



Revista

IURIS Forum

Enero - junio 2023 • Número 5 • ISSN 2811-4949



Escuela de Derecho



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra



PUCMM
Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Revista IURIS FORUM

Número 5, enero-junio 2023
ISSN 2811-4949

Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes
Escuela de Derecho

© Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2023

Diseño y diagramación:

Departamento Editorial, PUCMM

Corrección de estilo:

Prof. Roque Diómedes Santos

Cuidado de edición:

Carmen Pérez Valerio, Departamento Editorial,
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Santo Domingo, República Dominicana, 2023

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





Comité de asesores IURIS FORUM

**Vicerrector Académico
de la PUCMM**

Ing. Julio Ferreira Tavera

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

Dr. Juan Gabriel Faxas

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

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

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

Lic. Héctor Alies Rivas

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

Lic. Edwin Espinal Hernández

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

Dr. Flavio Darío Espinal

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

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



Consejo Editorial permanente

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

Jimena Conde Jiminián

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

Amaury Reyes-Torres



CONTENIDO

5

Editorial
Comité Editorial

6

ARTÍCULOS

Homenaje al profesor Víctor Matos
Pedro L. Montilla Castillo

9

Instalación de la segunda cohorte del doctorado Universidad Externado de Colombia – Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Emilssen González de Cancino

11

Nuevas tendencias de organización y funcionamiento de los órganos administrativos colegiados, certificación cruzada y sistema de validación recíproca
María M. Gonzalo

26

La interpretación de los derechos fundamentales: una aproximación a sus límites
Emilio Tejada

72

Responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho
Carlos Manuel Camejo

82

La querrela penal y la afectación de derechos fundamentales
Joel De León



Editorial IURIS Forum

La Revista *Iuris Forum*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), presenta su quinto número, correspondiente al período enero-junio de 2023. Su contenido muestra el continuo interés de esta institución de educación superior de fomentar el pensamiento jurídico crítico y, con ello, un análisis comprensivo y contemporáneo del derecho que auxilie a las generaciones actuales en el ejercicio práctico de esta siempre dinámica área del saber.

En este número encontrarán dos contribuciones especiales distintas a la naturaleza de los trabajos que suelen integrar la revista, pero que se corresponden a las iniciativas académicas que organiza la Escuela de Derecho y que, desde otra perspectiva, fomentan el conocimiento y demuestran lo dinámico que puede ser su contenido. En este sentido, iniciamos con las palabras de cierre pronunciadas por el profesor Pedro Montilla en el conversatorio *Docente de valor* que, en esa ocasión, reconoció al profesor Víctor M. Matos Gómez, por su trayectoria y aportes en la formación de futuros abogados desde las aulas de la universidad. A seguidas, encontrarán el maravilloso y sentido discurso de la Dra. Emilssen González de Cancino, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, pronunciado durante la instalación de la segunda cohorte del programa de doctorado que se ejecuta en convenio entre ambas instituciones académicas.

Cuatro aportes adicionales se integran al contenido de actualidad que ofrece cada entrega de esta revista. Iniciamos con un análisis de relevancia sobre las nuevas tendencias de organización y funcionamiento de los órganos administrativos colegiados, la certificación cruzada y el sistema de validación recíproca de María M. Gonzalo, que lleva a repensar aspectos importantes del Derecho Administrativo. Luego, un escrito sobre los límites de la interpretación en materia de derechos fundamentales de Emilio Tejada, que brinda una interesante perspectiva de un tema en constante renovación en materia constitucional. Por último, cierran este número dos aportes en materia penal nacional e internacional. En el primero de ellos, el autor Carlos Manuel Camejo aborda la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho, con un enfoque innovador que conmina a pensar sobre el futuro del derecho penal. Por su parte, el segundo trabajo versa sobre la querrela penal y la afectación de derechos fundamentales en el ordenamiento panameño de Joel De León, que permite verificar un enfoque distinto sobre la cuestión en la región centroamericana.

La revista *Iuris Forum* sigue creciendo y estableciéndose como un recurso de consulta para la comunidad jurídica global. Por tal motivo, mantiene su interés académico en seguir aportando al desarrollo del pensamiento jurídico crítico a través de aportes de abogados, profesores e investigadores, nacionales e internacionales. El llamado es a continuar produciendo conocimiento y debatiendo ideas. Para participar en los próximos números de la revista, cualquier interesado puede contactar al Comité Editorial vía la cuenta de correo electrónico (publicacionesderecho-csd@ce.pucmm.edu.do).

Homenaje al profesor Víctor Manuel Matos Gómez (Ciclo de conversatorios *Docente de valor*)

Pedro L. Montilla Castillo¹

Recibido: 23 de abril de 2023 – Aceptado: 24 de abril de 2023

Muy buenas tardes, estimados amigos.

Quiero dirigir a todos un efusivo saludo y de manera especial a nuestro decano, profesor Mariano Rodríguez Rijo, quien, dicho sea de paso, fue mi profesor de Historia del Derecho en verano del año 2006, que es también la materia que me ha tocado impartir a muchos de los jóvenes aquí presentes hoy; no con la misma genialidad, por supuesto, pero, tenemos lo que tenemos, día quien quisiese parafrasear al *Ulises* de Tennyson. Por igual al profesor Héctor Alies, director de nuestra Escuela de Derecho, profesor Samuel Arias Arzeno, coordinador y gestor de este ciclo de conversatorios, profesor Hirohito Reyes, moderador del panel, distinguidísimo y querido profesor Víctor Matos, nuestro homenajeado de hoy y a los profesores Jimena Conde y Bayoan Rodríguez, compañeros de panel en este homenaje.

Quiero también agradecer a los convocantes por la extraordinaria iniciativa, especialmente a los profesores Samuel Arias y Héctor Alies por haber dado curso a esta formidable idea. G. K. Chesterton, un escritor, filósofo y periodista británico de inicios del siglo XX sostuvo en un momento que «el agradecimiento es la más alta forma del pensamiento y la felicidad duplicada por la admiración». Sin duda este homenaje es un agradecimiento de todos a Víctor.

Dicho esto, voy a plantear una nota disruptiva, voy a violar el debido proceso, porque pienso eludir el ámbito estrictamente jurídico que en parte se ha seguido. Pese a que don Víctor es ampliamente conocido en la PUCMM por sus cátedras de Derecho Penal, Introducción al Derecho e Historia del Derecho, he recibido la dispensa necesaria para no hablarles hoy de ningún tema jurídico, sino de Víctor el profesor, el educador, el maestro.

Creo firmemente que la educación es, como el derecho, un mecanismo de redención humana y que es, entre todos, el más digno y excelso. Por eso su puesta en ejecución amerita tanta entrega, una consagración que es muchas veces olvidada entre la multitud de asuntos que nos arropa. Nuestro homenajeado asumió ese sacerdocio con la responsabilidad que corresponde, dándonos a todos un ejemplo inolvidable. Permítanme, para explicarles lo que siento al hablarles de Víctor Matos y la enseñanza del derecho, contarles una breve historia.

