se ha calculado que, desde la implementación de este sistema en el año 2018, se han interpuesto aproximadamente 100,000 acciones por esta vía electrónica y que el proceso de aplicación -que ha recibido una tasa de aprobación entre los usuarios del 88%- puede ser iniciado en tan solo diez minutos³⁴.

En un estudio realizado por el gobierno británico donde se analizó la funcionalidad del sistema *Money Claim Online*³⁵ llegaron a un conjunto de conclusiones tanto positivas como negativas de su implementación. Desde

la perspectiva positiva, indicaron que el procedimiento era simple y sencillo de completar porque era visto como una manera rápida y eficiente de someter una solicitud o demanda. Desde la perspectiva de los profesionales legales, opinaron que era un proceso sencillo de comprender y dieron buenas calificaciones por la velocidad en la que podía ser interpuesta, así como también la posibilidad de dar seguimiento al estado de los casos. Por otro lado, las cuestiones negativas recayeron sobre particularidades de su uso que pueden ser resueltas en el transcurso de su utilización después de aprobado un piloto que pueda ser debidamente utilizado por los usuarios del sistema.

2. Propuesta de funcionamiento de un procedimiento monitorio en línea en la República Dominicana

A la luz de los avances tecnológicos y su implementación en los procesos judiciales de otras naciones, es necesario tener presente su existencia y efectos sobre el volumen de operaciones comerciales que se realizan diariamente a través del Internet, por lo que sería contraproducente “negarles a documentos electrónicos la posibilidad de servir como título para iniciar un proceso monitorio”³⁶. De manera general, se ha aceptado que un procedimiento de esta naturaleza tiene dos etapas³⁷, una de admisión con el inicio del procedimiento por el acreedor; y, una de requerimiento, en la que le es notificada la actuación al deudor y este puede realizar el pago adeudado; no responder (y recibir una orden judicial en su contra) u oponerse al requerimiento aunando las pruebas que tenga en su favor.

Es menester recordar que dentro de los elementos tomados en cuenta internacionalmente para considerar un proceso judicial como eficiente se encuentran que exista la posibilidad de iniciar una gestión judicial de cobro electrónicamente a través de una plataforma distinta al fax o al correo y si el demandado puede ejercer sus defensas bajo esta misma modalidad.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ GRAMCKOW, Heike P. y EBEID, Omniah. Establishing small claims courts and the impact on service delivery in the justice system [en línea]. Reporte núm. 104145. [S. l.] : The World Bank, 1ro febrero 2016 [consultado el 26 abril 2020], p. 4. Disponible en: <URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/363681467994719303/Establishing-small-claims-courts-and-the-impact-on-service-delivery-in-the-justice-system>>.

³⁴ More than 100,00 civil money claims issued online. En: GOV.UK [en línea]. [S. d.] [consultado el 26 abril 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.gov.uk/government/news/more-than-10000-civil-money-claims-issued-online>>.

³⁵ CHOWDHURY, Rezina y ELLIS, Natalie. Money Claims: Research summary. Septiembre 2013, núm. 1, p. 11.

³⁶ RANEA, Roberto Loutayf y BENAVIDES, Alvaro. El camino hacia el proceso monitorio: La integración como paradigma. Academia & Derecho [en línea]. Universidad Libre, 2015 [consultado el 26 abril 2020], núm. 10, p. 212. Disponible en: <URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713590>>.

³⁷ CALVINHO, Gustavo. GUSTAVO CALVINHO: DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO. diciembre de 2011 [consultado el 26 abril 2020]. Disponible en: <URL: <http://gustavocalvinho.blogspot.com/2011/12/debido-proceso-y-procedimiento.html>>.

La posibilidad de someter disputas de baja cuantía económica a métodos de esta naturaleza en la República Dominicana ya ha sido evaluada por Tejada Cuello quien previó la posibilidad del desarrollo de un proceso monitorio con documentos digitales que lo justifiquen³⁸.

Partiendo de la premisa de que la regla general es que un proceso monitorio se culmine en tan solo dos etapas, una que le corresponde al acreedor y otra al deudor, la implementación del sistema de tramitación digital funcionaría *grosso modo* de la manera que será descrita a continuación: (a) el acreedor iniciará el procedimiento con una solicitud en línea adjuntando soportes documentales; (b) un funcionario público realiza una depuración de lo aportado para luego otorgar al accionante un auto para poner en causa al pretendido deudor; (c) una vez el deudor reciba la imputación que se le realiza, en un corto lapso de respuesta puede saldar su deuda u oponerse a su existencia a través de las mismas formalidades otorgadas al acreedor, descritas previamente; (d) el funcionario público habilitado para los fines analizará todo lo que le ha sido sometido y tomará la decisión de lugar, sea la fijación de una audiencia o la simple emisión de una decisión dándole ganancia de causa a cualquiera de las partes envueltas; y, (e) una vez se haya obtenido esta sentencia o decisión monitoria, quien haya resultado ganancioso habrá obtenido un título ejecutivo que, prima facie, habilitaría el inicio de cualquier vía de ejecución.

El efecto a corto y largo plazo de la implementación de un sistema de esta naturaleza pasa por la descongestión del sistema de justicia civil y comercial de primera instancia delegando los casos económicamente más pequeños a jueces con un menor flujo de trabajo con la finalidad de eficientizar en el mayor grado posible la inversión de recursos estatales sobre este servicio público a través de una herramienta digital. Si bien es cierto que, bajo un sistema procesal distinto, Tejada Cuello, citando a Pereira Campos indica que, por ejemplo, en Uruguay más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles o comerciales se tramitan en procesos de estructura monitoria, cuya duración promedio aproximada es de tres meses cuando no se plantea oposición³⁹, lo que ocurre en más del 95.3% de los casos⁴⁰.

Teniendo como fundamento la profunda congestión que padecen los tribunales de primera instancia del país y su lentitud en el procesamiento de decisiones, con la aplicación en el ordenamiento dominicano de una medida como la descrita se le estaría dotando de la agilidad y premura que ciertos casos pudieran disfrutar con la emisión de un título ejecutivo completamente en línea. Este razonamiento es necesario analizarlo desde una doble premisa: (a) logramos que un proceso que en promedio duraría 590 días (duración actual según Doing Business), pueda resolverse con sencillas actuaciones digitales que no requerirán traslados a tribunales ni un mayor manejo documental físico; y, (b) conseguiremos que los tribunales de primera instancia se desprendan de un importante porcentaje de sus casos que pueden ser fácilmente delegados a jurisdicciones jerárquicamente inferiores, colaborando así con la mejora del sistema de manera general e invirtiendo los recursos de manera más eficiente en casos comerciales más complejos y de mayor impacto social.

Conclusiones

El sistema judicial juega un rol importante en el orden económico de los países. La práctica internacional ofrece un acervo de experiencias positivas y negativas sobre el uso de innovaciones tecnológicas para desarrollar una justicia rápida, eficiente y de calidad. No obstante, en la República Dominicana, a pesar del desarrollo de una “oficina virtual” como consecuencia del COVID-19, todavía contamos con un poder judicial rezagado, sobrecargado y moroso, aunque la verdad es que aún es demasiado pronto para hacer tan severos juicios de valor.

El primer paso a tomar frente a esta realidad debe pasar por el desarrollo de indicadores y estadísticas que demuestren las falencias y puntos débiles del sector justicia. En la República Dominicana, los indicadores utilizados actualmente para evaluar al Poder Judicial son disfuncionales frente a la implementación de cambios duraderos porque no atañen los objetivos preestablecidos ni cuentan con las herramientas para recopilación eficiente de información objetiva, además de que vagamente puede decirse que usan un método científico de investigación. Para resolver esta cuestión,

³⁸ TEJADA, Judith. Procedimiento monitorio y su viabilidad en la República Dominicana. Santo Domingo: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2016, p. 46.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ LANDONI, Ángel. ¿Por qué un Código General del Proceso? La experiencia uruguaya [en línea]. Gaceta Judicial, Santo Domingo. 2013. [consulta en: 7 de julio de 2021]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/procedimiento+monitorio/WW/vid/516280210>

internacionalmente se han aplicado sistemas de manejo de casos digitales que facultan a los tribunales a dar seguimiento y recoger la información necesaria de cara a la aplicación de cambios en el sistema.

Finalmente, con los indicadores contemporáneos existentes es posible acreditar un fallo estructural en el sistema de justicia civil amparado en desactualizadas normas positivas. La práctica foránea ha demostrado que la implementación de tecnologías de la información para resolución de casos de bajas cuantías económicas es un ejercicio saludable que desahoga jurisdicciones completas, otorgándoles mayor dinamismo y flexibilidad. Dado el estado actual del sistema de justicia en términos de mora y mala automatización de tareas, la implementación de un sistema monitorio digital bajo la propuesta esgrimida *ut supra* es tan solo una de las maneras con probados resultados que se han mostrado altamente funcionales y con efectos positivos tanto a corto como a largo plazo en la justicia nacional y consecuentemente, en la economía nacional.

Referencias

- BANCO MUNDIAL. Improving the performance of justice institutions (inglés) [en línea]. Documento de trabajo N.º 63725. [S. l.]: [s. n.], 1 de enero de 2011 [consultado el 5 abril 2020]. Disponible en: <URL: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/244521468230960192/Improving-the-performance-of-justice-institutions>>.
- BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès, COUPET, Maylis et MAYER, Thierry. Institutional Determinants of Foreign Direct Investment. *The World Economy* [en línea]. 2007 [consultado el 26 abril 2020], Vol. 30, N.º 5, p. 764-782. DOI 10.1111/j.1467-9701.2007.01022.x.
- BOEHM, Johannes. The Impact of Contract Enforcement Costs on Outsourcing and Aggregate Productivity [en línea]. Reporte N.º 2018-12. [S. l.]: Sciences Po, diciembre 2018 [consultado el 26 de abril de 2020]. (Sciences Po publications). Disponible en: <URL: <https://ideas.repec.org/p/spo/wpmain/infohdl2441-1uut5itepl9q5osfl3tj7qatje.html>>.
- CALVINHO, Gustavo. GUSTAVO CALVINHO: DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO MONITORIO. En: *GUSTAVO CALVINHO* [en línea]. de diciembre de 2011 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://gustavocalvinho.blogspot.com/2011/12/debido-proceso-y-procedimiento.html>>.
- CEJA. Experiencias de innovación en los Sistemas de Justicia Civil en América Latina. En: *DECS* [en línea]. 18 de octubre de 2017 [consultado el 5 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://decs.pjud.cl/experiencias-de-innovacion-en-los-sistemas-de-justicia-civil-en-america-latina-2017-ceja/>>.
- CHAKRABORTY, Pavel. Judicial quality and regional firm performance: The case of Indian states. *Journal of Comparative Economics* [en línea]. Noviembre 2016 [consultado el 1 de abril de 2020], Vol. 44, N.º 4, p. 902-918. DOI 10.1016/j.jce.2016.07.001.
- CHOWDHURY, Rezina et ELLIS, Natalie. Money Claims: Research summary. Septiembre 2013, N.º 1, p. 11.
- CLARKE, George et al. World development report 2005: a better investment climate for everyone [en línea]. Reporte N.º 28829. [S. l.]: The World Bank, 1 de enero de 2004 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/554071468182337250/World-development-report-2005-a-better-investment-climate-for-everyone>>.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). Measuring the quality of justice - Guide. En: COE [en línea]. 2016 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/7500-measuring-the-quality-of-justice-guide.html>>.
- GENNAIOLI, Nicola. Optimal Contracts with Enforcement Risk [en línea]. SSRN Scholarly Paper N.º ID 1146948. Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 de junio de 2008 [consultado el 26 de abril de 2020]. DOI 10.2139/ssrn.1146948.
- GRAMCKOW, Heike P. et EBEID, Omniah. Establishing small claims courts and the impact on service delivery in the justice system [en línea]. Reporte N.º 104145. [S. l.]: The World Bank, 1 de enero de 2016 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://documents.worldbank.org/curated/>>

en/363681467994719303/Establishing-small-claims-courts-and-the-impact-on-service-delivery-in-the-justice-system>.

HARLEY, Georgia et SAID, Agnes Cristiana. Fast-tracking the resolution of minor disputes: experience from EU Member States [en línea]. Reporte N.º 112769. [S. l.]: The World Bank, 1 de enero de 2017 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/670181487131729316/Fast-tracking-the-resolution-of-minor-disputes-experience-from-EU-Member-States>>.

INTERNATIONAL CONSORTIUM FOR COURT EXCELLENCE. Global Measures of Court Performance [en línea]. Melbourne: Secretariat for the International Consortium for Court Excellence, 2018. Disponible en: <URL: <http://www.courtexcellence.com/>>.

LILLO L, Ricardo. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial [en línea]. Brasilia, 29 de noviembre de 2010. Disponible en: <URL: http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3868/EIUsodeNuevasTecnologiasenelSistemaJudicial_ExperienciasyPrecauciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

MARESCH, Daniela, FERRANDO, Annalisa et MORO, Andrea. Creditor Protection, Judicial Enforcement and Credit Access [en línea]. SSRN Scholarly Paper N.º ID 2639159. Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 de julio de 2015 [consultado el 28 de enero de 2020]. Disponible en: <URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=2639159>>.

PALUMBO, Giuliana et al. Judicial Performance and its Determinants: A Cross-Country Perspective [en línea]. Reporte N.º 5. [S. l.]: OECD Publishing, 12 de junio de 2013 [consultado el 26 de abril de 2020]. (OECD Economic Policy Papers). Disponible en: <URL: <https://ideas.repec.org/p/oec/ecoaab/5-en.html>>.

PÉREZ MALDONADO, Sterling José. Naturaleza jurídica del procedimiento monitorio de cara a las persecuciones del acreedor quirografario: experiencia europea y latinoamericana. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2018.

RAMOS, Marisa. Sistemas judiciales y democracia en Centroamérica: la perspectiva de los jueces [en

línea]. Barcelona: CIDOB, 2005 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaupsasp/Doc?id=10862110>>.

RANEA, Roberto Loutayf et BENAVIDES, Alvaro. El camino hacia el proceso monitorio: La integración como paradigma. *Academia & Derecho* [en línea]. Universidad Libre, 2015 [consultado el 26 de abril de 2020], N.º 10, p. 185-216. Disponible en: <URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713590>>.

RUBIANO-GROOT GÓMEZ, Sebastián et TORRES SEMANATE, Cristian Felipe. Sistema judicial y eficiencia: una visión desde el modelo de fallas del mercado. *Universitas Studiantes*, N.º 10 (enero-diciembre 2013) [en línea]. 2013 [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44775>>.

TEJADA, Judith. Procedimiento monitorio y su viabilidad en la República Dominicana. Santo Domingo: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2016.

THE WORLD BANK. Why it matters in Enforcing Contracts - Doing Business - World Bank Group [en línea]. [S. d.] [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts/why-matters#1>>.

Methodology for Enforcing Contracts. En: *World Bank* [en línea]. [S. d.] [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/enforcing-contracts>>.

More than 100,00 civil money claims issued online. En: GOV.UK [en línea]. [S. d.] [consultado el 26 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.gov.uk/government/news/more-than-10000-civil-money-claims-issued-online>>.

Visión Justicia 20-24 | Transformación [en línea]. 2020 [consultado el 19 de abril de 2020]. Disponible en: <URL: <https://www.poderjudicial.gob.do/vision20-24/transformacion.html>>.

Principios del Derecho Espacial para una nueva era de la actividad humana en el espacio

Orlando Gómez Torres*

Recibido: 26 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

La normativa en Derecho Internacional respecto al uso, exploración y explotación del espacio ultraterrestre presenta desafíos frente a la “democratización del espacio” con el crecimiento acelerado de la economía espacial. El objetivo de este trabajo es examinar los principios que rigen al Derecho Espacial y considerar posibles cambios para adaptarlos a esta nueva realidad. Para ello se hace una valoración de estudios y ensayos anteriores, así como un análisis y evaluación de la situación actual. Se busca proponer una nueva lectura de los principios estableciendo una jerarquía de prioridades y admitir flexibilidad en su interpretación para adaptarse a las innumerables variables que pueden derivar de las actividades humanas en el espacio ultraterrestre en la actualidad y para el futuro.

Palabras clave: derecho espacial, principios, economía, derecho.

Abstract

The rules of International Law regarding the use, exploration and exploitation of space need is facing the challenges that come with the “democratization of space” and the growing development of the space economy. The objective of this paper is to review the principles that govern Space Law and consider potential changes to adapt them to the new reality. Under such consideration we review previous studies and writings, and we perform an analysis and evaluation of the current situation. We seek to propose a new reading of the principles establishing a hierarchy of priorities and allow a flexible interpretation so it can adapt to the countless variables that could result from the human activities in outer space at the moment and in the future.

Keywords: space Law, principles, economy, law.

* Abogado graduado de la Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. República Dominicana. Correo electrónico: orlando.gomez@gmail.com.

Introducción

El 4 de octubre de 1957 a las 7:28 horas UTC desde el histórico cosmódromo de Baikonur, Kazajistán despegó un misil intercontinental modificado llevando consigo un objeto de 83.6 kg que el mundo luego llegó a conocer como Sputnik 1, el primer satélite artificial colocado por los humanos en el espacio. Si bien la historia de la humanidad en el espacio se empezó a escribir ese 4 de octubre, la historia del Derecho Espacial empezó unos veinticinco (25) años antes. El monográfico *“Das Weltraum-Recht: Ein Problem der Raumfahrt”* del alemán Vladimir Mendi fue la primera literatura sobre el Derecho Espacial y en este él proponía un derecho del espacio exterior “como una rama independiente del derecho sujeta a los principios derivados del derecho de los mares y el derecho de los cielos”¹.

Pero no fue hasta unos días después del décimo aniversario de Sputnik, el 10 de octubre de 1967, que se sentaron las bases del Derecho Espacial al entrar en vigor el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes” (el “Tratado del Espacio Exterior”), el cual ha sido firmado y ratificado por 110 países al día de hoy.

El corpus iuris spatialis se completa con el “Acuerdo sobre el salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre” (1968) (el “Acuerdo de salvamento”), la “Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales” (1972) (el “Convenio sobre responsabilidad”), la “Convención sobre el registro de objetos lanzados al espacio” (1976) (el “Convenio sobre el registro”) y el “Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes”

(1984) (el “Tratado de la Luna”)², todos enmarcados dentro de las Naciones Unidas.

Cinco resoluciones adicionales de las Naciones Unidas³, acuerdos multilaterales de cooperación, acuerdos bilaterales, así como legislaciones nacionales complementan la normativa relacionada a las actividades de los seres humanos en el espacio extraterrestre.

Pero al igual que en los tiempos de Sputnik I, la realidad práctica se encuentra a varios años, sino décadas, de la normativa internacional y las legislaciones nacionales relacionadas al Derecho Espacial, las cuales lucen, cuanto menos, inadecuadas para atender las necesidades actuales de las actividades de los seres humanos en el espacio extraterrestre.