¹ 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. Actualmente cursa el programa de doctorado PUCMM – Universidad Externado de Colombia. Correo: montillacastillo@gmail.com

En algún momento entre 1804 y 1806, en una ciudad llamada Döbling, cerca de la Viena imperial de su época, un genio de la humanidad, Ludwig van Beethoven, hacía la composición de su zona para piano núm. 23 en fa menor, op. 57, que iba a publicar en una revista local, a saber, la *Revista de Arte e Industria*, y que estaba dedicada al conde Franz von Brunswick. Curiosamente casi nadie conoce hoy esa pieza por la nominación formal que les he mencionado, sino por el nombre que le dio el editor de la revista, que al escuchar la pieza la intituló *Appassionata*.

Sorprendentemente, el nombre dado por el editor disgustó en gran manera a Beethoven, quien pensaba que todas sus piezas habían sido compuestas –y debían ser interpretadas así– apasionadamente. Víctor Matos entendió muy bien este pensamiento de Beethoven. Y nos lo transmitió desde el primer día en clase. Cada lección, cada tema, cada principio explicado, cada ilícito cuyos elementos repasábamos, era presentado apasionadamente por él, y estudiado con el mismo ímpetu por nosotros, contagiados por su energía, por su alegría, por su espectacularidad. Víctor Matos hizo de la enseñanza del derecho una *Appassionata*, no como la concebía el editor cuyo nombre la historia olvida hoy, sino como la pensaba Beethoven, el genio al que todos evocamos y admiramos.

Nunca pensé en ser un abogado como Víctor, nunca me interesó el Derecho Penal, pero desde el primer día supe que quería ser un profesor como él. Todavía aspiro a ello. Ojalá me alcance la vida.

La enseñanza del derecho es un área que produce particular orgullo, reputación, admiración y respeto en la República Dominicana y el mundo; para esta casa de estudios, pues, la Escuela de Derecho de PUCMM Santo Domingo es hoy un auténtico referente. Esto es, sin lugar a duda, gracias a profesores como Víctor.

Y es que la enseñanza, como el derecho, según Robert Alexy, es una práctica esencialmente argumentativa. Y lo es en dos vertientes: argumenta el educador cuando explica sus postulados, cuando desarrolla una teoría particular, cuando rebate un criterio con el que está en pugna o cuando simplemente deja de repetir y piensa con quienes convierte en sus compañeros de aula. Y argumenta el educando cuando no se limita a asumir lo escrito o lo expuesto, sino que se atreve a confrontar el contenido de sus fuentes con otras fuentes, con la realidad, con sus propias ideas y con la colectividad de su clase.

En la clase de Víctor, esta perspectiva argumentativa se hacía latente por el carácter crítico de su pedagogía. Condición esta que, quienes fuimos sus alumnos, intentamos repetir una y otra vez, aunque confieso que en ocasiones encontramos algún nivel de resistencia.

La pedagogía crítica es una filosofía de la educación que desarrolló conceptos provenientes de la *Teoría Crítica de la Escuela de Fráncfort* y tradiciones relacionadas, hacia el campo de la educación y el estudio de la cultura. Promueve la creación de una conciencia crítica y, como diría Paulo Freire, se distancia de la denominada «pedagogía bancaria», que alude a un simple «depósito» de conocimiento.

Para aquellos que, creyentes o no, estamos familiarizados con la Biblia, esta visión nos hace pensar siempre en los habitantes de Berea, a quienes Pablo de Tarso se refería como «nobles», no por su procedencia, linaje o clase social, sino por su visión crítica del estudio, la enseñanza y

el aprendizaje. Como se lee en *Hebreos 17:11*: *Los berreanos eran mucho más nobles que los tesalonicenses, y escucharon gustosos el mensaje. Todos los días examinaban las Escrituras para comprobar si lo que Pablo y Silas decían era cierto.* Esa era la actitud promovida en el aula con Víctor, no escuchar una doctrina o una teoría particular, sino debatir, rebatir y argumentar, hasta encontrar y producir, en esa práctica dialógica, el conocimiento.

En el aula, con el profesor Matos, recuerdo algunos aspectos relevantes. Enumeraré algunos:

1. Privilegiaba el análisis sobre la repetición de datos y la memorización de textos, mediante el uso de casos prácticos y el constante análisis de cómo se implementarían los textos que eran objeto de estudio en el aula.
2. Secularizaba los conceptos más ortodoxos que, en ocasiones, se manejan con una inadecuada solemnidad. Comunicaba las ideas, en vez de hacer gala de conocerlas.
3. Distinguía los conceptos, mostrándonos con detalle los elementos distintivos de cada figura, lo que nos permitía diferenciar, desde su esencia, los puntos neurálgicos de cada asunto.
4. Desintegraba las moléculas de cada postulado jurídico, conociendo así a cabalidad las posibles argumentaciones y conectado, a la vez, con muchos otros campos del derecho.
5. Hacía gala de una exquisita cultura general sin que fuese humillante para nosotros darnos cuenta de que no sabíamos nada. Inyectaba las respuestas a planteamientos normativos con cultura romana, poesía, música o historia de nuestra nación.
6. Siempre estaba abierto al diálogo y al debate, lo que demostraba muchas veces con una amplia sonrisa.
7. Nos motivaba a ser la mejor versión de nosotros mismos, cada día.

Muchos de los aquí presente serán pronto licenciados en Derecho y de estos la mayoría se convertirá en una selecta promoción de abogadas y abogados. En los días o años que les queden en la universidad, recuerden a Víctor Matos y hagan de cada clase una *Appassionata*.

Mañana saldrán al ejercicio, representarán importantes casos, ocuparán funciones públicas de relevancia y, esperamos, seguirán la sagrada tradición de ofrecer a futuras generaciones sus conocimientos. El mayor homenaje que ustedes pueden rendir a Víctor Matos hoy, y en él a todos sus docentes, no es el cálido y bien recibido aplauso, sino el compromiso de asumir con esa entereza cada clase, cada reto, cada responsabilidad.

Hagan de sus vidas una *Appassionata* inagotable.

Muchas gracias.

Instalación de la segunda cohorte del doctorado PUCMM- Externado de Colombia. 22 de mayo de 2023

Dra. Emilssen González de Cancino¹

Recibido: 22 de mayo de 2023 – Aceptado: 23 de mayo de 2023

En el día feliz en que defendieron sus tesis doctorales tres notables investigadores de la primera cohorte de este doctorado, terminé mis palabras evocando un verso de la gran poeta dominicana Ayda Cartagena Portalatín que decía así: *Tarde, mañana y a mediodía clamo por el ejercicio de pensar como piensan los justos.*

Hoy quiero ponerlo en el comienzo para recordar con los doctorandos dominicanos que pensar como justos será su tarea durante los años que les esperan hasta obtener el título después de grandes esfuerzos, alegrías y desvelos.

Los invito a pensar en lo siguiente: según el texto de Ulpiano incluido en el primer libro del Digesto, a los juristas, «...*alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito ...buscando, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente*».

Ahora bien, de manera especial en esta época, en la que la angustia nos rodea de manera permanente con motivo de guerras, cambio climático, hambrunas, desempleo, en que todo se torna evanescente y efímero, parece no haber tiempo para pensar y discernir: el doctorado les proporcionará un tiempo precioso para hacerlo; aprovéchenlo a plenitud.