En el año 2000 hubo 81 lanzamientos exitosos hacia el espacio, todos ellos realizados por agencias espaciales estatales⁴. En el año 2020 se realizaron 104 lanzamientos exitosos, 32 de ellos fueron lanzados por empresas privadas⁵. Similarmente los precios para colocar carga en órbita terrestre baja han pasado de USD\$54,000 por kilogramo en la era del Transbordador Espacial, a apenas USD\$2,720/kg hoy en día⁶.

Esto ha creado un verdadero movimiento de “democratización del espacio” que, como dice Welser IV, “ha hecho el espacio extraterrestre accesible no solo a las potencias mundiales y las grandes empresas multinacionales, sino para países en desarrollo, start-ups, universidades y hasta escuelas secundarias”⁷.

Las implicaciones de esta democratización del espacio suponen un creciente reto tanto para el Derecho Espacial como para el general del Derecho Internacional Público y Privado, con un alcance sobre derechos humanos, políticos, medio ambientales, entre otros que se irán manifestando en la medida que se sigan expandiendo las actividades humanas en el espacio extraterrestre⁸.

¹ En Doyle, S.E., *Origins of international space law and the International Institute of Space Law of the International Astronautical Federation*, (San Diego: Univelt Inc., San Diego, 2002) 135

² *Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre* (Naciones Unidas, Nueva York, 2002)

³ Asamblea General, ONU. Resolución 1721 A y B (XVI) de 1961, Resolución 55/122 del 2000, Resolución 59/11 del 2004, Resolución 62/101 del 2007, Resolución 68/74 del 2013.

⁴ Spacelaunchreport.com. 2021. 2000 Space Launch Log. [online] Available at: <http://www.spacelaunchreport.com/log2000.html>.

⁵ Spacelaunchreport.com. 2021. 2020 Space Launch Log. [online] Available at: <http://www.spacelaunchreport.com/log2020.html>.

⁶ Jones H. W. “The Recent Large Reduction in Space Launch Cost” NASA Ames Research Center, Moffett Center. 48th International Conference on Environmental Systems (2018). https://ttu-ir.tdl.org/bitstream/handle/2346/74082/ICES_2018_81.pdf

⁷ William Welser IV, “The Democratization of Space,” RAND Corporation, March 28, 2016, <https://www.rand.org/blog/2016/03/the-democratization-of-space.html>.

⁸ Ferreira-Snyman A and Ferreira G “The Application of International Human Rights Instruments in Outer Space Settlements: Today’s Science Fiction, Tomorrow’s Reality” PER / PELJ 2019(22) - DOI <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2019/v22i0a5904>

En su momento el Tratado del Espacio Exterior buscó definir los principios que regirían la exploración del espacio “reconociendo el interés común de la humanidad en el progreso de la exploración y uso del espacio exterior para propósitos pacíficos”⁹. El presente trabajo busca proponer un nuevo enfoque de esos principios, teniendo en cuenta los retos presentes derivados de la llamada “democratización del espacio”.

I. Viejos principios, nueva realidad

El uso y la exploración del espacio exterior ha traído múltiples beneficios para la humanidad, entre los que se incluyen la “economía espacial global” la cual Morgan Stanley valoró para el 2016 en USD\$350 mil millones y que proyecta ascenderá a USD\$1 billón para 2040,¹⁰ que a su vez complementa los logros científicos y beneficios directos e indirectos derivados de las investigaciones en gravedad cero, los resultados de la teleobservación del planeta Tierra, el estudio de los objetos celestiales y la exploración de planetas, satélites y otros objetos en nuestro Sistema Solar¹¹.

Los costos para el lanzamiento de objetos, y por ende, el acceso al espacio exterior han bajado tanto que la economía espacial se ha hecho más atractiva a la inversión privada¹², haciendo del uso y exploración del espacio una actividad que ya no está reservada exclusivamente a los estados.

Adicionalmente, y aunque persisten los debates sobre si son oportunas y útiles las inversiones de los estados en la exploración del espacio¹³, y aún con el sector privado dando pasos agigantados dentro de la industria, la inversión pública no se ha detenido, sino todo lo contrario. Los gobiernos han aumentado los presupuestos para sus programas espaciales de manera consistente desde el año 2015, hasta registrar

un crecimiento anual de 10% en el 2020 para un total de USD\$82.5 mil millones, el crecimiento más grande en este tipo de gasto desde el año 2009¹⁴.

Esto representa un panorama muy distinto al que vivía el mundo el 13 de diciembre de 1963 cuando la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) emitió la resolución 1962 (XVIII) que creó la “Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre”¹⁵ (“La Declaración de Principios Jurídicos”). Para ese momento solo dos gobiernos, Estados Unidos de América y la Unión Soviética, habían demostrado la capacidad de colocar objetos en órbita alrededor del planeta.

La Declaración de Principios Jurídicos sirvió como la base jurídica que moldeó el Tratado del Espacio Exterior, y por esto es considerado por De Gouyon Maignon como el “segundo texto legal más importante del Derecho Espacial”¹⁶. Esta resultó luego de múltiples sesiones de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (“COPUOS” por sus siglas en inglés) creada por la ONU en 1959 para atender las preocupaciones de los Estados luego del lanzamiento de Sputnik I en medio de la Guerra Fría.

Dado ese contexto es comprensible que la Declaración de Principios Jurídicos inicia “deseando contribuir a una amplia cooperación internacional en lo que se refiere a los aspectos científicos y jurídicos de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos”¹⁷.

La Declaración de Principios Jurídicos, el Tratado del Espacio Exterior y el grueso del Derecho Espacial son, como dice Twibell, “el resultado de los miedos de la Guerra Fría y el quedar rezagado en la carrera espacial”¹⁸.

⁹ Asamblea General, ONU. “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”. (1967)

¹⁰ “A New Space Economy on the Edge of Liftoff”, Morgan Stanley (2021) <https://www.morganstanley.com/Themes/global-space-economy>

¹¹ “Benefits Stemming from Space Exploration” International Space Exploration Coordination (2013). <https://www.nasa.gov/sites/default/files/files/Benefits-Stemming-from-Space-Exploration-2013-TAGGED.pdf>

¹² Sheetz, Michael “Investments in space companies put at record \$8.9 billion in 2020 despite despite Covid”, CNBC. (Ene. 25, 2021) <https://www.cnbc.com/2021/01/25/investing-in-space-companies-hits-record-8point9-billion-in-2020-report.html>

¹³ National Academy of Sciences, Workshop (2011). “Sharing the Adventure with The Public: The Value and Excitement of ‘Grand Questions’ of Space Science and Exploration: Summary of a Workshop”. <https://www.nap.edu/read/13276/chapter/9>

¹⁴ Euroconsult (2021). “Euroconsult Government Space Programs 2020 report” <https://www.euroconsult-ec.com/government-space>

¹⁵ Asamblea General de la ONU. Librería digital de la ONU. <https://digitallibrary.un.org/record/203965?ln=en>

¹⁶ De Gouyon Maignon, Louis “The 1963 Declaration of Legal Principles”, Space Legal Issues (Feb. 6, 2019) <https://www.spacelegalissues.com/space-law-declaration-of-legal-principles-governing-the-activities-of-states-in-the-exploration-and-use-of-outer-space/>

¹⁷ Asamblea General de la ONU. Resolución N.º 1962 (XVIII) (1963). “Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre”.

¹⁸ Ty S. Twibell “Space Law: Legal Restraints on Commercialization and Development of Outer Space” 65 UMKC L. REV. 589, 592 (1997)

Esta influencia es palpable en los principios definidos en los artículos del Tratado del Espacio Exterior que pueden ser resumidos de la siguiente forma¹⁹:

1. La exploración y el uso del espacio exterior se hará para el beneficio e interés de todas las naciones e incumbe a toda la humanidad²⁰.
2. Todos los estados podrán usar y explorar el espacio exterior²¹.
3. El espacio exterior no está sujeto a apropiaciones nacionales por vía de declaraciones de soberanía, por uso u ocupación, ni cualquier otro medio²².
4. Los estados no podrán colocar armas nucleares u otras armas de destrucción masiva en órbita o en cuerpos celestiales o colocarlas en el espacio exterior de cualquier otra forma²³.
5. La Luna y otros cuerpos celestiales podrán ser usados únicamente para fines pacíficos²⁴.
6. Los astronautas serán considerados emisarios de la humanidad²⁵.
7. Los estados serán responsables de sus actividades espaciales nacionales sean estas realizadas por entidades gubernamentales o no gubernamentales²⁶.
8. Los estados serán responsables por los daños causados por sus objetos espaciales²⁷.
9. Los estados procurarán evitar la contaminación dañina del espacio y los cuerpos celestes²⁸.

Estos principios que hoy rigen al Derecho Espacial, nacidos de los miedos de la Guerra Fría, prueban ser inadecuados para la realidad actual de la exploración y uso del espacio extraterrestre, lo que ha sido extensamente documentado por escolares del Derecho Espacial, algunos argumentando que el alcance del

Tratado del Espacio Exterior estuvo equivocado desde su inceptión²⁹.

Aunque podríamos entrar en los detalles ya identificados por esos escolares del Derecho Espacial, hacerlo podría desviarnos del alcance del presente trabajo, por lo que estos serán referidos en la medida que las oportunidades planteadas sean atendidas de forma específica por estas propuestas.

II. Nuevos principios, desde otra perspectiva

Los principios que actualmente rigen el Derecho Espacial fueron creados desde la perspectiva de la humanidad³⁰, sus divisiones políticas³¹ y las distintas actividades que pudieran ser realizadas en el espacio exterior³². Esta es una perspectiva desde abajo, el común de la humanidad firmemente plantada en la Tierra, hacia arriba, el espacio ultraterrestre.

Plantear un cambio para la adecuación de los principios que deben regir sobre el Derecho Espacial, necesariamente debe atender a un cambio de perspectiva y enfoque, una que inicie viendo desde arriba, el espacio ultraterrestre y las actividades de los humanos, hacia abajo, los intereses, objetivos y miedos de la humanidad.

Adicionalmente, estos principios deben prever la colisión de derechos e intereses que derivarán de la explotación y uso del espacio ultraterrestre tanto por entes gubernamentales como privados, y deben tener en cuenta los intereses de la comunidad internacional³³ y su vinculación al Derecho Internacional, para

¹⁹ Oficina para Asuntos del Espacio Exterior de las Naciones Unidas. <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introouterspacetreaty.html>

²⁰ Ver artículo 1 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en el artículo 1 de la Declaración de Principios Legales.

²¹ Ver artículo 1 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en el artículo 2 de la Declaración de Principios Legales.

²² Ver artículo 2 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en el artículo 3 de la Declaración de Principios Legales.

²³ Ver artículo 4 del Tratado del Espacio Exterior.

²⁴ Ver artículo 4 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en los artículos 4 y 6 de la Declaración de Principios Legales.

²⁵ Ver artículo 5 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en el artículo 9 de la Declaración de Principios Legales.

²⁶ Ver artículo 6 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en los artículos 5 y 6 de la Declaración de Principios Legales.

²⁷ Ver artículo 7 del Tratado del Espacio Exterior. Lectura adicional en el artículo 8 de la Declaración de Principios Legales.

²⁸ Ver artículo 9 del Tratado del Espacio Exterior.

²⁹ Quinn, Adam G., "The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space" (2008). Minnesota Journal of International Law. 63. <https://scholarship.law.umn.edu/mjil/63>

³⁰ Ver supra nota 20.

³¹ Ver supra nota 21.

³² Ver supra nota 9.

³³ Definidos y detallados en B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law" RdC, 250 (1994). <https://www.dse.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid383230.pdf>

preservar lo que llama Ma Xinmin “la primera consideración del Derecho Espacial”³⁴.

El ejercicio no es tanto eliminar o modificar sustancialmente los objetivos del Derecho Espacial como fueron delineados en el Tratado del Espacio Exterior³⁵, sino incorporarlos dentro de un esquema de principios que tengan una jerarquía moldeada por esos objetivos identificados en el génesis del Derecho Espacial, los intereses de la comunidad internacional, las necesidades prácticas del uso y exploración del espacio y en la regulación de las actividades de los seres humanos en el espacio ultraterrestre.

Unos nuevos principios deben necesariamente identificar las potenciales consecuencias de las actividades de los humanos en el espacio, no solo para los individuos, empresas y los estados, sino sobre el Planeta Tierra, el medio ambiente terrestre, el medio ambiente ultraterrestre³⁶ y el medio ambiente en los cuerpos celestes. Esto también tomando en consideración la aplicación de los Derechos Humanos en el Espacio³⁷, la distinción entre actores gubernamentales y del sector privado en el espacio. Estos principios conllevan redefinir lo que significa ser un astronauta, establecer mayor claridad sobre el derecho de propiedad aplicado en el espacio exterior, proteger el uso científico del espacio y definir mecanismos de solución de controversias entre Estados, *Stakeholders* y *Stakeholders* frente a Estados.

“Elegimos ir a la Luna y hacer las demás cosas, no porque sean fáciles, sino porque son difíciles”³⁸ dijo John F. Kennedy en su famoso discurso en la Universidad de Rice, y como comúnmente se suele decir, en efecto, “el espacio es difícil”, es por ello que, a nuestro juicio, es inevitable que para la resolución de cualquier conflicto relativo a las actividades de los humanos en el espacio, los principios mantengan una jerarquía que definan una prelación de esos intereses en conflicto y que pueda documentar a actores estatales y privados en la toma de decisiones sobre sus actividades

en el espacio valorando los riesgos inherentes a dichas actividades y su relación a los principios³⁹.

Estos principios no deben servir como una mera declaratoria de derechos, sino como una recitación de deberes para todas las actividades humanas en el espacio exterior, donde cada principio delimite de manera ampliada el interés que busca proteger, por orden de importancia para el interés de la comunidad internacional.

Más aún, estos principios deben servir como un mandato inequívoco no solo a los estados, sus agencias espaciales u otras dependencias, sino a los entes privados que realicen o llegaren a realizar actividades en el espacio ultraterrestre, de forma tal que estos principios sirvan como un marco legal sobre el alcance de sus actividades, sin que estos supongan una barrera de acceso.

Tomando todo lo anterior en consideración y como enfoque primordial de este ensayo, tenemos el atrevimiento de proponer una redacción de dichos principios y su jerarquía con el interés de aportar a la conversación para los siguientes pasos en el Derecho Espacial.

III. Los principios

1. La protección del planeta Tierra, la Luna, sus órbitas celestiales y toda la vida del planeta Tierra

“Desde esta distancia, la Tierra puede no parecer particularmente interesante. Pero para nosotros es diferente. Considérese de nuevo ese punto. Es aquí, nuestro hogar, somos nosotros”⁴⁰

Carl Sagan

En sus actividades en el espacio ultraterrestre los humanos debemos conservar como primer principio

³⁴ Discurso en el Taller de Derecho Espacial de Naciones Unidas/China/ASPCO Ma Xinmin, “The Development of Space Law: Framework, Objectives and Orientations” 17 noviembre 2014. <https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/activities/2014/splaw2014-keynote.pdf>

³⁵ Enumerados por Ma Xinmin como “Primero, la propiedad de todos y el intercambio equitativo de sus beneficios”, “Segundo, el mantenimiento de la paz y la seguridad común”, “Tercero, la promoción de la cooperación internacional”, “Cuarto, la promoción del imperio de la ley en el espacio exterior” y “Quinto, el desarrollo sostenible”. Ver supra nota 34.

³⁶ Cinelli, C., & Pogorzelska, K. (2013). “The Current International Legal Setting for the Protection of the Outer Space Environment: The Precautionary Principle Avant La Lettre”. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 22(2), 186–201. doi:10.1111/reel.12026

³⁷ Ver supra nota 9.

³⁸ Papers of John F. Kennedy. Presidential Papers. President’s Office Files. Speech Files. Discurso en Rice University, Houston, Texas, 12 September 1962

³⁹ Ver supra nota 34.

⁴⁰ Extracto del poema “Pale Blue Dot”. SAGAN, C. (1994). *Pale blue dot: a vision of the human future in space*. (Harvard 18A ed.)

la protección del planeta Tierra, la Luna, sus órbitas celestiales y toda la vida del planeta Tierra. La Tierra es nuestro hogar, como dice el cosmonauta Gennady Padalka “estamos genéticamente conectados a este planeta”⁴¹ y, agregamos, a toda la vida que reside en él, es el único lugar en nuestro sistema solar donde podemos vivir sin asistencia artificial y es la principal y más importante incumbencia de toda la humanidad⁴². Al proponer este principio, el rector de los demás principios, buscamos dar una redacción directa e inequívoca a múltiples preocupaciones respecto del uso y exploración del espacio ultraterrestre indicadas en los tratados y resoluciones del pasado y las manifestadas de forma más reciente por diversos juristas del Derecho Espacial⁴³.

La protección del planeta y de toda la vida que reside en este alude directamente, entre otras cosas, al deseo de que todo uso y exploración del espacio ultraterrestre se realice con fines pacíficos⁴⁴ como lo prevé el Tratado del Espacio Exterior, en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁵ y la Carta de las Naciones Unidas.

Pero esto también es extensible a preocupaciones más recientes en el Derecho Espacial, como el uso y explotación sostenible del espacio ultraterrestre⁴⁶, el establecimiento de protocolos para evitar la contaminación cruzada entre los objetos celestes y la Tierra⁴⁷, las posibles consecuencias negativas que pudieran derivar de la explotación minera ultraterrestre en la Luna, o en asteroides o cometas cercanos a la Tierra⁴⁸, y, de manera directa, prohibir el uso de todo tipo de armas dirigidas hacia la Tierra en el espacio exterior, sin que esto excluya el uso de las mismas en defensa de este mismo principio, la protección del planeta Tierra⁴⁹.

Establecer, de manera general, la protección del planeta Tierra y de toda la vida que habita en este como primer principio en el uso y exploración del espacio ultraterrestre establece de manera inequívoca una obligación sobre todos los actores que participen en esas actividades a considerar el potencial impacto de estas sobre el planeta y la vida en este como primer y mayor enfoque.

Pero la propuesta en este primer principio no se limita a considerar al planeta y sus habitantes, sino que este se extiende al clima cercano a la Tierra⁵⁰, al incluir sus órbitas celestiales y a la Luna, por ser estas de vital importancia para el planeta y las mismas actividades que la humanidad busca emprender en el espacio ultraterrestre.

Las actividades en la Luna están supuestas a regirse conforme el Tratado de la Luna⁵¹ pero al estar este ratificado por solo 17 países, ninguno de los cuales ha logrado alcanzar el espacio ultraterrestre, este carece de utilidad práctica para el Derecho Espacial.

De manera más reciente, los Acuerdos Artemis⁵² han establecido un ejemplo de marco jurídico entre sus países signatarios para regir sus actividades en la Luna, el planeta Marte, cometas y asteroides, pero su alcance limitado representa un reto para regir de manera extensiva las actividades de la humanidad en la Luna hasta tanto se incorporen más naciones a los mismos.

Por esto, y por la importancia de la Luna como parte del clima espacial cercano a la Tierra y los efectos que ciertos usos de esta puedan tener sobre la Tierra y la vida en este, nuestro principal satélite natural debe estar sujeto a una protección similar a la del planeta

⁴¹ Cita del cosmonauta G. Padalka, entrevista para National Geographic, Marzo 2018 <https://www.nationalgeographic.com/magazine/article/astronauts-space-earth-perspective>

⁴² El artículo I del Tratado del Espacio Exterior considera el espacio ultraterrestre como la incumbencia de toda la humanidad.