Una realidad tan compleja como la que vivimos los ciudadanos de este hermoso continente hace más ardua la tarea del jurista y, con mayor razón, la de quienes se proponen subir un peldaño más en su carrera hacia la excelencia académica y la plenitud del espíritu.

«Alta filosofía, técnica jurídica depurada, fino y diestro manejo de herramientas tecnológicas, lecturas sin descanso, pensar lo ya pensado para tratar de decir cosas nuevas, todo ello será de importancia máxima para obtener resultados de tal finura estilística y contundencia argumentativa que merezcan grandes elogios para los ensayos, manuales, artículos, sentencias; sin embargo, la deuda con los seres a quienes debemos servir quedará insoluble si aquellos “productos” no contribuyen de manera positiva a la transformación de la sociedad en beneficio de quienes más necesitan la ansiada renovación». (También lo dije en ceremonia de Doctorado).

¹ Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Directora del departamento de Derecho Romano y directora del Centro de estudios sobre genética y derecho. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Una investigación doctoral no puede ser únicamente el resultado de una flamante recolección de fuentes, tampoco de una conversación con los sistemas de IA o con los grandes filósofos, juristas o sabios de otras disciplinas, sin duda imprescindibles; la calidad del trabajo dependerá en altísimo porcentaje de la identificación de los problemas propios de nuestras gentes, la profundización en el conocimiento de los factores que los causan o perpetúan y la puesta en el banco de prueba de posibles soluciones justas y equitativas adaptadas a las necesidades de nuestros pueblos, con sabiduría y prudencia, pero también con ilusión y creatividad. No podemos perder la esperanza.

Señoras y señores doctorandos:

El compromiso de dos grandes Universidades: la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de esta bella isla y el Externado de Colombia, en la altiplanicie andina, sirven de espíritu, contexto y soporte firme para el desarrollo de sus labores y la realización de sus propósitos porque cuentan con infraestructura académica adecuada, facilidades para la investigación y servicios académicos y de bienestar eficientes, así como con un profesorado altamente calificado y comprometido con su misión; pero, todavía más importante, comparten valores fundamentales: respeto por los otros sin discriminación alguna, solidaridad, vocación de servicio, amor a la libertad, pluralismo, pensar la educación, en todos sus niveles, como el camino más efectivo para lograr la independencia y reforzar la autonomía.

Excelentísimo señor rector, autoridades todas de la PUCMM; permítanme, de nuevo expresar, en nombre del señor rector y de los Consejos directivos de la Universidad y de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, un profundo agradecimiento por la confianza que depositan en nuestra Universidad y nos permite, una vez más, entrar en fructífero diálogo alrededor de la justicia y el derecho – revestidos de carne y hueso-, con juristas dominicanos de gran calibre intelectual y con autoridades universitarias leales a su misión, que otean el futuro y ponen gran empeño en construir uno mejor digno del aplauso de los menos afortunados a tiempo que nos permita insertarnos en las redes académicas más respetadas y sensibles.

Nuevas tendencias de organización y funcionamiento de los órganos administrativos colegiados, certificación cruzada y sistema de validación recíproca

María Mercedes Gonzalo Garachana¹

Recibido: 23 de junio de 2023 - Aceptado: 27 de noviembre de 2023

Resumen

Los principios contenidos en la Constitución dominicana aplicables a las Administraciones públicas irradian también las actuaciones de los órganos colegiados al permitirles técnicas de actuación con las cuales se garantiza un adecuado procedimiento interno en favor de sus miembros y dan lugar al ejercicio y desarrollo de otros principios como, por ejemplo, la participación o celeridad, con lo cual se ha desarrollado un sistema de pesos y contrapesos entre sus integrantes, sean estos presidente, secretarios o miembros, como también mecanismos para el ejercicio, por parte de sus ciudadanos del control de esas actuaciones. Se estudian las funciones de sus miembros desde la óptica de estos principios y de las últimas disposiciones legales aplicables para identificar su progreso en el ordenamiento jurídico dominicano, para lo cual se reseña su incorporación en La Española y textos legales con los cuales han sido integrados a la Administración Pública y finalmente se plantean, brevemente, lo próximos retos que se avecinan.

Palabras clave: órgano colegiado, principios democráticos, transparencia, voluntad, decisiones, presidente, secretario, miembros, firma, acta, función certificante, certificación cruzada, sistema de validación recíproca, certificación.

Abstract

The principles contained in the Dominican Constitution applicable to public administrations also radiate the actions of the collegiate bodies by allowing them action techniques with which an adequate internal procedure is guaranteed in favor of its members and give rise to the exercise and development of other principles such as For example, participation or speed, with which a system of checks and balances has been developed among its members, whether they are president, secretaries or members, as well as mechanisms for the exercise, by its citizens, of control of those actions. The functions of its members are studied from the perspective of these principles, and the latest applicable legal provisions to identify their progress in the Dominican legal system, for which their incorporation in Hispaniola and legal texts with which they have been integrated are reviewed. to Public Administration and finally the next challenges that lie ahead are briefly discussed.

Keywords: *collegiate bodies, principles of democracy, responsibility, checks and balances.*

¹ Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (magna cum laude). Máster en Derecho de la Administración del Estado de la Universidad de Salamanca. Abogada de prolongado ejercicio profesional, ejercicio como asesora de juntas de consejos de empresas privadas e instituciones públicas. Autora de Fundamentos de la aviación civil: Análisis a partir de la Constitución de 2010 y la Ley 107-13. Correo: mariamgonzalo@gonzalo.com.do

I. Introducción

En la medida en que en toda organización los individuos han reconocido, desarrollado y aplicado los valores de la democracia, transparencia, colaboración, coordinación y responsabilidad², la colegialidad en el ámbito público ha aumentado³ y son aplicados en todos los espacios de la Administración Pública⁴. Esta situación tampoco escapa de la esfera privada, por la identidad de los principios de la ciencia de la administración aplicables en uno y otro caso⁵. Por ejemplo, leyes de sociedades comerciales⁶ que ponen a cargo de consejos de administración o consejo de gerentes, diversas responsabilidades en las sociedades anónimas a partir de lo cual se derivan sus actuaciones en el ámbito privado y generan efectos jurídicos. Antes del

desarrollo del sistema democrático, también existían cuerpos y consejos basados en la colegialidad. Se regían sin embargo por reglas distintas a los principios de democracia, transparencia colaboración, coordinación y responsabilidad.

Este análisis se enfoca en los órganos colegiados de la Administración Pública Central⁷—aunque los de naturaleza judicial y legislativa responden en realidad a similares principios generales— sus respectivas naturalezas dan lugar a adopción de otros principios diferenciados en uno y otro caso, lo que a su vez determinan otros procedimientos para su funcionamiento⁸. Es pertinente señalar que los principios de organización son igualmente aplicables a la Administración Local⁹.