⁴³ M.nMejía-Kaiser “Space Law and Hazardous Space Debris” Oxford Research Encyclopedia, 30 jan 2020. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190647926.013.70>

⁴⁴ Ver supra nota 25.

⁴⁵ Ver los artículos 3, 29 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la ONU. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁴⁶ Cinelli, C., & Pogorzelska, K. (2013). “The Current International Legal Setting for the Protection of the Outer Space Environment: The Precautionary Principle Avant La Lettre”. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 22(2), 186–201. doi:10.1111/reel.12026

⁴⁷ Políticas de Protección Planetaria, Comité de Investigaciones Planetarias (2017) <https://cosparhq.cnes.fr/assets/uploads/2019/12/PPPolicyDecember-2017.pdf>

⁴⁸ Sonter, Mark Joseph “The technical and economic feasibility of mining near-earth asteroids”, Master of Science (Hons) thesis, Department of Physics, University of Wollongong, 1996. <http://ro.uow.edu.au/theses/2862>

⁴⁹ Ver supra nota 24.

⁵⁰ Viikari L. “The environmental element in space law: Assessing the present and charting the future” (2008).

⁵¹ Asamblea General de la ONU. “Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes”, 1984.

⁵² Acuerdos Artemis. <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf>

mismo. Lo que no impide su explotación para usos pacíficos, pero sí obligaría a los entes involucrados en su explotación a considerar los efectos que la misma podría tener sobre la Luna y su dinámica natural con el planeta⁵³.

Esta limitación supone una barrera a la colocación o prueba de armas de destrucción masiva en la Luna⁵⁴ y otras actividades que por su magnitud pudieran tener efectos materiales sobre la Luna y esto a su vez sobre la Tierra.

Más aún, la protección en este primer principio se extiende, de manera general, a las órbitas celestiales del planeta Tierra. La mención general es de manera intencional buscando no solo proteger la órbita heliocéntrica del planeta, pero también las órbitas terrestres bajas, las órbitas terrestres medias, las órbitas geoestacionarias, las órbitas de tránsito, las órbitas polares, las órbitas helio sincrónicas y los puntos Lagrange.

Esto atiende a preservar el derecho de accesibilidad al espacio ultraterrestre⁵⁵, de responsabilidad por las actividades en el espacio⁵⁶ y el de no contaminación del espacio⁵⁷ definidos de manera general en el Tratado del Espacio Exterior.

La contaminación de las órbitas celestiales con desechos espaciales supone un riesgo creciente para la accesibilidad y uso de la humanidad del espacio ultraterrestre, por el peligro de colisión que representan estos desechos a los satélites artificiales, las naves tripuladas y las naves no tripuladas que acceden al espacio. El incremento de esta contaminación potencia la posibilidad del Síndrome de Kessler⁵⁸ y lo que este llamó la cascada colisional⁵⁹.

Incluir estas órbitas como parte de los elementos protegidos en este primer principio implica proteger

el acceso mismo de la humanidad al espacio ultraterrestre y su uso para el beneficio de todas las naciones⁶⁰. Esto, adicionalmente abriría espacio para la regulación internacional del uso de las órbitas celestiales, la cual amerita urgente atención.

En los próximos cinco años el número de satélites activos se estaría duplicando por la entrada en línea de múltiples constelaciones de satélites de telecomunicación en las órbitas terrestres bajas⁶¹, de concretarse los planes como hasta ahora propuestos, solo en la próxima década se estarían colocando en las órbitas celestiales más de cuatro veces la cantidad de objetos que la humanidad ha enviado al espacio en toda su historia desde Sputnik⁶².

Es por esto que establecer la protección de las órbitas celestiales, como parte intrínseca a la protección del Planeta y de la vida en este, es fundamental para la orientación del uso y explotación del espacio ultraterrestre en actores públicos y privados con un enfoque hacia la sostenibilidad⁶³.

En la actualidad los protocolos para evitar colisiones de satélites en el espacio y para la mitigación de la contaminación de las órbitas terrestres se han venido definiendo en las legislaciones nacionales⁶⁴, incluir la protección de las mismas como principio en las actividades humanas en el espacio ultraterrestre tenderá a promover la cooperación internacional para definir estándares comunes a todos los Estados.

Definido un principio para la protección del planeta Tierra, la vida que habita en este, la Luna y las órbitas celestiales en el medioambiente espacial inmediatamente cercano, sirve como un bosquejo inicial para la regulación de las actividades más inmediatas de los seres humanos en el espacio ultraterrestre, pero aún no despeja muchos de las más recientes interrogantes legales que han surgido

⁵³ Ver Rummel John (2008). "Protecting the Moon".

⁵⁴ Ver supra nota 24.

⁵⁵ Ver supra nota 22.

⁵⁶ Ver supra nota 28.

⁵⁷ Ver supra nota 29.

⁵⁸ Kessler, Donald J.; Cour-Palais, Burton G. (1978). "Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a Debris Belt". *Journal of Geophysical Research*. 83 (A6): 2637–2646.

⁵⁹ Ver supra nota 59.

⁶⁰ Ver supra nota 21.

⁶¹ Sheetz M., Petrova M. (2019, diciembre 15). "Why in the next decade companies will launch thousands more satellites than in all of history". CNBC <https://www.cnbc.com/2019/12/14/spacex-oneweb-and-amazon-to-launch-thousands-more-satellites-in-2020s.html>

⁶² Ver supra nota 62.

⁶³ James A. Vedda (2008) "Challenges to the Sustainability of Space Exploration", *Astropolitics*, 6:1, 22-49, DOI: 10.1080/14777620801907921

⁶⁴ A. Murtaza et al.: "Orbital Debris Threat for Space Sustainability and Way Forward" (2019) <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=9028136>

alrededor de estas. Pero los principios no pueden limitarse a ponderar los problemas actuales, sino que deben ser flexibles a considerar las posibilidades de la continua expansión de las actividades de los seres humanos en el espacio ultraterrestre y establecer una ponderación de lo que buscan proteger, si bien dando claridad, también deben ser lo suficientemente general de modo que no se queden atados a las necesidades de un momento particular como ya ocurre con el vigente *corpus iuris spatialis*.

Es por ello que los siguientes principios y su orden buscan servir como mapa de ponderación de esas prioridades, lo que nos lleva al siguiente principio.

2. Los instrumentos legales para la protección de los derechos humanos son extensibles y tienen efecto vinculante en el espacio ultraterrestre

“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁶⁵.

Declaración Universal
de los Derechos Humanos

El reconocimiento expreso de la extensión de los instrumentos legales existentes relativos a la protección de los Derechos Humanos en el espacio ultraterrestre, materializaría lo que ya Carl Christol afirmaba sobre el reconocimiento de los Derechos Humanos en el espacio, al decir que “no hay razón fundamental para no reconocer su aplicabilidad en el ambiente espacial⁶⁶”.

Este reconocimiento tendría especial utilidad para reafirmar la responsabilidad de los estados sobre

sus nacionales no solo en el alcance definido por el Tratado del Espacio Exterior⁶⁷, sino de manera extendida a todo el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, lo que por vías de consecuencias incluye ciertos aspectos de las premisas del Tratado del Espacio Exterior⁶⁸ y el Acuerdo de Salvamento⁶⁹.

Pero la inclusión de este principio no vendría sin retos particulares que deberán ser ponderados en la medida que las actividades humanas en el espacio ultraterrestre se sigan extendiendo.

Para ilustrar algunos de estos retos, consideremos la definición misma del término astronauta. Ahora mismo lo podríamos entender como “persona que tripula una astronave o que está entrenada para este trabajo”⁷⁰, más aún, el Tratado del Espacio Exterior les considera “enviados de la humanidad”⁷¹ que deben recibir toda la asistencia de los estados en caso de accidentes o aterrizajes forzados.

Para septiembre del 2021 está pautado el lanzamiento de la misión espacial “Inspiration 4” que estaría siendo colocada en el espacio abordo de un cohete de la empresa privada SpaceX,⁷² dicha misión estaría llevando al espacio a Jared Issacman, Sian Proctor, Hayley Arceneaux y Christopher Sembroski, ninguno de los cuales ha recibido entrenamiento formal como astronautas previos al anuncio de la misión, la primera de su especie. Por su lado, el actor de películas Tom Cruise ya anunció su intención de filmar una película en la Estación Espacial Internacional utilizando un cohete de SpaceX para llegar allí⁷³.

¿Debe ser la consideración del Tratado del Espacio Exterior respecto de los astronautas extendida a turistas, actores, mineros o cualquier ser humano que realice actividades económicas o de cualquier naturaleza en el espacio ultraterrestre?, ¿somos todos potenciales enviados de la humanidad y beneficiarios

⁶⁵ ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁶⁶ CHRISTOL, C. (1968). Human rights in outer space. Impact of Aerospace Science and Technology on Law and Government Conference. doi:10.2514/6.1968-910

⁶⁷ Ver supra nota 27.

⁶⁸ Ver supra nota 21.

⁶⁹ Paul G. Dembling and Daniel M. Arons, The Treaty on Rescue and Return of Astronauts and Space Objects, 9 Wm. & Mary L. Rev. 630 (1968), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss3/4>

⁷⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

⁷¹ Ver supra nota 26.

⁷² Kelly E (30 de marzo 2021) “Meet the final two crew members selected on SpaceX’s all-civilian mission to orbit Earth”. USA Today <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2021/03/30/spacex-crew-dragon-inspiration-4-civilian-mission-members-selected/7059017002/>

⁷³ Wattercutter A (28 de mayo 2018) “Tom Cruise is Making a Movie in Space with SpaceX and NASA”. Wired. <https://www.wired.com/story/tom-cruise-space-movie/>

de sus consecuencias legales? o, ¿debemos crear un marco similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁷⁴ para el tratamiento de tripulaciones en aguas internacionales y extenderlas al espacio ultraterrestre y mantener la figura legal de astronauta como una calificación privilegiada?

De hecho, no es inusual el uso del Derecho Internacional sobre el Mar y el Espacio Aéreo, así como el Tratado Antártico, como guía del Derecho Espacial⁷⁵, y ciertamente la extensión de todos los instrumentos legales para la protección de los Derechos Humanos al espacio ultraterrestre supondrá tomar como referencia muchos de los ejemplos derivados de los convenios y tratados que rigen sobre esas ramas del Derecho Internacional.

Esto incluiría, pero no estaría limitado, al tratamiento de la jurisdicción sobre las naves espaciales, no solo para fines de establecer responsabilidad sobre las mismas como ya lo hace el Tratado del Espacio Exterior,⁷⁶ sino para definir aspectos como la competencia jurisdiccional, la definición de la nacionalidad para personas nacidas en el espacio, los derechos de propiedad sobre el resultado de la explotación mineral o de cualquier naturaleza, entre otros elementos intrínsecos a las actividades humanas en espacios que no están sujetos a reclamaciones de soberanía por parte de los Estados.

Otros retos interesantes que derivarían de la extensión de los instrumentos legales para la protección de los derechos humanos hacia el espacio ultraterrestre sería el impacto de la introducción de los llamados derechos de segunda, tercera o cuarta generación que se han derivado de dichos instrumentos⁷⁷.

¿En qué momento las instalaciones y personas sujetas a diversas jurisdicciones colocadas en Marte o cualquier otro objeto en el sistema solar podrían considerarse un “pueblo” hasta tener a su alcance el ejercicio de derechos colectivos?, ¿cómo funcionaría, por imaginar, el ejercicio del derecho de autodeterminación cuando

el mismo se ejerce desde fuera del planeta Tierra?, ¿cuál proceso deberá transcurrir hasta que legalmente tengamos al primer ciudadano de Marte, o el primer marciano por así llamarlo?

Ciertamente, establecer este principio con el propósito de extender los mismos Derechos Humanos que reconocemos en la Tierra hacia los seres humanos en el espacio ultraterrestre tenderá a generar más preguntas que respuestas, pero el Derecho Internacional tiene abundantes fuentes que pudieran servir de marco para definir las preservando la paz y el espíritu de cooperación entre las naciones.

Pero las incertidumbres son intrínsecas a las actividades de los seres humanos en el espacio ultraterrestre y, acorde con ello, un Derecho Espacial que busque si no normar, cuanto menos establecer una hoja de ruta sobre las mismas, debe ser lo suficientemente flexible y previsible para dar espacio a acción, es por ello que sugerimos establecer este otro principio.

3. La protección de la vida extraterrestre, la preservación de espacios, materiales u objetos de interés científico, toda explotación en el espacio ultraterrestre está sujeta a condiciones de sostenibilidad

“La exploración biológica de Marte es un esfuerzo científico del más alto valor y significado. Su logro será un hito histórico en los logros de la humanidad. Su importancia y las consecuencias sobre la biología justifican que tenga la más alta prioridad sobre todos los objetivos en las ciencias del espacio y, por supuesto, en el programa espacial como un todo”⁷⁸.

National Academy of Sciences-National Research Board (EEUU)

Quizás el aspecto más importante e inmediato que despeja el establecer este principio es afirmar de manera inequívoca la posibilidad de usar y explotar los

⁷⁴ ONU: Asamblea General. “Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar”. (30 abril 1982) https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

⁷⁵ Freeland, S., & Pecujlic, A. (2018). “How Do You Like Your Regulation – Hard Or Soft? The Antarctic Treaty And The Outer Space Treaty Compared”. National Law School of India Review, 30(1), 11-36. Retrieved April 22, 2021, from <https://www.jstor.org/stable/26743930>

⁷⁶ Ver supra nota 27.

⁷⁷ Karel Vasak, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Noviembre 1977.

⁷⁸ “Study by the Space Science Board, National Academy of Sciences-National Research Board” presentado en audiencia sobre Metas Nacionales en el Espacio en la Era Post-Apollo frente a la Comisión de Ciencias Aeronáuticas y Espaciales del Senado de los Estados Unidos de América. (agosto 23, 24 y 25 de 1965).

recursos reclamando un derecho de propiedad en el espacio ultraterrestre, lo cual no está claramente definido en el Derecho Espacial vigente, específicamente, en el Tratado del Espacio Exterior⁷⁹.

La combinación de este principio con el reconocimiento de los Derechos Humanos en el alcance actualmente protegido en el planeta Tierra hacia el espacio exterior permitiría la explotación de materiales en el espacio y hacer uso del derecho de propiedad sobre los mismos. Aunque la forma en cómo administrar esos derechos de explotación y la determinación del derecho de propiedad sobre los recursos extraídos aún no tiene consenso en las discusiones al respecto en el marco del Derecho Espacial⁸⁰, la claridad sobre su admisibilidad sigue siendo indispensable para su ejecución práctica.

Otro aspecto que debe ser preservado y protegido en el uso y exploración del espacio ultraterrestre es el relacionado con las actividades de índole científico, las cuales han sido las principales impulsoras de la exploración y uso pacífico del espacio desde su inceptión.

Se debe definir un balance entre los intereses de explotación del espacio y la necesidad de preservar espacios, materiales u objetos de interés científico. Ya se han producido las primeras escaramuzas entre intereses económicos e intereses científicos por el uso del espacio ultraterrestre⁸¹, y estas irán escalando en la medida que más posibilidades de explotar el espacio con fines económicos se vayan materializando.

Establecer como principio una exigencia expresa a que todo uso o exploración del espacio ultraterrestre esté sujeto a un criterio de sostenibilidad tendería a fomentar la cooperación entre intereses económicos y científicos para las actividades económicas en el espacio, lo que permitiría a los *Stakeholders*, más que los estados y organismos internacionales, a definir ese balance idóneo entre ambas actividades.

En este principio se le da una especial protección a la vida extraterrestre como objeto de alto interés científico. En efecto, la búsqueda de vida extraterrestre o señales de su presencia en el espacio, ha sido un motivador importante de la exploración espacial y en los objetivos científicos de la mayoría de las agencias espaciales gubernamentales.

Hasta el presente momento, la NASA viene considerando diversas misiones para buscar posibles indicadores de vida en Marte⁸², Europa⁸³, Encélado⁸⁴ y Titán⁸⁵. Asimismo, a finales del presente año estará lanzando el Telescopio Espacial James Webb que cuenta entre sus funcionalidades la capacidad de detectar indicadores de vida en o alrededor de otras estrellas⁸⁶.

La búsqueda de vida extraterrestre en nuestro sistema solar y en nuestro vecindario interestelar claramente tiene una alta prioridad científica, es por ello que es importante que todas las actividades de los seres humanos en el espacio exterior se realicen de una forma que no obstruyan, dificulten o de cualquier forma impidan ese esfuerzo.

Más aún, la protección de la vida extraterrestre implica considerar un efecto vinculante de las Políticas de Protección Planetaria de la Comisión sobre Investigaciones Espaciales (COSPAR, por sus siglas en inglés)⁸⁷ sobre todos los actores con interés en el uso y exploración del espacio ultraterrestre.

Naturalmente, de la implementación de estos principios se infiere la existencia de múltiples intereses que pudieran entrar en conflicto, es por ello que en el interés de que prime la cooperación en relación a las actividades de los humanos, el último principio que buscamos proponer debe enfocarse en la gobernanza de dichas actividades.

4. Los estados son responsables de sus

⁷⁹ Kurt Anderson Baca, "Property Rights in Outer Space", 58 J. Air L. & Com. 1041 (1993) <https://scholar.smu.edu/jalc/vol58/iss4/4>

⁸⁰ Sarah Coffey, Establishing a Legal Framework for Property Rights to Natural Resources in Outer Space, 41 Case W. Res. J. Int'l L. 119 (2009) Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol41/iss1/6>

⁸¹ Clery D (9 Octubre 2020) "Starlink already threatens optical astronomy. Now, radio astronomers are worried". ScienceMag. <https://www.sciencemag.org/news/2020/10/starlink-already-threatens-optical-astronomy-now-radio-astronomers-are-worried>

⁸² NASA: Mars 2020 Mission Overview. <https://mars.nasa.gov/mars2020/mission/overview/>

⁸³ NASA: Europa Clipper Mission Overview. <https://europa.nasa.gov/mission/about/>

⁸⁴ NASA: Enceladus Life Finder Mission Profile. https://trs.jpl.nasa.gov/bitstream/handle/2014/45905/15-4603_A1b.pdf

⁸⁵ NASA (27 June 2019) "NASA's Dragonfly Will Fly Around Titan Looking for Origins, Signs of Life". <https://www.nasa.gov/press-release/nasas-dragonfly-will-fly-around-titan-looking-for-origins-signs-of-life>

⁸⁶ NASA: James Webb Space Telescope. <https://www.jwst.nasa.gov/>

⁸⁷ COSPAR Planetary Protection Policy (diciembre 2017). <https://cosparhq.cnes.fr/assets/uploads/2019/12/PPPPolicyDecember-2017.pdf>

actividades y las realizadas por personas bajo su jurisdicción, coordinarán sus acciones en el espacio ultraterrestre y se sujetarán a los mecanismos internacionales de resolución de conflictos

“El espacio es para todos. No es solo para algunos en las ciencias o las matemáticas, o para un grupo selecto de astronautas. Esa es nuestra nueva frontera, y es el deber de todos conocer sobre el espacio”⁸⁸.

Christa McAuliffe

El enfoque de un principio de esta naturaleza debe tender a favorecer la creación de mecanismos de coordinación de las actividades en el espacio ultraterrestre. El principio reafirma la responsabilidad de los Estados conforme lo establece el Tratado del Espacio Exterior⁸⁹, lo que a su vez permite mantener la logística de autorización y registro de las actividades en el espacio exterior, tanto por entes gubernamentales como privados, y da cabida a la coordinación de dichas actividades por comunicación entre los Estados.

Desde 1958 la Oficina de las Naciones Unidas para los Asuntos del Espacio Ultraterrestre (UNOOSA, por sus siglas en inglés) ha servido como el cuerpo internacional donde se promueve la cooperación internacional en el uso del espacio exterior para fines pacíficos⁹⁰.

Pero entendemos necesario retomar lo planteado por Piradov A.S., y trabajar hacia la creación de una Organización Mundial sobre el Espacio Ultraterrestre⁹¹, partiendo de lo ya desarrollado por la UNOOSA, esto debido a los beneficios prácticos que derivarían de la existencia de una organización de esa naturaleza para la coordinación de las actividades de los humanos en el espacio ultraterrestre.

Utilizando las experiencias de otros organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), una organización internacional con mayor capacidad de acción y alcance que al que actualmente está condicionado la UNOOSA, una Organización Mundial del Espacio Exterior por así decirlo, podría no solo coordinar las acciones humanas en el espacio, sino ser un punto de concertación de

acuerdos para las actividades en el espacio, servir de fiscalizador del cumplimiento de esos acuerdos, trazar las mejores prácticas y servir como centro para la solución de conflictos.

Adicionalmente, establecer un organismo central de concertación para agencias espaciales gubernamentales y actores privados interesados en el espacio reduciría considerablemente los costos de operar en el espacio, particularmente en las órbitas terrestres bajas, al establecer un canal de comunicación centralizado y transparente para todos los actores.

Más aún, al quedar establecida la posibilidad de retener derechos de propiedad derivados de las actividades humanas en el espacio ultraterrestre, la logística alrededor de la preparación de misiones con el objetivo de retener dichos derechos, la ejecución de la misma y establecer la oponibilidad frente a terceros de dicha propiedad, se vería enormemente facilitada de un organismo centralizado que no solo registre esos derechos, sino que pueda arbitrar en los conflictos que pudieran derivar de dichas actividades.

En todo caso, la función de coordinación de los estados y centralizar la misma bajo un ente con largo rango de acción en la materia debe venir con enfoque hacia facilitar el acceso al espacio y al desarrollo de la economía en esta, y no suponer una barrera burocrática adicional a las barreras que para acceder al espacio ultraterrestre nos plantea la física y la ingeniería de cohetes.

IV. Conclusión

El mundo está entrando en una nueva era de las actividades humanas en el espacio. El sector privado, en algunos casos en alianza con las agencias espaciales gubernamentales y en otros casos por iniciativa propia, parecen determinados en acelerar el desarrollo de la economía espacial a niveles que hasta hace 20 años eran inconcebibles.

El Derecho Espacial concebido detrás de las preocupaciones que trajo Sputnik I se requiere volver a imaginarle para poder trazar un marco normativo internacional más adecuado para las nuevas realidades, tomando en consideración a todos los *Stakeholders*

⁸⁸ Dicho en una entrevista por Christa McAuliffe, “La Maestra del Espacio”. Falleció el 28 de enero de 1986 en el accidente del transbordador espacial Challenger.

⁸⁹ Ver supra nota 27

⁹⁰ UNOOSA. <https://www.unoosa.org/oosa/en/aboutus/index.html>

⁹¹ Piradov, A. S. (1988). “Creating a world space organization”. *Space Policy*, 4(2), 112–114. doi:10.1016/0265-9646(88)90032-x

que se han venido incorporando al sector y a los retos en materia de accesibilidad y sostenibilidad del uso y exploración del espacio ultraterrestre.

La protección del planeta Tierra, el medioambiente local y su medio ambiente espacial cercano deben pasar al frente como un deber de todos los involucrados en las actividades humanas en el espacio ultraterrestre y ser su más elevada preocupación al momento de realizar esas actividades.

Naturalmente, los retos futuros que podrán derivar del aumento de las actividades humanas en el espacio son difíciles de predecir y la prelación de prioridades plasmadas en los principios propuestos necesariamente traerá consigo sus propios retos. La extensión de los derechos humanos hacia las operaciones en el espacio ultraterrestre traerá por sí sola suficientes preguntas para atender por los futuros especialistas en Derecho Espacial.

Y aunque, ciertamente, el sueño del espacio siempre ha parecido estar justo a la esquina sin nunca llegar, el curso de avances sucedidos en los últimos 10 años nos parece encaminar indefectiblemente en ruta a la vida espacial como se pensaba eventualmente ocurriría en los años 60s. El Derecho Espacial, haciendo de su parte en el Derecho Internacional, debe ahora dar un paso adelante para facilitar la concreción de ese sueño.

Referencias

“Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes” (1984)

“Acuerdo sobre el salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre” (1968).

“Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar”. (1982).

“Convención sobre el registro de objetos lanzados al espacio” (1976)

“Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales” (1972)

“Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre”. (1963)

“Declaración Universal de Derechos Humanos”, (1948).

“Los Acuerdos Artemis” (2020).

“Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”. (1967).

Baca K.A., “Property Rights in Outer Space”, 58 *Journal of Air Law. & Commerce*. 1041 (1993) <https://scholar.smu.edu/jalc/vol58/iss4/4>

Christol, C. (1968). “Human rights in outer space”. *Impact of Aerospace Science and Technology on Law and Government Conference*. (1968) doi: <https://doi.org/10.2514/6.1968-910>

Cinelli, C., & Pogorzelska, K. (2013). “The Current International Legal Setting for the Protection of the Outer Space Environment: The Precautionary Principle Avant La Lettre”. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 22(2), 186–201. (2013) <https://doi.org/10.1111/reel.12026>

Coffey S., “Establishing a Legal Framework for Property Rights to Natural Resources in Outer Space”, 41 *Case W. Res. J. Int'l L.* 119 (2009) Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol41/iss1/6>

Doyle, S.E., “Origins of international space law and the International Institute of Space Law of the International Astronautical Federation”, (San Diego, Estados Unidos de América: Univelt Inc., San Diego, 2002) 135.

Ferreira-Snyman A and Ferreira G “The Application of International Human Rights Instruments in Outer Space Settlements: Today’s Science Fiction, Tomorrow’s Reality” *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 22, 2019 DOI <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2019/v22i0a5904>

Freeland, S., & Pecujlic, A. (2018). “How Do You Like Your Regulation – Hard Or Soft? The Antarctic Treaty and The Outer Space Treaty Compared”. *National Law School of India Review*, 30(1), 11-36 (2018). <https://www.jstor.org/stable/26743930>

James A. Vedda “Challenges to the Sustainability of Space Exploration, Astropolitics” *The International Journal of Space Politics & Policy*

Volumen 6, 2008, Edición 1, DOI: <https://doi.org/10.1080/14777620801907921>

Jones. H. W. "The Recent Large Reduction in Space Launch Cost" NASA Ames Research Center, Moffett Center. 48th International Conference on Environmental Systems (2018). https://ttu-ir.tdl.org/bitstream/handle/2346/74082/ICES_2018_81.pdf

Kessler, Donald J.; Cour-Palais, Burton G. "Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a Debris Belt". *Journal of Geophysical Research*. 83 (A6): 2637–2646. (1978). <https://doi.org/10.1029/JA083iA06p02637>

M. Mejía-Kaiser "Space Law and Hazardous Space Debris" *Oxford Research Encyclopedia*, 30 enero 2020. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190647926.013.70>

Murtaza et al.: "Orbital Debris Threat for Space Sustainability and Way Forward" (2019) *IEEE Access* P: 61000-61019 <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=9028136>

Paul G. Dembling and Daniel M. Arons, "The Treaty on Rescue and Return of Astronauts and Space Objects", 9 *Wm. & Mary L. Rev.* 630 (1968), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss3/4>

Piradov, A. S. (1988). "Creating a world space organization". *Space Policy*, 4(2), 112–114. doi: [https://doi.org/10.1016/0265-9646\(88\)90032-X](https://doi.org/10.1016/0265-9646(88)90032-X)

Quinn, Adam G., "The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space" (2008). *Minnesota Journal of International Law*. 63. P: 475-502 <https://scholarship.law.umn.edu/mjil/63>

Simma, Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law (Volumen 250)", en: (La Haya, Holanda; *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 1994)

Sonter, Mark Joseph "The technical and economic feasibility of mining near-earth asteroids", Master of Science (Hons) thesis, Department of Physics, University of Wollongong, 1996. <http://ro.uow.edu.au/theses/2862>

Ty S. Twibell "Space Law: Legal Restraints on Commercialization and Development of Outer Space") *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 65, No. 3, 1997 REV. 589, 592 (1997) <https://ssrn.com/abstract=3635851>

Vasak K., "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Noviembre 1977.

Viikari L. "The environmental element in space law: Assessing the present and charting the future" (Holanda; Brill-Nijhoff, Volumen 3. 2008).

Pruebas documentales y pruebas documentadas de cara al juicio oral: una distinción necesaria

Thiaggio Marrero Peralta*

Recibido: 21 de junio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

A casi 20 años de implementación del sistema acusatorio adversarial en la República Dominicana resulta necesario abordar la naturaleza probatoria de los documentos del proceso penal dado el fenómeno reciente de intentar incorporar testimonios escritos al juicio oral, lo cual rompe con la lógica de la oralidad del sistema acusatorio. En este artículo, mediante el análisis de la legislación y la jurisprudencia, se procura distinguir las pruebas documentales de las pruebas documentadas, las regulaciones para cada tipo de prueba en nuestro Código Procesal Penal y la forma de incorporación de ambas al juicio oral. La razón para esta distinción radica en que servirá para realizar una valoración probatoria más asertiva y salvaguardar el derecho de defensa, sin menoscabar los principios estructuradores del proceso penal.

Palabras clave: pruebas, documentos, libertad probatoria, oralidad, debido proceso.

Abstract

Almost 20 years after the implementation of the adversarial accusatory system in the Dominican Republic, it is necessary to address the evidentiary nature of the documents of the criminal process given the recent phenomenon of trying to incorporate written testimonies into the oral trial, which breaks with the logic of the orality of the accusatory system. This article, through the analysis of legislation and jurisprudence, seeks to distinguish documentary evidence from documented evidence, the regulations for each type of evidence in our Code of Criminal Procedure and the way in which both are incorporated into the oral trial. The reason for this distinction is that it will serve to make a more assertive evidentiary assessment and safeguard the right of defense without undermining the principles of criminal process.

Keywords: evidence, documents, freedom of evidence, orality, due process.

* El autor es dominicano, graduado de la licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en 2011 con honor Magna Cum Laude. En el año 2013 finalizó el Máster Oficial en Derecho Empresarial en la Universidad Antonio Nebrija, Madrid, y luego en 2014 culminó el Máster Oficial en Derecho Público, con especialidad en Derecho Administrativo, en la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Profesor de Práctica Forense Penal y Seminario de Derecho Público en la PUCMM, enfoca y concentra su práctica profesional en litigación estratégica de casos de civiles, administrativos y penales. Actualmente es socio de Peralta Bidó – Abogados & Consultores. Correo electrónico: tmarrero@peraltabidolaw.com

Introducción

Desde la implementación del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y su principio de libertad probatoria, en los foros judiciales ha surgido un debate respecto a cuáles son las pruebas documentales que admite el CPP y cómo estas se incorporan al juicio oral. Quizá esto no debería generar ninguna discusión porque hasta hace poco tiempo había un convencimiento general respecto de la naturaleza de las pruebas documentales a las que se refería el código. Sin embargo, la utilización de ciertos documentos que contienen declaraciones de posibles testigos no ofertados como práctica ordinaria, hace necesaria responder la pregunta: ¿son todos los documentos o escritos pruebas documentales y, por tanto, su incorporación durante el juicio se hace por su simple lectura? Otra pregunta importante en este sentido es: ¿existen documentos que por su contenido no pueden ser incorporados por su simple lectura?

Las respuestas a estas preguntas son muy importantes pues atendiendo a estas se marca o no el ritmo de cómo debe llevarse a cabo un juicio oral respecto a la llamada prueba documental. Una declaración jurada de una persona es un documento; pero no necesariamente esta pueda incorporarse por su sola lectura al juicio instituido a partir del CPP que nos montó un sistema procesal de corte enteramente adversarial.

A raíz de las acusaciones presentadas en casos como el de los Super Tucanos de la empresa Embaer y de los sobornos admitidos por la Constructora Norberto Odebrecht, la figura del arrepentido o del delator premiado ha comenzado a tener relevancia en nuestro juicio oral como una herramienta eficaz en la lucha de la criminalidad organizada, lo cual ha propiciado el traslado de pruebas documentales que contienen testimonios a esos procesos y, con ello, una práctica novedosa e imprevista por el CPP que pone tensión sobre los principios del sistema adversarial.

En efecto, el sistema adversarial instituido con el CPP prevé principios estructuradores del juicio tendentes a garantizar los derechos de las partes y, por supuesto, velar porque este sea lo más justo posible. Tales principios son el de oralidad, publicidad, contradicción, intermediación y concentración, que en nuestro digesto procesal están definidos a partir de los artículos 306 y siguientes.

En tal sentido, como ha quedado esbozado más arriba, en este artículo el problema a abordar tiene que ver con la determinación de cuáles son las

pruebas documentales a las que se refiere el CPP cuya incorporación al juicio puede hacerse a través de su sola lectura y por qué algunos escritos, a pesar de constar en documentos, no tienen el mismo tratamiento.

La razón de lo anterior es que el telos del proceso penal conforme al CPP, que no es otro que garantizar un juicio justo, implica que los principios estructuradores de este se concreten en cada aspecto procesal posible y esto incluye el momento cumbre del juicio: la reproducción e incorporación de las pruebas. Por ello la necesidad de distinguir los documentos que se corresponden propiamente como pruebas documentales y los demás que, aunque consten en soporte material, realmente no debería considerársele como tales.

Por consiguiente, en este artículo se procura brindar una clara distinción entre dos tipos de pruebas del proceso penal que discurren en muchas ocasiones sin una clara diferenciación por su categoría probatoria y por la forma en que estas se pueden incorporar en el juicio. Por ello, vamos a verificar las principales características de las pruebas documentales y documentadas, para luego describir sus formas de incorporación al juicio oral. Y posteriormente veremos los impedimentos que pueden tener las pruebas documentadas de no ser obtenidas conforme a las reglas establecidas en el CPP.

I. Las pruebas documentales en el Código Procesal Penal

El artículo 170 del CPP dispone la regla y el principio de libertad probatoria, lo que implica de manera general que los hechos se pueden probar a través de cualquier medio legalmente establecido y, por tanto, no hay pruebas tasadas. Ahora bien, que haya libertad de pruebas no implica que no se regule la producción y obtención de los diferentes tipos de prueba que se admiten en el proceso, siendo necesario que el Ministerio Público y demás partes del proceso observen las formalidades propias de cada tipo de prueba.

El CPP en sí no define lo qué es una prueba documental y por ello, de entrada, podemos entender que todo lo que conste en soporte escrito puede asumir esta denominación por la concepción amplia de lo que constituye un documento. La ausencia de definición y delimitación de este tipo de prueba es justamente lo que ha colaborado a que en la práctica se entienda que todo lo que esté por escrito es un documento y, por tanto, basta con cumplir con las formalidades generales para su admisión en el proceso.

En el caso particular de las pruebas documentales de manera general no hay mayores formalidades para su

oferta y aporte en el juicio oral. Digamos que basta con que los documentos sean auténticos o certificados en caso de fotocopias. De hecho, si ninguna de las partes muestra objeciones formales a las fotocopias, el tribunal debe darlo como auténtico y fiel a su original.

Ahora bien, lo anterior solamente tiene que ver respecto al aspecto material de la prueba; no así a su contenido que es el que finalmente define su naturaleza. La prueba documental, como cualquier otra, tiene su propia regulación en dos momentos particulares: 1. Cuando es recolectada vía el secuestro o allanamiento; y 2. Respecto a su incorporación al juicio.

En el primer caso, el artículo 186 del CPP solamente establece el deber de resguardar los documentos obtenidos, archivarlos con el debido cuidado y la obligación de presentarlos a quienes lo tengan bajo su cuidado. Esta disposición evidentemente que no tiene que ver con el contenido de los documentos, pues se trata simplemente de una regla de cuidado y archivo de estos.

Respecto al segundo momento, el CPP y la resolución núm. 3869-2006, que instituye el reglamento sobre el manejo de los medios de pruebas en el proceso penal indican la forma en que las pruebas documentales son ingresadas al debate del juicio oral. Y aquí, entonces, es donde cobra importancia la delimitación de los documentos que sí califican como tal y aquellos que aún estando en soporte documental, no tienen la naturaleza de documentos para el proceso penal.

El artículo 312 del CPP, tomando en cuenta que la oralidad es la regla del proceso, incluso para la reproducción de las pruebas; prevé justamente excepciones a la oralidad en lo que respecta a las pruebas documentales. Este artículo indica que pueden ser incorporados por medio de su lectura: 1.- los informes, las pruebas documentales y las actas previstas en el CPP; 2.- las actas de los anticipos de prueba; 3.- los informes periciales y 4.- las actas de interrogatorios realizados a imputados declarados en rebeldía.

Como puede verse, es el CPP que comienza a hacer una distinción de las pruebas documentales de los demás documentos que pueden producirse en el proceso, pues las actas y los informes son documentos, pero no son pruebas documentales según una simple lectura del referido artículo 312 del CPP.

Un acta de registro es un documento; un interrogatorio suscrito por el imputado o algún coimputado también es un documento; una declaración de entrega de objetos es un documento; un informe es un documento y, por supuesto, una declaración de un testigo recogido por escrito es un documento. Por último, una comprobación notarial es también un documento. Y en realidad cada uno de los documentos mencionados en el párrafo anterior pueden hacer las veces de pruebas documentales; pero cada una tiene un rigor procesal específico al momento del juicio oral para que su oralidad quede excepcionada conforme al artículo 312 del CPP. Los referidos documentos pueden ser incorporados por su lectura en el juicio oral justamente por la autorización expresa del indicado artículo, siempre y cuando se cumpla con las formalidades de su obtención y oferta por las partes.

Entonces ¿a qué se refiere el Código Procesal Penal como netamente prueba documental? De acuerdo con el profesor Maier, las pruebas documentales son “aquellos medios de prueba originariamente escritos (documentos, informes) que se leen o exhiben en la audiencia¹”. Por ello es posible indicar que cuando el Código Procesal Penal habla de pruebas documentales, se refiere a contratos, resoluciones, periódicos, informes, estados financieros, etc. Esos son netamente pruebas documentales y que por su naturaleza siempre podrán ser incorporadas al juicio por su simple lectura.