- 2 Principios enunciados en Constitución de 2010. Acerca de su definición, la L 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013 dispone: «Principio de transparencia. Las personas tienen el derecho de ser informados de manera oportuna, amplia y veraz sobre la actividad administrativa y los resultados de la gestión pública. En consecuencia, los entes públicos establecerán sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de que se pueda ejercer el control social sobre la gestión pública. Cualquier administrado puede solicitar, de conformidad con la ley, a los entes y órganos de la Administración Pública, la información que desee sobre la actividad de éstos. Todos los entes y órganos de la Administración Pública mantendrán permanentemente actualizadas y a disposición de las personas, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización, la de los órganos dependientes y la de los organismos autónomos que le están adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia». «Principios de coordinación y colaboración. Las actividades que desarrollen los entes y órganos de la Administración Pública estarán orientadas al logro de los fines y objetivos de la República, para lo cual coordinarán su actuación bajo el principio de unidad de la Administración Pública. La organización de la Administración Pública comprenderá la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener una orientación institucional coherente, que garantice la complementariedad de las misiones y competencias de los entes y órganos administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Los entes y órganos de la Administración Pública colaborarán entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado». «Principio de responsabilidad: por el que la Administración responderá de las lesiones en los bienes o derechos de las personas ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la actividad administrativa. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico».
- 3 OLIVA CASTRO, Andrés de. 1963. «La colegialidad en la administración pública contemporánea». Documentación Administrativa. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/2202/2257>. Pág. 20. * Ya en 1963, estudios acerca de la Administración Pública detectaban aumento de órganos pluripersonales, con algunas variables en algunos de sus tipos.
- 4 El artículo 37 de la Ley Orgánica de Administración Pública Núm. 247-12 dispone que pueden ser órganos colegiados de dirección, consultivos o de coordinación.
- 5 GARCÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. 2006. «Curso de Derecho administrativo I». Navarra. Aranzandi, pág. 29. Vol. I., para quien el Derecho de la Administración Pública es una «realidad política, radicalmente ajena a las administraciones privadas, desde el punto de vista jurídico, aunque desde la perspectiva de las técnicas organizacionales y métodos de trabajo, ambas clases de administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario, por la Ciencia de la Administración».
- 6 En República Dominicana la Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, No. 479-08, artículos 42 y 101 (d).
- 7 De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-2012, la «La Administración Pública Central se conforma por un conjunto de órganos cuyas competencias se extienden en todo el territorio nacional, bajo la dirección del o la Presidente de la República, y cuyos actos se imputan al Estado como persona jurídica».
- 8 Por ejemplo, el art. 186 de la Constitución dominicana que admite el voto disidente y la opción de motivarlo a los jueces del Tribunal Constitucional.
- 9 Parte final del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, núm. 247-12 establece que: «Los principios de organización, funcionamiento y competencias establecidos en esta ley son aplicables al Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales».

En la Administración Pública actual son numerosas las instituciones que componen y rigen sus actividades en provecho del interés general sobre la base de la colegialidad. De los tres poderes del Estado, solo uno de ellos, el Ejecutivo, es ejercido de forma unipersonal. A pesar de esto, sus ejecutorias se basan en gran medida en actuaciones de órganos colegiados. Los otros dos, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, son ejercidos de manera pluripersonal, con independencia de que uno de sus miembros los represente y ejerza entre otras, funciones de naturaleza administrativa. Asimismo, la Constitución dominicana estableció órganos constitucionales —casi todos— pluripersonales o colegiados. La Junta Monetaria, la Cámara de Cuentas, la Junta Central Electoral, por solo citar ejemplos.

II. Antecedentes de una técnica con arraigo

Hasta su mutación actual, la colegialidad tiene algunos de sus elementos arraigados en la historia. Los relatos de grupos de asesores de los emperadores de las ancestrales dinastías chinas, o de los faraones egipcios, o de los reyes de la Mesopotamia, han llegado a nuestros días. Inclusive posee carácter epopéyico ya con la narración de la corte del Rey Arturo y sus Caballeros de la Mesa Redonda¹⁰. Se encuentran evidencias de instituciones compuestas por varios miembros, desde la mismísima etapa de la Iglesia Apostólica, seguida de la etapa de la

Iglesia Perseguida¹¹, hasta llegar a nuestros días a través de los concilios. Estos también han evolucionado dentro de la Iglesia. En el siglo XV fueron creados consejos¹² con el propósito de gestionar todas las actuaciones propias de los Reyes Católicos, inicialmente para impedir interferencia entre los reinos de sus respectivos soberanos, impartir justicia y eludir la influencia eclesiástica. Estos consejos funcionaban en realidad como gestores de situaciones, nunca para adoptar decisiones propias. Existe también referencia de que los Reyes Católicos, decididos a impedir injerencia eclesiástica en sus asuntos, procuraron la profesionalización de sus miembros, quienes ejercían sus funciones bajo el régimen polisinodial¹³.

Fue el inicio del Real Consejo de Indias¹⁴, creado por Carlos I de España con la misión de asesorarle en la política exterior. Además de estas funciones heredadas por el Real Consejo de Castilla, le fueron atribuidas funciones judiciales de decidir en última instancia las decisiones judiciales de las Reales Audiencias de las colonias¹⁵. Ciertamente se trataba de cuerpos compuestos por más de un miembro, y poseían funciones ejecutivas. Sin embargo, sus decisiones dependían siempre del monarca quien, al fin y al cabo, adoptaba las decisiones correspondientes. De este modo, en La Española, y en toda América, el Consejo Real de Castilla y posteriormente el Real Consejo de Indias fueron los primeros órganos colegiados que funcionaron,

10 Según las versiones más completas de la leyenda, Arturo fue un rey británico ejemplar que gobernó virtuosamente desde su castillo de Camelot y lideró una hermandad conocida como «los caballeros de la mesa redonda», hasta que murió a manos de su hijo y fue llevado a la isla de Avalon. Humanidades.com. 2023. «Rey Arturo: quién fue, personajes, obras y características». Disponible en: <https://humanidades.com/rey-arturo/>

11 Primeros cristianos. [En línea] 2020 de Octubre de 2020. <http://www.primeroscristianos.com>

12 Régimen polisinodial. [En línea] 27 de Febrero de 2023. <https://gestindelamemoria-felix.blogspot.com>. Los Reyes Católicos crearon respectivamente Consejo de Estado de la Corona de Castilla y Consejo de Estado de la Corona de Aragón.

13 Régimen polisinodial. [En línea] 27 de Febrero de 2023. Ob. Cit.

14 VALERO, Julián. 2002. «Los órganos colegiados. La colegialidad en la organización pública del actual sistema constitucional». s.l. INAP, 2002, págs. 331-383.

15 VEGA, Wenceslao. 2011. «Historia del Derecho Dominicano». Santo Domingo. Amigo del Hogar, 2011. Pág.35

decidieron e incidieron en su historia, y por los cuales ejercieron su poder los Reyes Católicos desde la llegada de Cristóbal Colón, hasta que finalmente se encomendó la Casa de Contratación de Sevilla¹⁶.

Si bien en esos inicios los Reyes Católicos y sucesores contaban con grupos que les asesoraban, estos carecían del conjunto de los elementos configurativos de los actuales órganos colegiados cuyos orígenes se gestaron a partir de la Revolución Francesa, con la adopción del sistema de separación de poderes, hasta lograr su actual configuración¹⁷.

Ya en 1496 en República Dominicana se extendieron órganos colegiados, primero municipios y regidores, los cuales a partir de 1511 poseían también funciones judiciales en lo civil y criminal¹⁸. La figura del secretario también fue trasladada a La Española con los órganos creados por los Reyes Católicos y, posteriormente, por Carlos I de España. Por ejemplo, en 1530, creada la Real Audiencia de Santo Domingo, contaba con Diego Caballero como secretario¹⁹. A partir de la Independencia, la Constitución de 1844²⁰ creó también órganos colegiados, como por ejemplo el Consejo Administrativo conformado por funcionarios públicos cuyas funciones eran revisar las cuentas generales de la nación y rendir informe al Congreso al respecto. Actualmente esas funciones quedan en manos de la Contraloría General de la República²¹ y la Cámara de Cuentas²², entre otras nuevas funciones, respectivamente.

Posteriormente por influencias hispánicas y estadounidenses, desde la mitad del siglo XX, fueron adoptadas normas que imperaban ya en otros ordenamientos y en las cuales se incluían órganos colegiados con funciones delimitadas para sus miembros y en función a actividades administrativas especializadas. Es el caso de la Ley Número 505 de Aeronáutica Civil del 10 de noviembre de 1969, que incluía ya una Junta de Aviación Civil encargada de la política de aviación civil comercial y su posterior modificación con la Ley de Aviación Civil núm. 491-06.

Hasta mediados del siglo XX los cuerpos y consejos basados en la colegialidad carecían de la trascendencia que poseen actualmente porque, en primer lugar, ha sido gracias al asentamiento de la democracia y el ejercicio del principio de descentralización administrativa, que se les ha otorgado potestades y competencias que anteriormente correspondían al monarca, al autócrata o gobernante con débil tradición democrática. En segundo lugar, el auge de la ciencia y los fenómenos de la postmodernidad que derivan de su ejercicio, aunado con los problemas de la demografía, han planteado la necesidad de contar con órganos colegiados integrados por expertos y especialistas de modo tal que sus decisiones garanticen el buen funcionamiento y eficacia de la Administración en provecho del interés general.

16 VEGA, Wenceslao. 2011, Ob. Cit. Pág.35.

17 Consejo Constitucional. (s/f). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en español). Recuperado de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf. Art. 16.

18 VEGA, Wenceslao. 2011, Ob. Cit. Pág. 35.

19 En Documentos para el Estudios de historia colonial de Santo Domingo, AGN. [En línea] 4 de junio de 2023. agn.gob.do, se indica que, con la firma de los jueces y de Diego Caballero, como secretario, el 10 de abril de 1530 fue enviada carta a Su Majestad sobre el oro enviado en las naos.

20 El artículo 182 de la referida Constitución Dominicana, indica que «la ley organizará un Consejo Administrativo compuesto por funcionarios públicos para verificar anualmente las cuentas generales y hacer un informe de ellas al Congreso, con las observaciones que juzgue oportunas, cuyo encargo será puramente gratuito».

21 Constitución dominicana 2010, artículo 247.

22 Constitución dominicana 2010, artículo 248.

III. Nuevas actuaciones ante funciones reforzadas y reafirmadas

En el estado actual de nuestro derecho, en las Administraciones Públicas, los órganos colegiados se caracterizan porque su titularidad queda confiada a un conjunto de personas —con funciones públicas formales o no— que concurren a la formación de la voluntad del órgano de modo democrático, a partir de lo cual su voluntad emana de múltiples y concurrentes posiciones horizontales²³ en procura de la ponderación de los asuntos sometidos sobre la base de sus respectivas experticias e intereses sectoriales o colectivos.

Aunque el Diccionario Jurídico Panhispánico considera colegiado a los «órganos compuestos por una pluralidad de personas que para adoptar acuerdos válidos es preciso que se ajuste a las normas generales de funcionamiento de este tipo de órganos establecidas en la ley»²⁴, la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, en su artículo 55 hace referencia a los órganos colegiados y dispone que el régimen que establece aplica a los órganos administrativos compuestos por tres o más miembros, «sin perjuicio de lo que establezcan sus disposiciones de creación o las adaptaciones requeridas para la participación ciudadana», definición que se deduce por su nombre mismo.

Ya en el plano de la Administración Pública Central, que es el objeto de este estudio, los órganos colegiados son más numerosos de lo que aparentan ser. En cada sector de actividad estatal (de ordenación, fomento, planificación, coordinación, cooperación o prestacional) existen consejos que definen las políticas, las regulan y planifican cada una de ellas. En el ámbito prestacional, como en el económico e industrial, las políticas públicas son adoptadas por órganos que impactan todas las áreas gubernamentales. Por ejemplo, Consejo Nacional de Salud, Consejo de Educación, Consejo Nacional de la Niñez, Comisión Nacional de Energía, Junta Monetaria, etc.

En lo que respecta a la administración municipal, la reglamentación de las actuaciones de los ayuntamientos se encuentra a cargo de los Concejos Municipales, órganos colegiados conformados por el síndico y regidores elegidos por los munícipes, de acuerdo con la Ley núm. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios²⁵. Destacamos en este ámbito su reconocimiento y eficacia por parte del Tribunal Constitucional, al validar los actos que emanan de este organismo²⁶.

Bajo el actual esquema organizativo, basado en los principios de derecho administrativo como disciplina del derecho europeo continental, un órgano colegiado es en esencia, un equipo de trabajo enfocado

23 JIMÉNEZ, José. «Régimen de los órganos colegiados de gobierno». 25, Castilla la Mancha. s.n., 27 de septiembre de 2021, Gabilex, págs. 171-199. Acerca de los órganos colegiados, este autor plantea que son: «aquellos en que la titularidad queda confiada a un conjunto de personas físicas que concurren a la formación de la voluntad del órgano. Así, el modelo colegial (collegium), quiere responder a una formación horizontal de los actos y a la concurrencia de voluntades, buscando la ponderación de puntos de vista entre los miembros del órgano administrativo». Es importante destacar que a pesar de que este autor plantea que se trata de un conjunto de personas físicas, en ocasiones algunas de estas representan a personas jurídicas, sean estas públicas, privadas o de carácter mixto, de acuerdo con la ley que crea y regula el órgano colegiado de que se trate.

24 Esta definición podría poseer un carácter general, y cuya imprecisión puede dar lugar a que no sean reconocidas decisiones adoptadas por el órgano colegiado en cumplimiento con la libre expresión de voluntad de sus miembros, sin que necesariamente en determinado caso se hayan cumplido las normas generales de funcionamiento. Por ejemplo, la adopción de normas ante casos no de urgencia y no previstos, pero que todos sus miembros han adoptado a pesar de que no se haya concretizado de acuerdo con la ley.