La controversia siempre radica en si un informe o documento contienen declaraciones de personas sobre los hechos propios de la causa pueden ser consideradas como pruebas documentales en tanto que tienen un soporte documental. A estas pruebas una parte de la doctrina les denomina “pruebas documentadas”, las cuales por igual están previstas en nuestro Código Procesal Penal.

II. El régimen de las pruebas documentadas en el Código Procesal Penal

El CPP refiere de manera general a la prueba documental sin definir ni delimitar su contenido, al tiempo que señala otros tipos de documentos que por igual su incorporación al juicio puede hacerse por lectura. El tema es que esto permite confundir la naturaleza de la prueba documental frente a otras por el simple hecho de que están por escrito, tales como

¹ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal, T I, 2.ª edición, Editora del Puerto, Argentina, 2004, pp. 657-658

los testimonios o declaraciones recibidas en actas, sin importar si proceden de otro proceso o como parte de una investigación paralela con carácter transnacional.

Hay que tomar en cuenta que la importancia de distinguir los documentos y su etiqueta de prueba documental está ligada a su forma de incorporación al juicio oral y, por tanto, la verificación de que cada prueba producida cumpla con los principios estructuradores del proceso, de modo que la distinción de categorías y la verificación de las características propias de los documentos a los que se refiere el artículo 312 del CPP no es ociosa en tanto que tiene serios impactos en el ejercicio de las facultades y derechos de las partes.

Considerar que todo cuanto esté en soporte documental es una prueba documental implica aceptar que cualquier documento, sin importar su contenido, podrá incorporarse y estar sujeto a la valoración del tribunal para fundamentar su sentencia sin mayores discusiones y con ello, abrir el espacio a disrupciones inaceptables de un proceso configurado para que la oralidad sea su regla. Por pruebas documentadas nos referimos al:

*conjunto de medios probatorios en la que se analizan las actas o registros de lo desahogado en la audiencia de prueba anticipada, o bien de aquellas declaraciones previas de testigos, peritos o coimputados que, por causas de fuerza mayor o la interferencia del acusado, no puedan concurrir a la audiencia del juicio oral*².

De modo que al referirnos a pruebas documentadas hablamos de documentos recogidos en el curso del proceso que tienen alguna declaración previa de personas que ordinariamente comparecerían al juicio oral y pudieran ser sometidas al rigor de los interrogatorios en estrados y ante la tutela del tribunal.

En efecto, la prueba documentada es aquella que contiene declaraciones anticipadas de testigos, peritos o coimputados, es decir, que se trata de pruebas documentales de tipo personal que requieren en nuestro sistema procesal penal de tres procedimientos previstos en nuestra normativa procesal penal para su incorporación al juicio: a.-El anticipo de prueba, reglado en el artículo 287 del CPP; b.-Producción de prueba masiva, reglado en el artículo 371 del CPP; y c.-vía interrogatorio con un testigo idóneo (Art. 19 literal

D de la resolución núm. 3869-2006 de la Suprema Corte de Justicia, que dispone el Reglamento para el Manejo de los Medios de Prueba en el Proceso Penal).

A lo anterior también pudiéramos sumarle la declaración de un coimputado declarado en rebeldía conforme lo dispone el artículo 312.4 del CPP. Debemos tener en cuenta que no se pueden confundir las pruebas documentadas con las pruebas preconstituidas, las cuales, según la resolución núm. 3869-2006, son aquellas pruebas elaboradas “por la parte que la presenta con miras a su utilización en la eventualidad de un proceso posterior”.

Las pruebas documentadas se obtienen y se recogen en ocasión del procedimiento y para el proceso que se lleva en curso, además, ameritan la realización de una formalidad predeterminada por la norma. En tanto que las pruebas preconstituidas no, pues pueden ser documentos u otro tipo de evidencias claramente elaborados por cualquiera de las partes cuya eficacia dependerá caso por caso en virtud del principio de que “nadie puede fabricar su propia prueba”.

Y justamente la diferencia más notoria entre las pruebas documentales y las pruebas documentadas tiene que ver con que estas últimas para que puedan ser incorporadas al juicio por su lectura debe haberse cumplido con los trámites propios para su obtención. Veamos brevemente las fórmulas para la obtención de cada uno de los medios de pruebas documentadas indicadas en el CPP.

1. Anticipo de prueba

Se trata de un instrumento excepcional con el que cuentan las partes y que culmina con un acta donde se registra todo cuanto acontece. Este se realiza en ocasión de la etapa preparatoria y tiene como finalidad adelantar una prueba testimonial o pericial siempre que por circunstancias ajenas a los declarantes no pueda realizarse en el juicio.

Tal como señala Binder, el anticipo de prueba “consiste en la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que también se anticipan las condiciones básicas del juicio – en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales”³.

² Benavente Chorres, Hesbert, «La prueba documentada en el Nuevo Sistema Procesal Penal Mexicano» en Revista Ius et Praxis, Chile, Año 16, núm. 1, 2010, p. 198

³ Binder, Alberto, Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Editorial Jurídico Continental, Buenos Aires, 1999, p. 38

El CPP establece el anticipo de prueba en el artículo 287, indicando que esta se puede ejecutar para:

1.- Realizar un peritaje que por sus características no se podrá hacer con posterioridad; 2.- Obtener la declaración de un testigo que no podrá hacerlo en el juicio oral por obstáculos o complejidades del caso; 3.- Registrar las declaraciones de víctimas y testigos que puedan ser amenazados o intimidados en ocasión de una investigación sobre criminalidad organizada, o que sean extranjeros que no residan en el país.

La idea del anticipo de prueba es que las declaraciones de estas personas o los resultados de una prueba pericial que no puede realizarse en otro momento, tal como sería un examen toxicológico o serológico, se realice anticipadamente bajo la tutela judicial.

El anticipo de prueba requiere de una ponderación del juez de la instrucción a cargo de controlar la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público, quien debe verificar que las circunstancias excepcionales están presentes como para ordenar la realización de este procedimiento y de acuerdo al propio CPP. Se debe convocar a todas las partes para participar en la audiencia de anticipo, pues efectivamente, se celebra una vista donde cada parte que comparezca tiene derecho a intervenir e interrogar al perito o testigo cuyas declaraciones se pretendan recoger, así como también hacer constar en el acta todo cuanto entienda pertinente que verse sobre alguna irregularidad u observación del procedimiento.

La idea del anticipo de prueba es que las declaraciones de los testigos, víctimas o peritos e incidencias sean recogidas en un acta que posteriormente pueda ser incorporada al juicio por su lectura, conforme al artículo 312 del CPP. El acta levantada es justamente una prueba documentada y no una prueba documental.

Cabe destacar que solamente en caso de extrema urgencia se prevé la posibilidad de que el juez prescindiera de la comparecencia de todas las partes; sin embargo, es facultad del juez designar un defensor público para que comparezca a la vista convocada al efecto para practicar el anticipo de prueba. En ese caso, el acta levantada al efecto por igual podrá ser incorporada al juicio oral para su lectura, aun cuando estas no hayan comparecido a la vista, pues el propio artículo 287 prevé la posibilidad de requerir la comparecencia al juicio de los testigos o peritos que declararon ante el juez del anticipo de prueba.

Es importante dejar claro que el anticipo de prueba solamente puede ser ordenado en la etapa preparatoria y no durante el juicio oral, aunque ha indicado la Segunda Sala de la Suprema Corte⁴ de Justicia, si el testigo comparece al juicio y se le toman las declaraciones con la presencia de todas las partes, el acta que da lugar a este procedimiento puede valorarse como prueba e incluso incorporarse al proceso por su lectura, en tanto se garanticen los derechos de las partes.

2. Producción de prueba masiva

En ocasión de un caso declarado complejo, una de las herramientas especiales de investigación es justamente la producción de prueba masiva. Cuando un asunto es declarado complejo, además del anticipo de prueba, el CPP le permite al Ministerio Público presentar un informe sobre interrogatorios realizados a múltiples personas identificadas como testigos.

Una buena definición de este proceso fue dada por el Juzgado de la Instrucción Especial constituido en la Suprema Corte de Justicia en la que señaló que:

el procedimiento de prueba masiva es una modalidad de delegación y síntesis de la prueba

⁴ República Dominicana, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia núm. 1 del 28 de junio de 2019, pág. 5. Esta sala indicó: “el caso presente no procedía en la etapa del juicio proponer un anticipo de prueba, ya que esto es propio de la etapa preparatoria, pero, como se dijera anteriormente, de lo que se trató fue de una declaración ofrecida por un testigo presencial del hecho en una audiencia que conocía el fondo del proceso y que, ante la solicitud del órgano acusador de que el mismo fuera escuchado en razón de que había sido conducido al tribunal, el juez le tomó sus declaraciones; que si bien yerra al darle el calificativo de anticipo de prueba, esto no es óbice para invalidar la misma, ya que el artículo 323 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: “Recepción y Exhibición de Pruebas. Recibida la declaración del imputado, si la hay, el tribunal procede a recibir las pruebas presentadas por el ministerio público, por el querellante, por la parte civil, por el tercero civilmente responsable y por la defensa, en ese orden, salvo si las partes y el tribunal acuerden alterarlo. La prueba es recibida en el orden escogido por cada una de las partes, conforme lo hayan comunicado al tribunal y a las demás partes en la preparación del juicio”; de lo que se infiere que si el tribunal decide, previa solicitud de una de las partes y respetando el debido proceso y el derecho de defensa del imputado, alterar el orden de presentación de las pruebas, bien puede solicitar la audición de un determinado testigo, si así lo considerare, dándole un valor anticipado a la información que brinda ese elemento de prueba, para luego incorporarla al juicio mediante su lectura, como sucedió en el caso presente; en consecuencia, esta Sala considera que tal yerro no acarrea la nulidad del proceso, por tratarse de una prueba que fue recogida respetando las garantías del recurrente”.

dentro del procedimiento para asuntos completos (CPP, artículos 369-373), conforme el Ministerio Público puede, previa autorización del Juez de la Instrucción, realizar y sintetizar los interrogatorios a numerosos testigos, circunstancia en la cual el Ministerio Público puede registrar dichos elementos probatorios por cualquier medio y presentar una síntesis objetiva de los interrogatorios, la cual puede ser incorporada al juicio por lectura (CPP, artículo 312). Dicha incorporación está sujeta a las reglas procesales y no impide que los imputados puedan solicitar que cualquiera de los interrogados sea presentado en el plenario, siendo responsabilidad del Ministerio Público actuar garantizando la regularidad del medio probatorio y la fidelidad e idoneidad del registro de la prueba⁵.

La idea de la producción de prueba masiva es que el Ministerio Público pueda elaborar un informe sobre los interrogatorios practicados, sintetizando sus resultados objetivamente, dada la complejidad del caso, ya constatada por el tribunal, y ante los numerosos testimonios que necesitan recabarse en ocasión de la investigación y así cuidar declaraciones de estos, así como garantizar que estas puedan ser escuchadas en el juicio.

Esta herramienta especial, al igual que el anticipo de prueba, tiene que ser autorizada por el tribunal control que debe ponderar caso a caso la solicitud que el Ministerio Público, única parte que puede realizar la petición -lo cual no es así con relación al anticipo de prueba-, y lo que toca al tribunal evaluar es: 1. La pluralidad de víctimas o personas identificadas como testigos del hecho punible; y 2. Si por el caso en cuestión resulta indispensable para la investigación en ocasión de los principios de economía procesal y celeridad.

Esto último lo indicó el Juzgado de la Instrucción Especial constituido en la Suprema Corte de Justicia en tanto que el procedimiento de prueba masiva puede ser una herramienta de la investigación de casos complejos que brinda soluciones procesales menos onerosas y permite cumplir con el postulado del derecho a ser juzgado en un tiempo razonable⁶.

En sí, los interrogatorios y la síntesis de estos se registran por cualquier medio y en caso de que este sea por escrito, dicho registro o informe puede

ser incorporado por su lectura. Este soporte que el artículo 312 permite su ingreso al juicio por su simple lectura no es una prueba documental, como hemos visto más arriba; sino una prueba documentada.

III. La imposibilidad de incorporar por lectura pruebas documentadas no obtenidas conforme al CPP

Como hemos visto, el CPP distingue claramente las denominadas pruebas documentales de las pruebas documentadas, pero permite en ocasión del juicio que ambas clases de prueba puedan ser incorporadas por su lectura.

Sin embargo, tal como he adelantado más arriba, las pruebas documentadas no pueden ser incorporadas por su lectura, como permite el artículo 312 del CPP, si no se han cumplido con los procedimientos establecidos. Y es que las pruebas documentadas siguen un curso para su obtención que no es ocioso; sino que con ello se procura garantizar los derechos de las partes en el proceso e impedir la desnaturalización y el abuso de este tipo de pruebas tan delicadas en el proceso penal.

Las pruebas documentadas son documentos que contienen declaraciones de testigos y, por tanto, su obtención y formalización está reglada por el CPP, como hemos visto. Si un documento contiene declaraciones de un testigo, de la víctima, de un coimputado o de un perito, que no se presenta en el juicio oral, y no fue obtenida por ninguno de los medios indicados en el CPP, solamente podrá ser incorporado al juicio mediante su reconocimiento por el testigo idóneo, es decir, por la misma persona que prestó las declaraciones y que fueron registradas en el escrito que pretende ingresarse al juicio oral.

Lo anterior no es más que la aplicación de los términos de la resolución núm. 3869-2006 que prioriza la acreditación y autenticación de los documentos y objetos a través de un testigo idóneo con el propósito de convencer al tribunal o al juez sobre el contenido y la fiabilidad de estos. Por ello, antes de la incorporación por lectura de cualquier documento como prevé el artículo 312 del CPP, el manejo de las pruebas documentales y documentadas en el juicio sugiere que estas se realicen vía el testigo o el perito correspondiente.

⁵ República Dominicana, Juzgado de la Instrucción Especial, Suprema Corte de Justicia, resolución núm. 73-2017 del 10 de noviembre de 2017, pág. 18

⁶ Ídem.

Si el testigo o el perito no es ofertado ni comparece al juicio, entonces la prueba documentada, es decir, el documento que contenga su declaración y que no haya sido obtenida de conformidad con los procedimientos de anticipo de prueba o de producción de prueba masiva, no podrá ser incorporada al juicio oral y de hecho, no debería tampoco ser admitida a juicio por el juez de la instrucción en vista de que su verdadera naturaleza sería la de un testimonio por escrito y la regla de los testimonios está vertida en los artículos 194 y siguientes del CPP, que obligan la comparecencia del testigo al juicio y el someterse al interrogatorio de las partes.

Desde el momento en que nuestro proceso penal abandonó la tradición inquisidora del Código de Procedimiento Criminal, quedó atrás la lectura de informes contentivos de declaraciones de testigos o peritos como elementos válidos para la convicción del tribunal, lo cual en el sistema acusatorio adversarial solo puede realizarse excepcionalmente y siguiendo los procedimientos ya indicados en el apartado anterior. Esto se debe a que el principio de libertad probatoria establecido en el artículo 170 del CPP no implica que las partes puedan tirar de cualquier medio probatorio sin observar las reglas de su obtención ni tampoco este supone la defenestración de los demás principios estructuradores del proceso penal que buscan garantizar que todas las personas tengan un juicio justo.

Como indica Cafferata Nores, la libertad probatoria “no significa que se haga prueba de cualquier modo -ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba- ni mucho menos a cualquier precio, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana u otros intereses”⁷.

En el caso particular de las pruebas documentadas, por ser documentos que contienen declaraciones de testigos o peritos de los hechos punibles objeto del juicio oral, la doctrina señala que “si un testimonio no es prestado oralmente ante el Tribunal de mérito, aun cuando haya sido prestado anteriormente ante otra autoridad judicial instructoria, es un elemento convictivo que no existe porque no podría ser reproducido en el debate, porque no hay inmediación entre esa prueba y los intervinientes en el juicio”⁸.

En efecto, pretender que cualquier documento que contenga declaraciones de un testigo o perito, sean estas o no pruebas trasladadas, puedan ser incorporadas por su simple lectura cuando por su naturaleza son pruebas documentadas, sería dar lugar a la vulneración de los principios de contradicción, oralidad e inmediación, pues la parte a la que se le opondría la prueba no tendría la oportunidad de someter al interrogatorio y a la contradicción las declaraciones registradas en el documento.

Además, la incorporación por lectura de una prueba documentada no obtenida por los medios indicados en la norma implicaría desnaturalizar este tipo de prueba en tanto que realmente las declaraciones contenidas en las pruebas documentadas constituyen verdaderos testimonios y por tanto, tienen que desahogarse en el juicio oral a través de los testigos como una forma de garantizar los derechos de las partes. Estrampes señala que:

*aunque en la fase de obtención de las fuentes de prueba no se hubieran vulnerado directamente derechos fundamentales, si en el momento de su incorporación y/o práctica en el proceso no se respetaran las citadas garantías procesal dichas pruebas no podrían ser valoradas. De entre las garantías mencionadas cobra especial importancia la de contradicción por su estrecha conexión con el derecho de defensa. La contradicción debe respetarse no sólo durante la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, sino también durante la práctica de las diligencias sumariales, especialmente de aquellas no reproducibles en el acto de la vista oral*⁹.

Por ello, la única posibilidad de incorporar las pruebas documentadas al juicio oral es si estas fueron obtenidas de conformidad con las reglas establecidas en el CPP, sea por medio de un anticipo de prueba o por la producción de pruebas masivas o a través del testigo idóneo, toda vez que de esta forma se garantiza la oralidad, la contradicción y la inmediación, principios estructuradores del proceso que protegen los derechos de las partes, en especial, su derecho de defensa.

Esto es así en vista de que, como vimos, tanto para el anticipo de prueba como para la producción de prueba

⁷ Cafferata Nores, José. La prueba en el proceso penal con especial referencia a la ley 23.984, 3.ª edición, Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 27.

⁸ Cafferata Nores, José, y Arocena, Gustavo A., Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos), Argentina, Editorial Mediterránea, 2004, p. 232.

⁹ Miranda Estrampes, Manuel, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, 2.ª edición, Bosch, España, 2004, p. 89

masiva, las partes tienen el derecho de interrogar a quien rinde las declaraciones y, por tanto, a ejercer su derecho a la contradicción, lo cual también sucede en ocasión del testigo idóneo con quien se pudiera incorporar una prueba documentada que no fue obtenida de conformidad con las reglas del CPP.

IV. Conclusión

En la práctica existe una incompreensión del principio de libertad probatoria dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal al punto tal que se entiende que este otorga patente de corso para desnaturalizar los medios de pruebas del proceso, lo que necesariamente deviene en inconsistencias de las decisiones judiciales y violaciones a los derechos de las partes.

Una de ellas, sobre todo, en casos con alguna complejidad probatoria, tiene que ver con la intención de las partes de incorporar por lectura todo cuanto sea documento al hacer una interpretación amplia del término “pruebas documentales” del artículo 312 del CPP. Sin embargo, en el CPP se contemplan las pruebas documentales en sí mismas y las pruebas documentadas.