25 Ley núm. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, en sus artículos 31 y 35.

26 En sentencia TC/0226/14 ha considerado que «el Concejo Municipal o Concejo de R. es el órgano colegiado del Ayuntamiento con funciones normativas, reglamentarias y de fiscalización, con lo cual sus decisiones y resoluciones son propias y se consideran como actos administrativos».

en objetivos concretos y colectivos. En el ámbito administrativo, la Constitución y las leyes les dotan de personalidad jurídica y competencias de naturaleza administrativa y normas de funcionamiento, a partir de lo cual generan efectos jurídicos, ya sea por sus actuaciones jurídicas o antijurídicas. Justo es reconocer de órganos colegiados creados mediante normas anteriores al actual orden constitucional que adoptaron principios que hoy día se encuentran positivizados. Son los casos, por ejemplo, de la Junta Monetaria, creada mediante Ley Núm. 183-02 que aprueba la Ley Monetaria y Financiera, y Ley General de Telecomunicaciones Núm. 153-98²⁷ que crea un Consejo Directivo de carácter regulador y cuyas respectivas actuaciones y procedimientos de funcionamiento internos han quedado robustecidos por normas posteriores, como son la propia Constitución de 2010 y la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo ya citada. También existen órganos colegiados de carácter desconcentrado, al amparo de lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-2012²⁸. Es el caso del Decreto 170-2021 170-21 que

crea el Centro de Atención Integral para la Discapacidad²⁹, adscrito al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, con el objetivo de brindar servicios relacionados con las necesidades terapéuticas niños de 0-12 años de edad con trastorno del espectro autista, síndrome de Down y parálisis cerebral, e integra su consejo directivo, compuesto por nueve miembros³⁰.

La Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-2012 y la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo contienen normas mínimas de funcionamiento de los órganos colegiados al establecer su composición, funciones de sus miembros, formas de convocatorias, orden de las sesiones, y forma de adopción de las decisiones. A partir de estas se ha configurado la responsabilidad de cada uno de los miembros, del presidente y secretario de los órganos colegiados por sus actuaciones jurídicas o antijurídicas. De aquí que sus actuaciones sean cada día más regladas y cuidadas y dan lugar a la instrumentación y documentación de estas, mediante expediente administrativo, de la aceptación de convocatoria, de su presencia en las reuniones, de su participación en

27 El artículo 81.1 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98, dispone: «81.1. El Consejo Directivo estará integrado por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo, distribuidos de la siguiente manera: un (1) presidente con rango de Secretario de Estado; el Secretario Técnico de la Presidencia; un (1) miembro seleccionado de una terna elaborada a propuesta de las empresas prestadoras de servicios públicos finales de telecomunicaciones; un (1) miembro seleccionado de una terna elaborada a propuesta de las empresas prestadoras de servicios de difusión, disponiéndose que dos de los candidatos de esta última terna serán propuestos por las empresas de televisión con alcance nacional, y el otro a propuesta de las empresas de radiodifusión sonora y las empresas de televisión por cable; y un (1) miembro escogido directa y libremente, con calificación profesional, que velará por los derechos de los usuarios de servicios de las empresas antes mencionadas».

28 El artículo 70, párrafo I de la L Párrafo I.- «La Administración Pública Central, el Distrito Nacional y los municipios podrán desconcentrar competencias prestacionales o que no impliquen potestades de imperio, por medio de decreto expedido por el o por la Presidente de la República, o mediante ordenanza del Consejo de Regidores de los ayuntamientos, según sea el caso. En tal supuesto, para que el órgano competente pueda recuperar la competencia, deberá previamente intervenir un decreto u ordenanza, que modifique o derogue el decreto u ordenanza anterior».

29 El artículo 1 del Decreto 170-2021 dispone: «Se crea el Centro de Atención Integral para la Discapacidad (CAID) como un órgano desconcentrado, tanto funcional como territorialmente, adscrito al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MISPAS), con el objetivo de brindar un servicio integral de calidad en la evaluación, diagnóstico y proceso terapéutico de los niños de 0-12 años de edad con trastorno del espectro autista, síndrome de Down y parálisis cerebral, para alcanzar el mayor desarrollo posible de sus potencialidades y lograr su efectiva inclusión».

30 El artículo 2, párrafo I del Decreto 170-2021 dispone: «El Consejo Directivo del CAID estará integrado por: a) Un presidente, designado por el Poder Ejecutivo. b) El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MISPAS). c) El Ministerio de Educación. d) El Consejo Nacional de Discapacidad (CONADIS). e) El Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI). f) Un director nacional del Centro de Atención Integral para la Discapacidad (CAID), quien fungirá como secretario. g) Tres (3) miembros designados por el Poder Ejecutivo».

debates y de sus decisiones, de su firma en acta de asamblea; de las actuaciones propias del presidente y de las del secretario. Algunas de las cuales pueden inclusive realizarse válidamente por vía electrónica³¹. El dinamismo que ha caracterizado las actuaciones de naturaleza administrativa ha sido extendido —asimismo de las actuaciones propias del presidente y el secretario— a las actuaciones de cada uno de los miembros de los órganos colegiados.

a. De los miembros: reafirmación de funciones esenciales

Dentro del ámbito de todas estas actuaciones que comentamos, y en adición a los principios que han sido precedentemente comentados, las funciones de los miembros de los órganos colegiados han sido rociados—del mismo modo que cualquier funcionario público, o persona con funciones de naturaleza administrativa— con los principios derivados del Estado Social y Democrático de Derecho contenido en la Constitución de 2010 y de los principios propios de la Administración Pública³² (democracia, transparencia, colaboración, coordinación y responsabilidad) descritos anteriormente. Respecto, de los miembros de los órganos colegiados, importa sus respectivas especialidades y experiencias, el deber de asistencia a las reuniones, participación en los debates, asumir cualquier

función delegada por el pleno de sus miembros, emitir el voto acerca de los asuntos que se someten a debate y firmar las actas instrumentadas. Precisamente el conjunto de expertos en diversas áreas o campos relacionados con su misión y que se integra en un órgano colegiado, obedece al objetivo de lograr eficacia en sus actuaciones, porque «se equilibran las eventuales deficiencias de los otros miembros y aún frenan además la visión unilateral de alguno de ellos»³³.

Es también deber de cada uno de los miembros la asistencia a las sesiones y reuniones a las que es convocado. La asistencia de todos los miembros a las reuniones es esencial para configurar el cuórum de estas y, por consiguiente, validarla, así como también las decisiones adoptadas. Quizás se trate de la primera función de los miembros de un órgano colegiado. Es una función que se deriva de los principios democráticos y de transparencia.

La ausencia de los miembros a las sesiones, de acuerdo con el Reglamento de aplicación de la Ley 41-2008 sobre Función Pública contenido en el Decreto 528-09, puede dar lugar a suplencia o no según se trate de ausencia particular o permanente. Por lo regular, un miembro que se ausenta puede delegar su presencia en otra persona, de acuerdo con las reglas de delegación de competencias³⁴. De todos modos, una ausencia aislada no

31 Artículo 3.19 de la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo da cabida a comunicaciones electrónicas para aplicación del principio de celeridad, aplicable en por ello para convocatorias y comunicaciones por parte de los secretarios. «19. Principio de celeridad: En cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos».

32 El artículo 138 de la Constitución dominicana establece: «Artículo 138.- Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado».

33 Organismo Dominicano de Acreditación [En línea] 18 de mayo de 2023. <https://odac.gob.do>. Disponible en: <https://odac.gob.do/wp-content/uploads/2022/07/ODAC-DE-P-01-V08-Conformacion-y-Funcionamiento-Organos-Colegiados.pdf>.