Tanto las pruebas documentales como las pruebas documentadas pueden ser incorporadas al juicio oral por su lectura, siempre y cuando cada una haya sido recogida de conformidad con la norma y siguiendo los procedimientos preestablecidos. En el caso particular de las pruebas documentadas, el CPP prevé dos tipos de obtención de estas pruebas, como vimos, el anticipo de prueba y la producción de pruebas masivas, procedimientos reglados que garantizan la contradicción y la oralidad, además del derecho de defensa de las partes.

Así pues, cualquier prueba documentada que no haya sido obtenida por medio de estos procedimientos y que se intente incorporar al juicio, solo se podría a través del testigo idóneo en vista de que es la única manera de garantizar los principios de oralidad, contradicción e intermediación, los cuales estructuran el proceso penal. De modo que la parte que oferte una prueba documentada no obtenida conforme al CPP ni tampoco tenga un testigo idóneo que permita su acreditación e incorporación, deberá ser admitida al juicio por el juez de la instrucción ni por el propio tribunal de fondo. Esta diferencia es muy importante respecto a la prueba documental, pues siempre puede incorporarse por su simple lectura y dado que son originalmente escritas, las partes pueden contradecir este medio por cualquier otro que consideren a fin a sus intereses.

La distinción de estas categorías de pruebas no es ociosa; sino que sirve de ejercicio práctico para asegurar la primacía de los principios estructuradores del sistema acusatorio adversarial y con ello, garantizar el derecho constitucional a juicio justo.

Referencias

Benavente Chorres, Hesbert, «La prueba documentada en el Nuevo Sistema Procesal Penal Mexicano» en Revista *Ius et Praxis*, Chile, Año 16, N.º 1, 2010.

Binder, Alberro, *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Editorial Jurídico Continental, Buenos Aires, 1999.

Cafferata Nores, José, y Arocena, Gustavo A., *Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)*, Argentina, Editorial Mediterránea, 2004.

Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal con especial referencia a la ley 23.984*, 3.ª edición, Argentina, Ediciones Depalma, 1998.

Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal*, T 1, 2.ª edición, Editora del Puerto, Argentina, 2004.

Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.ª edición, Bosch, España, 2004.

República Dominicana, Juzgado de la Instrucción Especial, Suprema Corte de Justicia, resolución núm. 73-2017 del 10 de noviembre de 2017.

República Dominicana, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia núm. 1 del 28 de junio de 2019.

El lavado de activos: análisis comparativo de la legislación penal y administrativa de la República Dominicana y Colombia*

Hernando A. Hernández Quintero**

Recibido: 5 de julio de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

Resumen

En 1988 se suscribió en Viena la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en la cual se decidió que todos los países que la aprobaron se obligaban a tipificar en su legislación penal el delito de lavado de activos. Cada Estado, de acuerdo con sus particularidades, incluyó esta aviesa conducta en sus estatutos penales o en normas especiales. En la presente contribución se realiza un análisis de dicha normatividad en la República Dominicana y en Colombia, para luego acometer un estudio de derecho comparado, resaltando las similitudes y diferencias entre las dos regulaciones jurídicas. El objetivo del trabajo es evidenciar los aspectos positivos de cada legislación, al igual que sus deficiencias, con el fin de proponer los correspondientes correctivos. Se concluye de esta comparación que los dos países han realizado un destacado esfuerzo para prevenir, detectar y sancionar esta delincuencia y la necesidad de diseñar una norma homogénea para América Latina, que permita enfrentar con mayor eficiencia el flagelo criminal estudiado, el cual genera un grave perjuicio al orden económico de los Estados.

Palabras clave: lavado de activos, delito, contravención, ilícito precedente.

Abstract

In 1988, the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances was signed in Vienna, in which it was decided that all countries that approved it were obliged to define the crime of money laundering in their criminal legislation. Each State, according to its particularities, included this malicious conduct in its criminal statutes or in special regulations. In this contribution, an analysis of these regulations in the Dominican Republic and Colombia is carried out, to then undertake a comparative law study, highlighting the similarities and differences between the two legal regulations. Also, the following work aims to assess any positive or negative outcomes of the application of the named legal regimes, in order to propose the respective remedies. The work concludes from the comparative legal study that both countries have carried out remarkable efforts to prevent, detect, and sanction the criminal conduct of money laundering; as well as highlights the need of designing a consistent Latin American regulation, that allows countries to exert their punitive power with greater efficiency, over such conduct that gravely damages the economic order of States.

Keywords: money laundering, crime, contravention, illicit precedent.

* El presente artículo es resultado de la investigación *Retos del derecho penal económico en el siglo XXI: especial referencia al caso colombiano*, que el autor adelanta en la Universidad de Ibagué, con el Grupo de Investigación Zoon Politikon. Código 20-031- SINT.

** Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de

Introducción

Uno de los mayores problemas que enfrenta la delincuencia de alto impacto económico es el de disimular el origen ilícito de sus bienes. En este propósito, quien ha logrado obtener éxito en su empresa criminal busca incorporar al torrente económico los recursos originados en el delito, utilizando para ello el sistema financiero o el real, por existir allí un gran caudal de dineros de procedencia legal.

Los estados, por su parte, han advertido que la mejor forma de desestimular la ejecución de punibles que generan grandes beneficios económicos, como el narcotráfico y la corrupción, entre otros, es el desposeer de las ganancias ilícitas a los delincuentes, procurando que, al no poder disfrutar el producto de su actividad criminal, se abstengan de realizar dichos comportamientos desviados. En este empeño, impulsados por acuerdos internacionales, los países han tipificado en sus códigos penales el delito de lavado de activos.

Entre los tratados internacionales que han influido en la regulación penal y administrativa del lavado de activos en el mundo encontramos las convenciones de Naciones Unidas de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003). Asimismo, es notable el aporte de la Declaración de Principios de Basilea de 1988, al igual que las recomendaciones de entidades como el Grupo de Acción Financiera (GAFI), la Comisión Interamericana para el Control y Abuso de las Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA) y El Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica (GAFILAT), entre otras¹.

El lavado de activos se ha definido como “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”². El proceso a que se refiere la anterior definición está conformado por tres etapas plenamente reconocidas. La primera

es la colocación, por medio de la cual el fruto del delito se ingresa a una entidad financiera o una actividad del sector real para mezclarla con recursos legales. Una segunda fase, conocida como estratificación, impone la realización de múltiples operaciones con el objeto de impedir que las autoridades detecten la procedencia ilegal de los bienes. Por último, se encuentra la integración, etapa en la cual los bienes regresan al patrimonio del delincuente, aparentemente legalizados³.

La gravedad de este comportamiento transnacional genera un daño incalculable a la economía de los países y a la moral social. Por eso, afirma con razón Almánzar Melgen: “Esta empresa criminal opera como una especie de veneno para la economía y especialmente para las empresas formales —constituyendo una amenaza permanente para las mismas—, para las arcas del Estado y para la estabilidad social y política”⁴.

En el presente artículo se adelanta un estudio sobre la regulación penal y administrativa del lavado de activos en la República Dominicana y en Colombia, resaltando sus antecedentes, semejanzas y diferencias. Así mismo, el objetivo del trabajo es evidenciar los aspectos positivos de cada legislación, al igual que sus deficiencias, con el fin de proponer los correspondientes correctivos.

La pregunta de investigación que guía este trabajo es la siguiente: ¿Es adecuada la regulación administrativa y penal existente en la República Dominicana y en Colombia, para prevenir, detectar y sancionar el delito de activos en estos países?

I. República Dominicana

1. Legislación penal

Bien podría afirmarse que la primera ley que procura desposeer a los delincuentes transnacionales del

Salamanca (España). Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. Profesor titular de la misma Universidad. Docente de posgrado en las Universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), Simón Bolívar de Barranquilla y Pontificia Bolivariana de Medellín y de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de R. D. Integrante del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. hahernandezq@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-7366-3719.

¹ Sobre este tema se recomienda revisar: Vargas Sanmiguel, Constanza, “Compromisos internacionales del Estado colombiano en la lucha contra el lavado de activos”, en *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020, pp. 39-57.

² Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 101.

³ Hernández Quintero, Hernando A., “Aspectos básicos del delito de lavado de activos”, en *Estudios de derecho penal económico*, Ibagué, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla La Mancha, 2009, pp. 335-336.

⁴ Almánzar Melgen, Cirse, “Lavado de activos, prudencia y transparencia”, en: *Revista País Dominicano Temático*. Año 2, número 2, Santo Domingo, Delta Comercial, 2018, pp. 17-19, en 19.

producto de su ilícito en la República Dominicana es la 50-88, conocida como: “Sobre drogas y sustancias controladas en la República Dominicana”, la cual ordena, en sus artículos 33 y 34, el decomiso e incautación de los bienes comprometidos en el tráfico ilegal de drogas. Empero, el delito de lavado de activos fue introducido en la República Dominicana por primera vez en el año de 1995, con la Ley 17-75, que realizó algunas modificaciones a la citada Ley 50-88⁵.

El 7 de junio de 2002 se profirió la Ley 72-02, bautizada como: “Ley de Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas”, que, como lo advierte Bonnelly Vega, a pesar de su denominación, sancionaba también el lavado de activos provenientes de otros ilícitos diferentes al narcotráfico⁶. De esta forma, se extendió el alcance del lavado de activos a bienes cuyo origen fuera las infracciones graves⁷. A su vez, “estableció un sistema de prevención y detección de operaciones de lavado de activos, un régimen de sanciones administrativas por inobservancia de las obligaciones de prevención y una serie de reglas en materia de decomiso y cooperación judicial internacional”⁸.

Finalmente, en el año 2017 se sanciona la Ley 155-17, publicada el 1 de junio de dicho año, conocida como “Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo”, que deroga la Ley 72-02, sobre el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, del 7 de junio de 2002”. Esta ley contiene una completa regulación sobre el ilícito en estudio y busca tipificarlo en forma autónoma, como lo sugiere la política internacional de combate de los delitos transnacionales⁹. En ella se contemplan

tantos los aspectos penales como administrativos de este punible. Así, en el Estatuto se destacan los siguientes aspectos: el objeto de la Ley (capítulo I); las definiciones aplicables a todo el cuerpo de la disposición (capítulo II); los delitos de lavado de activos y de financiación del terrorismo (capítulo III); las disposiciones procesales (capítulo IV); la prevención y detección del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo (capítulo V); el régimen administrativo sancionador (capítulo VI); el congelamiento preventivo de bienes en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (capítulo VII); la organización institucional (capítulo VIII); disposiciones generales (capítulo IX); disposición transitoria (capítulo X) y disposiciones finales (capítulo XI).

Para facilitar el desarrollo de la precitada Ley 155-17, se dictaron los reglamentos 408-17 y 407-17. Este último contiene el protocolo legal para el congelamiento preventivo de los bienes objeto de los ilícitos.

Es importante mencionar que el artículo 15 de la ley en estudio define el lavado de activos en los siguientes términos: “Es el proceso mediante el cual personas físicas o jurídicas y organizaciones criminales, persiguen dar apariencia legítima a bienes o activos ilícitos provenientes de los delitos precedentes señalados en la presente ley”. Por su parte, los delitos precedentes, subyacentes o base, es decir, aquellos de los cuales provienen los bienes maculados a los que se pretende dar apariencia de legalidad son relacionados en el artículo 11, y al respecto, cabe señalar que, al igual que todos los países que utilizan las listas cerradas¹⁰, se amplían en forma considerable los ilícitos reseñados en normas anteriores como la Ley 72-02¹¹.

⁵ Bonnelly Vega, Manuel Ulises, *La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada*, Santo Domingo, Manuel Ulises Bonnelly Vega, editor, 2008, p. 203.

⁶ *Ibidem*, p. 204.

⁷ De acuerdo con el artículo 7.º de la Ley 72-02, “Se entiende por infracción grave el tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas, tráfico ilícito de armas, cualquier crimen relacionado con el terrorismo, tráfico ilícito de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales), tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro, las extorsiones relacionadas con las grabaciones y filmicas electrónicas realizadas por personas físicas o morales, robo de vehículos cuando el objeto sea trasladarlos a otro territorio para su venta, proxenetismo, falsificación de monedas, valores o títulos, estafa contra el Estado, desfalso, concusión y soborno relacionado con el narcotráfico. Asimismo, se considera como infracción grave todos aquellos delitos sancionados con pena no menor de tres (3) años”.

⁸ Considerando quinto de la Ley 155-17.

⁹ Considerando segundo de la Ley 155-17.

¹⁰ Las listas cerradas son aquellas que señalan expresamente los delitos subyacentes. Las abiertas son las que precisan que el bien maculado puede provenir de cualquier delito.

¹¹ Según el artículo 11 de la Ley 155-17, constituyen infracción precedente o determinante: “El tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas, cualquier infracción relacionada con el terrorismo y el financiamiento al terrorismo, tráfico ilícito de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales), trata de personas (incluyendo la explotación sexual de menores), pornografía infantil, proxenetismo, tráfico ilícito de órganos humanos, tráfico ilícito de armas, secuestro, extorsión (incluyendo aquellas relacionadas con las grabaciones y filmicas electrónicas realizadas por personas físicas o morales) falsificación de monedas, valores o títulos, estafa contra el Estado, desfalso, concusión, cohecho, soborno, tráfico de influencias, prevaricación y delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, soborno transnacional, delito tributario, estafa agravada, contrabando, piratería, piratería

En cuanto al delito de lavado de activos en particular, este se consagra en el artículo 3 de la Ley 155-17 en cinco modalidades: las tres primeras siguen de cerca la tipificación propuesta por la Convención de Viena de 1988, literal b, del artículo tercero¹². La cuarta constituye una forma de sanción del encubrimiento por favorecimiento¹³ y la quinta¹⁴ contempla formas de coautoría y participación, a nivel de complicidad. Asimismo, y en concordancia con el artículo 11 de la misma ley y con el artículo 2 del Código Penal, se considera la tentativa de este comportamiento como delito agotado de lavado de activos¹⁵.

En el artículo 4 de la ley en estudio se consagran una serie de infracciones penales asociadas con el lavado de activos. De ellas destacamos la regulada en el numeral 1, que crea la figura de la omisión intencional de los reportes que esta misma ley establece (operaciones sospechosas, transacciones en

efectivo)¹⁶. Los otros comportamientos contemplados se relacionan con la falsificación, adulteración y destrucción de documentos establecidos por esta ley y el revelar, a personas no autorizadas por la ley, los reportes de operaciones sospechosas efectuadas por el obligado. Se establece, asimismo, la sanción para el servidor público que divulgue indebidamente información de los sujetos obligados; la pena para el funcionario público que no inicie o impida que se inicie el procedimiento administrativo sancionador por faltas cometidas por los sujetos obligados; la sanción para el miembro del Ministerio y el personal de los organismos investigativos que al margen de la ley dispongan de bienes o fondos incautados (numerales 2, 3, 4 y 6, art. 4).

En los numerales 7, 8, 9, 10 y 12, del artículo 4 se amenaza pena para los particulares que falsamente aleguen tener derecho sobre un bien derivado del lavado de activos; el que simule o utilice la identidad

de productos, delitos contra la propiedad intelectual, delito de medio ambiente, testaferrato, sicariato, enriquecimiento no justificado, falsificación de documentos públicos, falsificación y adulteración de medicamentos, alimentos y bebidas, tráfico ilícito de mercancías, obras de arte, joyas y esculturas y robo agravado, delitos financieros, crímenes y delitos de alta tecnología, uso indebido de información confidencial o privilegiada, y manipulación del mercado. Asimismo, se considera como infracción precedente o determinante, toda infracción grave sancionable con una pena punible no menor de tres (3) años”.

¹² “Artículo 3.- Lavado de activos. Incurrir en la infracción penal de lavado de activos y será sancionado con las penas que se indican:

1) La persona que convierta, transfiera o transporte bienes, a sabiendas de que son el producto de cualquiera de los delitos precedentes, con el propósito de ocultar, disimular o encubrir la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes. Dicha persona será sancionada con una pena de diez a veinte años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes ilícitos, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación permanente para desempeñar funciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores, y entidades públicas.

2) La persona que oculte, disimule, o encubra la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de cualquiera de los delitos precedentes, será sancionada con una pena de diez a veinte años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes ilícitos, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación temporal por un período de diez años para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores, y entidades públicas.

3) La persona que adquiera, posea, administre o utilice bienes, a sabiendas de que proceden cualquiera de los delitos precedentes, será sancionado con una pena de diez a veinte años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes ilícitos, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación temporal por un período de diez años para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores y entidades públicas”.

¹³ “Artículo 3... 4) La persona que asista, asesore, ayude, facilite, incite o colabore con personas que estén implicadas en lavado de activos para eludir la persecución, sometimiento o condenaciones penales, será sancionado con una pena de cuatro a diez años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes ilícitos, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación temporal por un período de diez años para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores, y entidades públicas”

¹⁴ “Artículo 3... 5) La participación, en calidad de cómplice, en algunas actividades mencionadas en los numerales anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar a su comisión con una prestación esencial para realizarlos o facilitar su ejecución, será sancionado con una pena de cuatro a diez años de prisión mayor, multa de cien a doscientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación temporal por un período de diez años para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por “entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores, y entidades públicas”.

¹⁵ “Artículo 11 Tentativa-. En todos los casos de infracciones previstas en esta ley, la tentativa será castigada como la infracción misma. Si la tentativa de comisión de uno cualquiera de los delitos precedentes contenidos en esta ley, o de las infracciones penales castigadas por leyes especiales con una pena imponible superior a dos años de prisión, genera algún bien, activo o derecho para los autores y partícipes, estos se reputarán susceptibles de lavado de activos”.

¹⁶ “Artículo 4. 1) El empleado ejecutivo, funcionario, director u otro representante autorizado de los sujetos obligados que, actuando como tales, no cumplan de manera intencional con las obligaciones de información o reporte establecidas en esta ley, será sancionado con una pena de tres a cinco años de prisión mayor, multa de cien a doscientos salarios mínimos e inhabilitación permanente para desempeñar funciones, prestar asesoría o ser contratado por entidades públicas o entidades de intermediación financiera, y participantes del mercado de valores”.

de otra persona para realizar transacciones producto de una infracción grave; el que preste su nombre para adquirir bienes provenientes de actividades graves (testaferrato). Si se trata de persona jurídica, se sancionará con la disolución; también, se sancionará el nacional o extranjero que no declare al ingresar o salir del país o al enviar por correo sumas que superen los diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América (10.000 USD). En el numeral 11 se anuncia pena para el notario público o registrador público que, sin constancia fehaciente del medio de pago, participe, instrumente o registre cualquiera de las operaciones en efectivo prohibidas en la ley analizada.

Otro aspecto relevante de la Ley 155-17 es que, en forma precisa, en su artículo 6, declara la autonomía del delito de lavado de activos, al precisar que este comportamiento delictual se investigará, enjuiciará y fallará de manera independiente del delito precedente. Con esta declaración se facilita la aplicación del concurso de delitos entre el lavado de activos y el delito subyacente, y se aclara que no es necesario contar con sentencia previa por un delito previo para procesar a una persona por el lavado de activos.