34 De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-2012. Orgánica de Administración Pública. De igual modo, cada órgano colegiado puede establecer mecanismos particulares de delegación de funciones de sus miembros en caso de ausencia o vacancia temporal o permanente.

provoca más que la ausencia de ese voto al momento de adoptar decisiones, siempre que se haya cumplido con el cuórum establecido en la norma que aplique al órgano de que se trate. Si se trata de una ausencia prolongada o algún impedimento legal, los reglamentos de los órganos colegiados establecen reglas de suplencia, la cual por lo general da lugar a la remoción del miembro y si se trata de una ausencia temporal, queda a cargo de un miembro de mayor edad o antigüedad³⁵.

Los miembros participan en los debates. En la medida en que el presidente debe propiciar los debates acerca de los temas de agenda aprobados, ese derecho que corresponde a los miembros a su participación se convierte a su vez en un deber, en este caso —deber recíproco entre todos los miembros— pues es en el ejercicio de las deliberaciones celebrada entre ellos en torno del tema de agenda que se desarrollan, propician y adoptan decisiones «bien informadas», a partir de lo cual se garantiza la validez del acuerdo y, por consiguiente, de la actuación administrativa del conjunto de sus miembros y del acuerdo y resolución en el que se recogen estas actuaciones.

expediente administrativo, para justificarlo en caso de cuestionamientos o control ex post del acto administrativo, con independencia de la discrecionalidad o no que posea el órgano colegiado del que se trate.

Es por este motivo que la L 07-2013 establece como derecho de los miembros *participar en las deliberaciones dejando constancia de su opinión y expresar su voto disidente de forma motivada para no incurrir*

en las responsabilidades derivadas de los acuerdos ilegales. De aquí deriva que cada miembro motive las razones de su decisión, y que solicite al secretario que estas consten en el acta de la sesión. Este derecho de los miembros de los órganos colegiados genera a su vez deber del secretario. El de incluir las motivaciones precisas y las opiniones de los miembros cuando emiten voto disidente.

Corresponde también a los miembros aprobar el acta de cada sesión. El párrafo VI, artículo 55 de la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo dispone, entre otros puntos: «El acta será leída y sometida a la aprobación de los miembros del órgano colegiado al final de la misma sesión o al inicio de la siguiente...». Este mandato implica una formalidad y a su vez una técnica de revisión de la actuación misma del secretario, que da oportunidad a que los miembros emitan sus opiniones o críticas al contenido íntegro del acta.

b. Del presidente: dualidad de funciones

El presidente de un órgano colegiado cuenta con funciones internas y externas. Internamente es un coordinador. Es a través de este que se cumple en gran medida el principio de coordinación entre sus miembros, precisamente de coordinador tanto de los respectivos derechos de cada uno de sus miembros mientras se cumplen las misiones sustantivas del órgano, como de la articulación de esas misiones. El presidente perfila la forma en que se ejercen esos derechos para la obtención de las decisiones que compete al órgano, mientras el secretario formaliza y

35 El Reglamento Interno de la Junta Monetaria establece el procedimiento de remoción debido a ausencias de un miembro a las reuniones de la Junta Monetaria. En este sentido, establece: «Artículo 19 (f) En los casos en los que la causa de remoción de un Miembro de la Junta Monetaria se deba a ausencias consecutivas a más de tres (3) sesiones, injustificadamente, es deber del Presidente de la Junta Monetaria, con la asistencia del Secretario de la misma, requerir formalmente a dicho Miembro evitar la recurrencia de la referida situación, informando a la Junta Monetaria al respecto. Es deber de todo Miembro de la Junta Monetaria dar respuesta inmediata y formal a los requerimientos del presidente de la misma sobre esta situación».

documenta el cumplimiento de estos derechos de los miembros. De este modo, tanto al secretario como al presidente corresponden determinados niveles de coordinación en el seno del órgano colegiado. Mientras al secretario corresponde una coordinación operativa, al presidente corresponde una coordinación institucional.

El presidente coordina tanto la fecha, las convocatorias y agenda de reuniones, como además el orden de la reunión y las deliberaciones. Si bien en cada reunión se acostumbra un turno libre para que todos los miembros propongan temas a conocer y deliberar en la próxima reunión, es el presidente quien acumula mayor potestad para colocar en agenda y priorizar los temas a conocer en las sesiones. Un presidente perfila los temas a abordar, pero también el rumbo de la institución.

Se reconoce al presidente de un órgano colegiado funciones comunes a la de los miembros, como la emisión del voto, o su derecho a motivar un voto distinto. Dentro de las funciones externas, la de visar las certificaciones, actas, acuerdos o resoluciones puede ser que su significado haya sido inadvertidamente modificado con el tiempo. Tradicionalmente se ha considerado que cuando el presidente suscribe y otorga su visto bueno en certificaciones, actas, acuerdos y resoluciones que certifica el secretario, el presidente da fe que quien firma como tal es realmente el secretario³⁶.

Es entendible que en otras épocas la verificación de la identificación de un secretario, o de su firma, podía dar lugar a errores y falsedades, razón por la cual el visto

bueno del presidente ha representado un sistema de certificación cruzada y recíproca entre ellos, a partir de lo cual se asegura un acto que emana de este.

En la actualidad es más fácil identificar a los miembros de los órganos colegiados, incluidos sus secretarios y presidentes. Por ejemplo, basta con hurgar en la internet y de inmediato sabremos quién ostenta la secretaría de un órgano colegiado. De aquí que han existido análisis acerca del valor meramente protocolar del visado del presidente en las actas y acuerdos. Por ejemplo, según cita JIMÉNEZ, a pesar de que usualmente el visado del presidente puede aparentar mera formalidad cuando no hay irregularidades, distinto es cuando un presidente advierte irregularidad o falsedad en certificaciones y actas, su visado o su negativa a este implica una diferencia respecto de las consecuencias jurídicas, incluidas las penales, porque la función de visado debe contextualizarse dentro del marco de las otras funciones que, en su conjunto, al hacerle representante del órgano, también le hace responsable máximo de sus actuaciones, incluida la de una certificación del secretario que incluye su visto bueno, de lo que resulta que el visado del presidente ha dejado de ser una mera intervención presidencial para acreditar la identificación del secretario, y se ha convertido en un acto de control material de la actuación misma del secretario³⁷.

Inclusive, agrego, dentro del marco de la mera intervención para acreditar la figura del secretario, como acto de un órgano colegiado, el visado del presidente significa que en la certificación del secretario ha intervenido

36 JIMÉNEZ, José. 2021. «Función certificante del secretario de los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas» (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca. Págs. 128-130.

37 JIMÉNEZ, José Joaquín. «Régimen de los órganos colegiados de gobierno». 25, Castilla la Mancha. 27 de septiembre de 2021, Gabilex, págs. 171-199.

además el representante formal del órgano, requisitos necesarios para su validez.

c. Del secretario: contrapesos de sus funciones por parte de los miembros y del presidente

Nos centramos ahora en la aplicación de los principios de la Administración Pública en la actuación de las particulares funciones de los secretarios de los órganos colegiados, en las nuevas técnicas de convocatoria, remisiones de actas y documentos y celebración de sesiones y mecanismos para la obtención de la voluntad de sus miembros.