Por último, pero no por ello menos importante, se consagra la responsabilidad penal de la persona jurídica por el lavado de activos cuando la misma resulte imputable. Las penas van desde la multa hasta la disolución de la persona moral¹⁷. Al respecto, Camacho Gómez afirma que la responsabilidad penal de la persona jurídica se ha reconocido en la República Dominicana desde 1935, a través de leyes especiales como la Ley Orgánica de Rentas internas¹⁸.

2. Legislación administrativa

Como ya se indicó, en la República Dominicana los aspectos administrativos del lavado de activos se encuentran en la Ley 155-17. Así, en la sección primera del capítulo V, se establecen cuáles son los sujetos financieros y no financieros obligados a cumplir la normatividad para la prevención y detección del lavado de activos (art. 31). En la sección segunda se reglamentan los programas de cumplimiento que

deben adoptar, desarrollar y ejecutar los obligados; las políticas y procedimientos para evaluar los riesgos en lavado de activos; la debida diligencia; la designación del oficial de cumplimiento; el monitoreo de productos y servicios; los factores de alto riesgo; la identificación de los remitentes de transferencias nacionales; el registro y reporte de transacciones que superen los quince mil dólares (15.000 USD), y el reporte de operaciones sospechosas¹⁹ (arts. 34 a 57).

Las consecuencias por el incumplimiento de las anteriores disposiciones se establecen en el capítulo VI de la ley citada. La normativa clasifica estas infracciones en muy graves, graves y leves y se aplican según que el sujeto obligado pertenezca al sector financiero o a otros sectores. La consecuencia jurídica, que se trata de una multa, puede alcanzar tanto a la persona jurídica como al administrador o directivo de esas entidades. En aquellos casos en que se apliquen sanciones por la comisión de faltas muy graves a una persona jurídica, el regulador podrá ordenar su suspensión o revocación (arts. 66 a 80).

Como afirma Rodríguez: “La regulación administrativa vigente se encuentra en la circular 003 de 2018 de la Superintendencia de Bancos (SIB)”²⁰. La Unidad de Análisis Financiero (UAF) fue creada por la Ley 72 de 2002 y hoy está regulada por la Ley 155-17, como un ente técnico adscrito al Ministerio de Hacienda, cuya tarea central es la de “realizar acciones para identificar y elevar al Ministerio Público informes de análisis financiero relativos a posibles infracciones al lavado de activos, infracciones precedentes y la financiación del terrorismo” (art. 91).

II. Colombia

1. Legislación penal

Por medio de la Ley 67 de 1993²¹, el Congreso de Colombia incorporó a la legislación nacional la Convención de Viena de 1988, en la que aparece con claridad el compromiso de tipificar el delito de lavado de activos. Luego, con el fin de atender cabalmente a lo acordado en este tratado internacional, en la

¹⁷ Artículo 8.- Responsabilidad de la persona jurídica.

¹⁸ Camacho Gómez, Michel. La responsabilidad penal de la persona jurídica en la persecución del lavado de activos, en Revista País Dominicano Temático, año 2, número 2, Santo Domingo, Delta Comercial, 2018, p. 53.

¹⁹ “Operación Sospechosa: Es o son aquellas transacciones, efectuadas o no, complejas, insólitas, significativas, así como todos patronos de transacciones no habituales o transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico o legal evidente, o que generen una sospecha de estar involucradas en el lavado de activos, algún delito precedente o en la financiación del terrorismo” (art. 16), capítulo II, Ley 155-17.

²⁰ Rodríguez Cárdenas, Juan Pablo, Colombia en la región: un comparativo de la regulación sobre lavado de activos en Latinoamérica, en *Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiación de Armas de Destrucción Masiva*, Bogotá, Asobancaria, 2020, pp. 15-58, en 33.

²¹ Declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-176 de 1994. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) se amplió el contenido del delito de receptación, contemplado en el artículo 177 del Estatuto Penal en vigencia en ese momento (Decreto 100 de 1980), incorporando los verbos rectores que permiten, en forma clara, la sanción del lavado de activos.

A poco andar, las críticas de la doctrina pusieron en evidencia que con la nueva normativa era imposible pregonar el concurso de delitos entre el ilícito del cual provenía el bien a blanquear —esto es, el delito fuente— y el lavado de activos, pues en la norma de la receptación, expresamente, se excluía a quien hubiera participado en la comisión del delito subyacente. Asimismo, se planteó que la ubicación del punible de lavado de activos era el título para tutelar el orden económico social y no la eficaz y recta impartición de justicia, en donde se había incorporado el ilícito en estudio.

Para superar las dificultades comentadas, el Gobierno impulsó un nuevo proyecto que se convirtió en la Ley 190 de 1995, por medio de la cual se creó, de manera autónoma, el delito de lavado de activos y se dio vida también al ilícito de omisión de control, con el cual se pretendía sancionar a los funcionarios del sector financiero que, con el fin de ocultar el origen ilícito del dinero, omitieran cumplir los deberes que emanan del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) en lo atinente a la prevención y detección del lavado de activos. Estas disposiciones modificaron el Código Penal en vigencia en ese momento (Decreto 100 de 1980), y se adicionaron como artículos 247 A, 247 B, 247 C y 247 D. Cabe anotar que en estas normas se amplió el catálogo de delitos precedentes, que hasta ese momento se limitaba al narcotráfico.

En el año 2000 Colombia expidió un nuevo Código Penal (Ley 599), en el que se logró una mejor sistematización del punible analizado. Así, en el título X (Delitos contra el orden económico social), se creó el capítulo V, al que se le denominó “Del lavado de activos”, y en él se regularon los siguientes comportamientos: lavado de activos (art. 323); circunstancias específicas de agravación (art. 324); omisión de control (art. 325); testaferrato (art. 326) y enriquecimiento ilícito de particulares (art. 327). Luego, a través de las leyes 747 de 2002, 1121 de 2006, 1453 de 2011 y 1762 de 2015, se incorporaron nuevos delitos fuente al punible de lavado de activos y dos verbos rectores nuevos (almacenar y conservar). Asimismo, con la Ley 1357 de 2009 se adicionó al capítulo V el delito de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (art. 325 A).

La Corte Constitucional, al estudiar la Ley 1762 de 2015, “Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”, en la que se incluyeron nuevos delitos precedentes para el lavado de activos, decidió declarar inexecutable una parte del artículo 323 (lavado de activos), específicamente la expresión “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. En la Sentencia C-191 de 20 de abril de 2016, con ponencia de Alejandro Linares Cantillo, el Alto Tribunal tuvo en cuenta dos consideraciones para su decisión. La primera, que el tipo penal se agota con la ejecución de los verbos rectores que encabezan el tipo, esto es, adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes, conductas que serían formas para ocultar el origen ilícito de dichos bienes, con lo cual la expresión comentada violaría el principio de tipicidad, pues significaría un margen inaceptable de discrecionalidad para el operador jurídico. La segunda, que el tipo penal de lavado de activos tiene dos partes plenamente identificadas. Una que sanciona el agotar uno cualquiera de los verbos que aparecen al principio de la norma, que ya reseñamos, y otra integrada por las expresiones: *darle a los bienes provenientes de estas conductas delictivas una apariencia de legalidad, legalizarlos, ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación o destino, con lo cual la expresión o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*, resultaría redundante.

Con las reformas legales y la decisión de la Corte Constitucional mencionadas en precedencia, la descripción de los delitos de lavado de activos y de omisión de control en el Código Penal de Colombia es del siguiente tenor:

Art. 323. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la Administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento del contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o

vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes, incurrirá por esa sola conducta en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Art. 324. Circunstancias específicas de agravación. Las penas privativas de la libertad previstas en el artículo anterior se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos de la mitad a las tres cuartas partes cuando sean desarrolladas por los jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones.

Art. 325. Omisión de control. El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 325A. Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo. Aquellos sujetos sometidos

a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administradores o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente capítulo.

2. Legislación administrativa

En Colombia, los primeros esfuerzos por prevenir y detectar el lavado de activo los realizaron las entidades financieras, a través de convenios interbancarios que impulsó la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras (Asobancaria) a partir del año de 1992, con el claro propósito de atender a las recomendaciones del Acuerdo de Basilea de 1988. Empero, el Gobierno nacional, con el Decreto 1872 de 1992, decidió que lo que se venía realizando en forma voluntaria por el sector financiero se ejecutara en el futuro bajo la amenaza de sanciones administrativas. De esta forma, se conminó a los banqueros a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes para prevenir que sus operaciones fueran utilizadas para el lavado de activos. La norma advierte, además, que la reserva bancaria no puede convertirse en protección de actividades ilegales y, por último, establece la obligación de dejar constancia, en formulario especial, de operaciones que superen una determinada cantidad de dinero (en ese momento, siete millones y medio de pesos o diez mil dólares estadounidenses; hoy, diez millones de pesos o cinco mil dólares).

Los anteriores mandatos fueron luego incorporados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), en los artículos 102 a 107 del capítulo XVI, "Prevención de actividades delictuales". Sin lugar a dudas, este ordenamiento es la columna vertebral de la prevención y detección del lavado de activos en Colombia²².

²² Hernández Quintero, Hernando A, "Evolución en la regulación administrativa y penal del lavado de activos en procura de la eficacia en su detección, prevención y sanción", en *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020, p. 15.

Ahora bien, las disposiciones citadas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se han desarrollado a través de circulares proferidas por la Superintendencia Bancaria (Superbancaria), hasta el año 2005, cuando, por mandato del Decreto 4327 de 2005, esta se fusionó con la Superintendencia de Valores y se convirtió en la Superintendencia Financiera (Superfinanciera), entidad que a partir de esa fecha ha proferido la reglamentación sobre el tema en estudio. Al efecto, se destacan las circulares externas 061 de 2006 de la Superbancaria y la 022 de 2007²³ de la Superfinanciera. En la primera se crea el Sistema Integrado de Prevención del Lavado de Activos (SIPLA)²⁴, y en la segunda, el Sistema de Administración del Riesgo del Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, (SARLAFT)²⁵.

También es importante comentar que con la Ley 526 de 1999 se creó en Colombia la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), como unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esta tiene por objeto:

La prevención y detección de operaciones que puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas, prioritariamente el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Más adelante, las leyes 1121 de 2006 y 1621 de 2013 modificaron algunos aspectos de la normativa primigenia, pero manteniendo su esencia. Entre las actividades más relevantes de la UIAF está la de determinar qué personas están obligadas a reportarle operaciones inusuales y sospechosas, y evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación y a las demás entidades competentes, para su verificación, la información que se conozca en desarrollo de su objeto.

Finalmente, sobre el aspecto administrativo, es prudente mencionar que las disposiciones aplicables al sector bancario se han extendido al sector solidario (cooperativas, fondos de empleados, entre otros), a través de circulares externas expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, como las siguientes: 006 de 2014, 04 de 2017, 14 de 2018 y 20 de 2020. En cuanto al sector real, la Superintendencia de Sociedades ha expedido las siguientes circulares externas: 304-000001 de 2014, 100-00005 de 2014, 003 de 2015 y 100-000016 de 2020 (Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, SAGRILAFT), para prevenir y detectar el lavado de activos en entidades bajo su vigilancia y control. La Superintendencia de Notariado y Registro también ha expedido normas con el propósito en estudio, como puede verse en la Circular Externa 1536 de 2013, que crea el Sistema Integral para la Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SIPLAFT), aplicable a sus vigilados.

III. Similitudes y diferencias entre las legislaciones de la República Dominicana y Colombia en la regulación del lavado de activos

De las normas que con amplitud se han mencionado en los apartados precedentes, extractamos a continuación algunas similitudes y diferencias en la regulación del lavado de activos en la República Dominicana y Colombia, tanto en el campo penal como en el administrativo.

1. Antecedentes y evolución de la tipificación

De lo expuesto a lo largo de este artículo se deduce, sin dificultad alguna, que tanto la República Dominicana como Colombia suscribieron la Convención de Viena de 1988, y allí se comprometieron a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito, en su derecho interno, el lavado de activos²⁶. En razón a que la Convención se refería fundamentalmente al tema del narcotráfico, las primeras disposiciones se encaminaron a combatir el lavado de activos

²³ Circular modificada por las circulares externas 055 de 2016, 5 de 2017 y 027 de 2020.

²⁴ Sobre el tema puede consultarse: Hernández Quintero, Hernando, *El lavado de activos*, cuarta edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

²⁵ Sobre las características generales y específicas del SARLAF, pueden consultarse los siguientes textos: Hernández Quintero, Hernando A, *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Lozano Vila, Alberto, *SARLAF práctico*, Bogotá, Lozano & Vila Asociados, 2008; Sintura Varela, Francisco, Martínez, Wilson y Quintana, Fernando, *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, segunda edición, Bogotá, Legis, 2014.

²⁶ Rad. 25219 de 24 de enero de 2007; rad. 23174 de 28 de noviembre de 2007, rad. 23174; rad. 23754 de 9 de abril de 2008; rad. 25360 de 30 de abril de 2008; rad. 28300 de 5 de agosto de 2009; rad. 28892 de junio de 2010; 27.144 de 2 de febrero de 2011; rad. 36089 de 6 de marzo de 2012; rad. 34377 de 17 de julio de 2013; rad. 42516 de 2 de abril de 2014; rad. 42527 de 12 de mayo de 2015; rad. 40120 de 18 de enero de 2017.

proveniente de esa actividad criminal. Más tarde, siguiendo las consideraciones del GAFI y de la Convención de Palermo, se agregaron nuevos delitos precedentes. Con el paso del tiempo, las dos legislaciones consagraron en forma autónoma el punible de lavado de activos y agregaron nuevos delitos base para la conducta en estudio.

Es prudente señalar que ambos países tipificaron inicialmente la conducta analizada en legislaciones especiales. Colombia, a partir de la Ley 365 de 1997, la incorporó al Código Penal, mientras que la República Dominicana lo mantiene en una norma extrapenal (Ley 155-17). Autores dominicanos como Bonnelly Vega han sugerido integrar este delito al Código Penal, derogando la ley especial²⁷.

2. Nombre de la conducta

Es conocido que los países han dado diferentes nombres al proceso por medio del cual se pretende dar apariencia de legalidad a bienes maculados por el delito. Así, como lo reseña Gomes de Magalhaes, “en los países de habla inglesa lo llaman *money laundering*; en los de habla francesa, *blanchiment de capitaux*; en Alemania, *Geldwascherei*; en Italia, *riciclagio di denaro sporeo...*”²⁸. En otros países, como España, se ha bautizado este comportamiento como blanqueo de capitales y en Latinoamérica es corriente encontrar los nombres de lavado de activos, lavado de dinero y legitimación de ganancias ilícitas, entre otros. En la República Dominicana y en Colombia se le reconoce con el título de lavado de activos.

3. Sujetos activos del lavado de activos

Conforme a la manera en que se describe el comportamiento en las dos legislaciones en estudio, el mismo puede ser realizado por cualquier persona, por lo que se puede afirmar que se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado. Empero, en las infracciones penales asociadas al lavado de activos que tipifica el artículo 4 de la Ley 155-17, se exige en algunos casos un sujeto activo calificado. Tal es el caso de los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 11, que reclaman que se trate, en su orden, del empleado, ejecutivo, funcionario, director u otro representante autorizado de los sujetos obligados; el servidor público; el funcionario público; el miembro del Ministerio público; los notarios

públicos, registradores públicos, incluyendo los registradores mercantiles. El número de participantes exigido para la concreción del punible indica que estamos frente a un tipo penal monosubjetivo.

4. La conducta

Como se ha señalado, las dos legislaciones analizadas han pretendido seguir de cerca lo acordado en la Convención de Viena en su artículo 3 B. Por eso, para concretar el comportamiento de lavado de activos procuran utilizar verbos rectores que se aproximen a esa regulación. Así, la legislación de la República Dominicana, en la Ley 155-17, artículo 3, habla de convertir, transferir, o transportar bienes, a sabiendas de que son el producto de cualquiera de los delitos precedentes. Luego, se refiere al que oculte, disimule, o encubra la naturaleza, el origen, la localización, la disposición y movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes a sabiendas de que dichos bienes provienen de cualquiera de los delitos precedentes y, finalmente, menciona a la persona que adquiera, posea, administre o utilice bienes, a sabiendas de que provienen de cualquiera de los delitos precedentes. Colombia, por su parte, en el artículo 323 del Código Penal, utiliza los verbos rectores adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, administrar bienes que tengan su origen en una serie de delitos expresamente enunciados en la norma. Luego agrega otras posibilidades como la de dar apariencia de legalidad a los bienes provenientes de dichas actividades o legalizarlos, ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes.

Un punto destacable de la descripción utilizada en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 155-17 es el de señalar que para que exista un lavado de activos no basta con la actualización de uno de los verbos rectores, esto es, convertir, transferir o transportar bienes que provengan de delitos precedentes, sino que es necesario que se tenga “el propósito de ocultar, disimular o encubrir la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes”. De esta forma, se refleja, fielmente, el verdadero sentido del lavado de activos, que es el tratar de dar apariencia de legalidad a bienes maculados. No tiene la misma claridad la legislación

²⁷ Sobre el tema puede consultarse el artículo 3, literal b, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988.

²⁸ Bonnelly Vega, Manuel Ulises, La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada, op. cit., p. 204.

colombiana, que da la apariencia de que basta con la realización de uno cualquiera de los verbos rectores para que se actualice el comportamiento de lavado de activos, pues no hay ninguna exigencia en torno al propósito que se debe perseguir, esto es, dar apariencia de legalidad a los bienes provenientes de otro delito. En este mismo error incurre la ley 155-17, en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 3.

Al respecto, insistimos, de manera fehaciente, en que cuando el propósito del autor del delito base es exclusivamente asegurar el producto de dicho comportamiento y no realiza actos tendientes a ingresar el fruto de su actividad ilícita en forma simulada al torrente económico, estaremos frente a hechos copenados o a un autoencubrimiento, evento en el cual el desvalor del ilícito subyacente consume el del lavado de activos²⁹.

5. Los delitos subyacentes

Al revisar detenidamente el artículo 3.º de la Ley 155-17 de la República Dominicana y el artículo 323 del Código Penal colombiano, se encuentra que los dos siguen el criterio de lista cerrada, en donde se enumeran los ilícitos de los cuales debe provenir el bien al que se pretende dar apariencia de legalidad.

En repetidas ocasiones hemos criticado este sistema, pues obliga a que con inusitada frecuencia se modifique el tipo básico para incluir comportamientos que el legislador encuentre que deben agregarse como tipos determinantes o previos del lavado de activos, según las circunstancias de un momento determinado o las presiones sociales. De ello dan cuenta las continuas adiciones que ha sufrido el Estatuto Penal colombiano desde el año 2000 (leyes 747 de 2002; 1121 de 2006; 1453 de 2011 y 1762 de 2015). Asimismo, en ocasiones, con poco tacto, se mencionan títulos completos, como los de la Administración pública, con lo cual se incluyen delitos fuente que nada tienen que ver con un posible lavado de activos, como ocurre con la violencia contra servidor público, por mencionar solo un caso. En otras ocasiones, escapan a la sanción por lavado de activos comportamientos que no están

consagrados como delitos previos, como sucede, por ejemplo, con el hurto de gran magnitud.

Otro aspecto de especial interés es el relacionado con la exigencia de la condena previa por el delito subyacente. En el caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia, a partir de la aceptación de la autonomía del delito de lavado de activos, ha sostenido en forma invariable que para su sanción no es necesario que se cuente con sentencia condenatoria por el delito subyacente³⁰. En varias oportunidades hemos afirmado que se ha exagerado esta posición, pues a través de los años se fue relajando la necesidad de probar la relación del delito previo con el de lavado de activos, utilizando el criterio de que era suficiente la inferencia lógica, es decir, que la persona estuviera en condición de advertir que los bienes que adquiriría, resguardaba, invertía, transportaba, transformaba, almacenaba, conservaba, custodiaba o administraba provenían de un ilícito.

En las últimas decisiones de la Corte Suprema de Justicia se ha morigerado esta postura, para señalar la necesidad de la existencia “de un hecho indicador debidamente probado a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva”³¹, y también el deber de acreditar la real participación de la persona en el punible de lavado³². Distinta es la situación del Estatuto de la República Dominicana, en donde legislativamente se ha zanjado la discusión, pues, de manera explícita, se indica que las infracciones de lavado de activos serán investigadas, enjuiciadas y falladas como hechos autónomos de la infracción que las preceda e independientemente de que hayan sido cometidos en otra jurisdicción territorial (art. 6, Ley 155-17).

6. El bien jurídico tutelado

Es doctrina aceptada en forma unánime que el delito de lavado de activos es de carácter pluriofensivo, pues su ejecución vulnera bienes jurídicos como la salud pública, la Administración pública, la Administración de Justicia y el orden económico social, entre otros. La ubicación del comportamiento en el título X del Código Penal Colombiano no deja duda que el legislador

²⁹ Gomes de Magalhaes, George G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, B de F, 2018, p. 202.

³⁰ Hernández Quintero, Hernando A., “El lavado de activos en Colombia: consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo”, *Revista Nuevo Foro Penal*, número 40, enero/junio de 2018, pp. 174-194.

³¹ Rad. 49906 de 6 de mayo de 2020.

³² SP-2190 de 8 de julio de 2020.

³³ Fernández, José Miguel, “En conclusión ¿en qué consiste el lavado de activos?”, en *Revista País Dominicano Temático*, año 2, número 2, Santo Domingo, Delta Comercial, 2018, pp. 73-76, en 78.

escogió el bien jurídico del orden económico social. En la República Dominicana, por estar regulado en una norma especial, no es fácil identificar tal bien jurídico protegido. No obstante, compartimos la opinión de Fernández, cuando afirma que la conducta en estudio “afecta el orden socioeconómico, la administración de justicia, la paz social, la estabilidad democrática y el Estado de derecho tanto a nivel nacional como internacional”³³.

7. El objeto material del delito

Como enseña la doctrina, el objeto material es la persona, cosa o fenómeno sobre la cual recae la acción del delincuente³⁴. En el caso del lavado de activos, en la legislación de la República Dominicana se trata de los bienes, a sabiendas de que son el producto de cualquiera de los delitos precedentes. En la legislación colombiana, el objeto material lo constituyen los bienes que tienen su origen mediato o inmediato en los punibles que se relacionan en el artículo 323 del Código Penal, al igual que aquellos cuya extinción de dominio haya sido declarada³⁵.

En cuanto al concepto de bienes, en las dos legislaciones se trata de un ingrediente normativo que requiere un juicio de valor para su correcta interpretación. Al respecto, puede acudir, además de las regulaciones del Código Civil de cada país, a la Convención de Viena de 1988, que los definió en su artículo 1 como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, mueble o raíces, tangibles e intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”³⁶. Como lo advierte, con razón, Renart García, el dinero forma parte del concepto de bienes³⁷.

8. Tipicidad subjetiva

En las dos legislaciones bajo análisis, el tipo penal de lavado de activos exige que se obre con dolo, es decir, que el sujeto agente tenga plena conciencia de que con su conducta pretende dar apariencia de legalidad, o busca poner en circulación en el mercado o introducir en el torrente económico bienes que provienen de un ilícito penal, en el caso de la República Dominicana, se utiliza el término: *a sabiendas de que son el producto de cualquiera de los delitos precedentes*. En el artículo 323 del Código Penal colombiano se relaciona con

los provenientes de uno de los delitos relacionados expresamente en esa norma o que son objeto de extinción de dominio. En Colombia, en procura de impedir la impunidad del lavado de activos, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que basta una inferencia lógica sobre el origen de los bienes maculados para que se pueda condenar a una persona por este ilícito, con lo que se ha impulsado en el país la inversión de la carga de la prueba para este ilícito, al igual que para el enriquecimiento ilícito de particulares. La modalidad culposa del lavado de activos no se consagra en ninguna de las dos legislaciones comparadas.

9. Punibilidad

En Colombia, el artículo 323 amenaza una pena de diez a treinta años por el delito base de lavado de activos. Esta sanción se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional. Asimismo, el artículo 324 consagra como circunstancia específica de agravación el que la conducta sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos, caso en el cual se aumentará la sanción de una cuarta parte a la mitad. A los jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones, la pena se les incrementará de las tres cuartas partes a la mitad.

En la República Dominicana la pena por el clásico delito de lavado de activos oscila entre diez y veinte años y la inhabilitación temporal por un período de diez años para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores y entidades públicas. Para la figura de lavado por encubrimiento y la tentativa, la sanción será de cuatro a diez años y la inhabilitación mencionada en precedencia. En cuanto a las infracciones penales asociadas al lavado de activos, la consecuencia oscila entre seis meses, la menor, y seis años, la mayor. En el artículo 9 se encuentran los agravantes por el lavado de activos, los cuales permiten aplicar la pena máxima consagrada en las disposiciones citadas.

³⁴ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, 10.a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 155-157.

³⁵ Hernández Quintero, Hernando A, “La problemática del delito previo frente al lavado de activos”, en *Cuadernos de Derecho Penal Económico*, número 2, 2008, pp. 143-166, en 149-150.

³⁶ Saavedra R. Édgar y Del Olmo, Rosa, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá, Temis, 1991, pp. 146-147.

³⁷ Renart García, Felipe, “El blanqueo de capitales en el derecho suizo”, en *Revista del Poder Judicial*, número 50, 1988, pp. 119-166, en 8.

10. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el lavado de activos

Uno de los temas más debatidos en la doctrina se relaciona con la conveniencia de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Mientras los autores se desgastan en la discusión respecto a si la persona jurídica puede desarrollar acción o si es capaz de culpabilidad o de pena, circunstancias en la que fundan la improcedencia de su responsabilidad criminal, algunas legislaciones, de manera pragmática y conscientes del perjuicio que se ocasiona cuando se utilizan estos entes morales para la perpetración de los ilícitos, han aceptado esta responsabilidad, especialmente, en las conductas que afectan el orden económico social, el medio ambiente y las relaciones laborales.

El proceder comentado se evidencia en la legislación de la República Dominicana, que estableció en el artículo 8.o de la Ley 155-17:

Cuando una infracción penal de las previstas en esta Ley resulte imputable a una persona jurídica, con independencia de la responsabilidad de los propietarios, directores, gerentes, administradores o empleados, la sociedad comercial o empresa individual será sancionada con cualquiera o todas de las siguientes penas:

1. *Multa con un valor no menor de dos mil salarios mínimos o hasta el valor de los bienes lavados por dicha persona jurídica;*
2. *Clausura definitiva de locales o establecimientos;*
3. *Prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito;*
4. *Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas;*
5. *Disolución de la persona jurídica.*

En Colombia la responsabilidad penal de la persona jurídica ha estado en la agenda de varios gobiernos, pero no ha sido posible su concreción. El primer intento se realizó en el Proyecto de Código Penal de 1978, que culminó con la aprobación del Estatuto Penal de

1980. Allí se desechó la idea, con el argumento que el país aún no estaba maduro para una decisión de esta naturaleza. Luego, en el Proyecto de Ley 235 de 1996, en el que se creaba el seguro ecológico, se consagró sin ambages la responsabilidad penal de la persona jurídica. Aunque el Ejecutivo objetó la disposición, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-320 de 1988, declaró inexecutable la norma, pues establecía esa responsabilidad de manera objetiva, pero advirtió que en la Constitución no existe una barrera que impida la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este argumento lo reiteró en la Sentencia C- 843 de 1999, resaltando que, en los delitos vinculados con el lavado de activos provenientes del enriquecimiento ilícito, entre otros, es necesaria la extensión de la imputabilidad penal a la persona jurídica, para proteger a la sociedad³⁸. El tema actualmente es objeto de discusión en el Congreso de la República, a través del Proyecto de Ley 05 de 2019, Senado, y 010 de 2019, Cámara.

11. Medidas cautelares y decomiso

En la sección III, del capítulo IV, de la Ley 155-17, se encuentran las medidas cautelares sobre bienes involucrados en el delito de lavado de activos en la República Dominicana. Según esta disposición, el juez de instrucción, a solicitud del Ministerio Público y sin necesidad de notificación ni audiencia previa, ordenará una orden de secuestro, incautación o inmovilización provisional de bienes muebles o inmuebles relacionados con la infracción. Ya en la sección IV del citado capítulo se regula el decomiso de los bienes y su destino, cuando ellos estén vinculados al ilícito de lavado de activos. Se destaca en este aparte de la normativa que, cuando los bienes maculados se mezclen con propiedades adquiridas en forma lícita, el decomiso se limitará a los bienes o instrumentos del delito. No obstante, cuando la mezcla se produzca con la intención de encubrir la naturaleza antijurídica de propiedades ilícitas, se procederá al decomiso de la totalidad de los bienes o instrumentos objeto de la mezcla.

Otro aspecto que cabe resaltar de esta sección es el concepto de bienes equivalentes, según el cual, cuando no se puedan decomisar los bienes vinculados con el lavado de activos, el tribunal ordenará el decomiso de

³⁸ Sobre este tema puede encontrarse más información en Hernández Quintero, Hernando A, "La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socioeconómicos: especial referencia a los delitos financieros y al lavado de activos", en Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020, pp. 11 39.

³⁹ Art. 100 C.P. Colombiano: "Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción."

cualesquiera otros bienes del condenado por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor (art. 26).

En todos los casos citados, se tendrán en cuenta los derechos de los terceros de buena fe, según lo ordena la sección V del capítulo IV de la Ley 155-17.

En la legislación colombiana se aplican los preceptos generales sobre comiso (art. 100 del Código Penal y arts. 82 a 100 de la Ley 906 de 2004)³⁹.

12. El delito de omisión de control

El Legislador colombiano, con el propósito de sancionar penalmente la omisión de los deberes administrativos de los funcionarios del sector financiero para prevenir y detectar el lavado de activos en sus instituciones, mediante la Ley 365 de 1997, creó el delito de omisión de control (art. 325, Código Penal). La redacción de esta disposición, a nuestro juicio, resulta inapropiada, pues exige que el incumplimiento del deber del funcionario se realice *con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero*. Con este ingrediente subjetivo, creemos que se está favoreciendo al banquero que participa en un delito de lavado de activos y se le premia con una pena menor, cuando en verdad su comportamiento encaja en el punible de lavado de activos, bien a título de coautor o de cómplice. Por el contrario, cuando su propósito no es el de ocultar o encubrir el origen ilícito de los dineros, su comportamiento debe ser sancionado por vía administrativa (Decreto 663 de 1993). Estas consideraciones nos han llevado a proponer la eliminación de esta figura de nuestro Código Penal⁴⁰.

En la República Dominicana también se consagró este ilícito en el artículo 4, numeral 1, de la Ley 155-17, al establecer al empleado, ejecutivo, funcionario, director u otro representante autorizado de los sujetos obligados que, actuando como tales, no cumplan de manera intencional con las obligaciones de información o reporte establecidos en dicha ley.

Al respecto, es pregonable la misma crítica del Estatuto colombiano, pues cuando alguien, de manera intencional, omite atender sus responsabilidades para la prevención y detección del lavado de activos, bien puede estar actuando como parte de un grupo delictual, en calidad de coautor, o prestando una ayuda a la comisión de un delito, evento en el cual su comportamiento se adecua a la participación, a título de complicidad, de un punible de lavado de activos.

IV. Opinión final

Del análisis comparado de la legislación existente en la República Dominicana y en Colombia sobre el lavado de activos, se advierte el gran esfuerzo realizado por los dos Estados para sancionar en forma adecuada esta delincuencia. Por el influjo de las convenciones internacionales y las recomendaciones de entidades intergubernamentales, se encuentra que son muchas las similitudes en las disposiciones legales. Con todo, por el sistema que se utiliza para la regulación jurídica del fenómeno, también existen profundas diferencias en algunos tópicos. Lo anterior nos impulsa a sugerir que se procure crear un tipo penal homogéneo para América Latina sobre esta conducta, y que la misma se ubique en los códigos penales de cada país y no en normas de carácter especial.

Referencias

Almánzar Melgen, Cirse, "Lavado de activos, prudencia y transparencia", en *Revista País Dominicano Temático*, año 2, número. 2, Santo Domingo, 2018.

Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

Bonnelly Vega, Manuel Ulises, *La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada*, Santo Domingo, Manuel Ulises Bonnelly Vega, editor, 2008.

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a las experticias técnicas y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido dieciocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien".

Debe aclararse que el artículo 67 del Código de Procedimiento penal (Ley 600 de 2004), establece que la entrega será definitiva cuando haya transcurrido un año desde la realización de la conducta punible.

⁴⁰ Hernández Quintero, Hernando A., La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control, op. cit., pp. 111 114.

Camacho Gómez, Michel, “La responsabilidad penal de la persona jurídica en la persecución del lavado de activos”, en *Revista País Dominicano Temático*, año 2, número 2, Santo Domingo, 2018.

Colombia, Decreto 100 de 1980, de 23 de enero, por el cual se expide el nuevo Código Penal, *Diario Oficial*, número 35.461, de 20 de febrero de 1980.

Corte Constitucional, Sentencia C-191, de 20 de abril de 2016.

Decreto 1872 de 1992, de 20 de noviembre, por el cual se interviene la actividad de las instituciones vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores. *Diario Oficial*, número 40.673, de 23 de noviembre de 1992.

Decreto 663 de 1993, de 2 de abril, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración, *Diario Oficial*, número 40.820, de 5 de abril de 1993.

Decreto 4327 de 2005, de 25 de noviembre, por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. *Diario Oficial*, número 46.104, de 26 de noviembre de 2005.

Ley 67 de 1993, de 23 de agosto, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, *Diario Oficial*, número 41.003, de 24 de agosto de 1993.

Ley 190 de 1995, de 6 de junio, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, *Diario Oficial*, número 41.878, de 6 de junio de 1995.

— Ley 365 de 1997, de 21 de febrero, por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, número 42.987, de 21 de febrero de 1997.

— Ley 526 de 1999, de 12 de agosto, por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero. *Diario Oficial*, número 43.667, de 15 de agosto de 1999. p. 1.

Ley 599 de 2000, de 24 de julio, por la cual se expide el Código Penal, *Diario Oficial*, número 44.097, de 24 de julio de 2000.

Ley 747 de 2002, de 19 de julio, por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, número 44.872, de 19 de julio de 2002.

Ley 1121 de 2006, de 29 de diciembre, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. *Diario Oficial*, número 46.497, de 30 de diciembre de 2006.

Ley 1357 de 2009, de 12 de noviembre, por la cual se modifica el Código Penal. *Diario Oficial*, número 47.531, 12 de noviembre de 2009.

Ley 1453 de 2011, de 24 de junio, por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial*, número 48.110, 24 de junio de 2011.

Ley 1762 de 2015, de 6 de julio, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. *Diario Oficial*, número 49.565, 6 de julio de 2015.

Ley 1621 de 2013, de 17 de abril, por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, número 48.764, de 17 de abril de 2013.

Fernández, José Miguel, En conclusión ¿en qué consiste el lavado de activos”, en *Revista País Dominicano Temático*, año 2, número 2, Santo Domingo, 2018.

Gomes de Magalhaes, George G., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, B de F, 2018.

Hernández Quintero, Hernando A, “La problemática del delito previo frente al lavado de

activos”, en *Cuadernos de Derecho Penal Económico*, número 2, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2008.

— “Aspectos básicos del delito de lavado de activos”, en Nieto Martín, Adán y Mejía Patiño, Omar A. (eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ibagué, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla La Mancha, 2009, pp. 329-356.

— *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

— *El lavado de activos*, cuarta edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

— “El lavado de activos en Colombia: Consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo”, en *Revista Nuevo Foro*, número 90, Medellín, Universidad EAFIT, 2018.

— “Evolución en la regulación administrativa y penal del lavado de activos en procura de la eficacia en su detección, prevención y sanción”, en Hernández Quintero, Hernando A. (coord.), *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020.

“La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socioeconómicos: especial referencia a los delitos financieros y al lavado de activos”, en Hernández Quintero, Hernando A. (ed.), *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia*, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020.

Renart García, Felipe, “El blanqueo de capitales en el derecho suizo”, en *Revista del Poder Judicial*, número 50, 1988, pp. 119-166.

República Dominicana, Ley 72-02, Sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas. *Gaceta Oficial*, número 10.138, del 1 de junio de 2002.

Ley 155-17, que deroga la Ley 72-02 del 26 de abril de 2002, sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas, con excepción de los artículos 14, 15, 16, 17 y 33, modificados por la Ley

196-11. *Gaceta Oficial*, número 10.886, del 7 de junio de 2017.

Reglamento 407-17, para la Aplicación de Medidas en Materia de Congelamiento Preventivo de Bienes o Activos relacionados con el Terrorismo y su financiamiento y con la financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. *Gaceta Oficial*, número 10.897, del 20 de noviembre de 2017.

Reglamento 408-17, de Aplicación de la Ley 155-17, contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. *Gaceta Oficial*, número 10.897, del 20 de noviembre de 2017.

Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal, Parte general*, 10.ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

Rodríguez Cárdenas, Juan Pablo, “Colombia en la región: un comparativo de la regulación sobre lavado de activos en Latinoamérica”, en *Lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas y destrucción masiva*, Bogotá, Asobancaria, 2020.

Saavedra R., Édgar y Del Olmo, Rosa, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá, Temis, 1991. Vargas Sanmiguel, Constanza, “Compromisos internacionales del Estado colombiano en la lucha contra el lavado de activos”, en Hernández Quintero, Hernando A. (coord.), *La eficacia de las normas de prevención, detección y sanción del lavado de activos en Colombia*, Ibagué, Universidad de Ibagué, 2020.

CONVOCATORIA

Para remisión de trabajos para la revista Iuris Forum

El Consejo Editorial de la Revista *Iuris 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 recensiones 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 *Iuris 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 1½, Santiago, República Dominicana
T. 809 580 1962 • Fax: 809 582 4549

Campus de Santo Domingo

Av. Abraham Lincoln esq. Av. Simón Bolívar, Santo Domingo, República Dominicana
T. 809 535 0111 • Fax: 809 534 7060