Es importante destacar, en primer lugar, la modalidad verbal del procedimiento administrativo colegiado y, en consecuencia, oral ya que es la forma del acto colegiado, una excepción a la regla general escrita de los actos administrativos³⁸. Esta naturaleza verbal es inevitable debido a que sus acciones son deliberativas. Aunque hoy en día existen métodos para deliberar por escrito, se trataría de deliberaciones asincrónicas que contravendrían el principio de celeridad. Es precisamente este procedimiento verbal que originó la necesidad de la figura del secretario. Cada órgano colegiado, con independencia de la cantidad de sus miembros, cuenta con un secretario. De acuerdo con la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, y con independencia de otras funciones otorgadas por determinadas leyes, según la naturaleza del órgano de que se trate, corresponde a los secretarios, funciones que ahora pueden ejercerse de otro modo.

Una de ellas es la de «notificar la convocatoria de las sesiones, custodiar y transmitir la documentación del órgano, levantar acta de sus acuerdos y emitir certificaciones de los mismos»³⁹. La notificación de la convocatoria a los miembros de un órgano colegiado tiene hoy cabida, sin discusión, por la vía electrónica. Es una vía de la que muy difícilmente pueda quedar dudas de su ejecución y, sobre todo, de su eficacia. Ante una adecuada ejecución de revisión de convocatoria, cualquier error en su remitente podría ser inmediatamente advertido, porque el propio sistema comunicaría al secretario que se ha equivocado de destinatario. En esta misma media, el propio sistema de mensajería electrónica suele tener avances de notificación sobre si el miembro del órgano colegiado lo ha recibido, e inclusive si lo ha abierto o leído, a partir de lo que podría considerarse debidamente notificado. De igual modo, por esta vía pueden cumplirse esas funciones de notificar o compartir informes, documentos, e inclusive el acta de la sesión para su verificación antes de su firma. Naturalmente, se trata de funciones que, aunque varíe su modalidad, siempre están a cargo del secretario.

En nuestro ordenamiento, la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo dispone: «Los miembros de los órganos colegiados tienen derecho a recibir con 48 horas de antelación la información relativa a los asuntos a debatir, a participar en las deliberaciones dejando constancia de su opinión y expresar su voto disidente de forma motivada para no incurrir en las responsabilidades derivadas de los acuerdos ilegales»⁴⁰. Se trata de derechos que

38 JIMÉNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. págs. 171-199.

39 Artículo 55 párrafo II Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

40 Párrafo IV, artículo 55 de la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

se convierten en obligación de cumplimiento del secretario. Es a partir de esta amplitud de funciones otorgadas que, combinadas con las anteriores, queda reconocido que el secretario posee una función de *coordinación operativa* de todo lo que acontece en el seno del órgano colegiado. Sobre todo, que lo que emana de este: informaciones, documentos, archivos, convocatorias, publicaciones, mensajes, comunicaciones, certificaciones y actas están dotadas de fiabilidad y legalidad.

El secretario es responsable de instrumentar las actas, redactarlas. Narrar lo que ocurre en cada momento. Debe recordarse que el desarrollo de las reuniones es esencialmente oral, los informes, las opiniones, los debates, las decisiones, las objeciones y las abstinencias se desarrollan con la intervención sucesiva o simultánea, según sea el caso, de todos los miembros presentes en las reuniones. Antiguamente se escribían y conservaban manuscritas. Con la invención y desarrollo de la imprenta se podían tomar notas y después mecanografiarlas y posteriormente con las computadoras, puede inclusive imprimirlas en el acto. Sin embargo, la costumbre es tomar notas, y ayudado por la grabación de la sesión, el secretario las completa para luego circular entre los miembros, quienes la validan en la próxima sesión. Por esto el párrafo VI del artículo 55 de la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo dispone: «El acta será leída y sometida a la aprobación de los miembros del órgano colegiado al final de la misma sesión o al inicio de la siguiente...».

De modo que en el procedimiento que rige los órganos colegiados de la Administración

Pública, se advierte un *sistema de validación* recíproca entre sus miembros, en los mecanismos siguientes:

1) Al disponer la redacción del acta al secretario —bajo los presupuestos de indicación de la convocatoria, de los temas de agenda, del quórum establecido, de las deliberaciones, las motivaciones de los miembros y la indicación del voto de cada uno de ellos— y la aprobación del contenido del acta a cargo de sus miembros, en la próxima sesión celebrada; 2) al disponer al presidente el visto bueno de la certificación que emite el secretario.

El secretario también es el responsable de organizar, archivar y preservar las actas emanadas de un órgano colegiado. A este le corresponde su preservación. Si bien hoy día es una labor facilitada por la modernidad, a partir de lo cual quedan copias de ellas en varios archivos⁴¹ y cuenta con respaldo digital, no significa que estén libres de todo peligro de destrucción, como por ejemplo de catástrofes naturales que lleven a que los documentos se destruyan, situaciones de riesgo que deben ser previstas y mitigadas.

En cuanto a la expedición de certificados —modernamente denominada función certificante— a partir de la cual el secretario da fe y hace constar la ocurrencia de una actuación de su institución y de sus miembros; o la existencia de un acto o resolución, es importante que no se trate de manifestación privada de opiniones o juicios particulares. Vale decir que la función certificante del secretario entraña el deber de la imparcialidad y neutralidad respecto de las incidencias de las sesiones de los órganos colegiados y de los acuerdos adoptados. Es por este motivo

41 Inclusive, la Ley 481-2008 de Archivo General de la Nación impone a todas las oficinas centrales del Estado, en caso de no tener archivos históricos, deberán remitir, vencidos los plazos especificados más abajo, sus documentaciones al AGN.

que ante los casos, en los cuales el secretario tiene derecho a voto, emite certificaciones en el sentido que adopta el órgano, con independencia de que su voto haya sido distinto o no.

Las certificaciones pueden ser de diversas clases. Por un lado, puede tratarse de aspectos relativos a las sesiones o reuniones de los órganos colegiados. Por ejemplo, fecha en que fue conocido determinado punto de agenda o adoptada una resolución, o de los miembros presentes en determinada reunión. Otras certificaciones se refieren al contenido de determinada decisión, a la adopción de acuerdos o resoluciones. Eloísa CARBONELL las denomina certificaciones de actas y certificaciones de acuerdos, respectivamente⁴².

Podría decirse que al secretario se ha sumado una nueva función. La de crear un expediente administrativo⁴³. Si bien un secretario bien organizado contaba —sin necesidad de que lo indique una norma— con ficheros y archivos según cada tema, hoy día la ley se lo impone. De este modo, acerca de cada uno de los temas el secretario debe crear, archivar, documentar y custodiar, no solo las actas o certificaciones emitidas, sino también cada informe, documento, evaluación, diagnóstico,

propuesta o denuncia que respecto de cada tema sustente las actas y las certificaciones mismas. En igual medida, este expediente administrativo servirá de base para que tanto el secretario como el órgano colegiado y sus miembros presenten sus medios de defensa ante la impugnación de sus actos, ya sea en sede administrativa o en sede contenciosa.

En esta misma medida, el establecimiento de los principios rectores de la Administración pública —el principio de celeridad⁴⁴, por ejemplo— a partir de lo cual la Administración ejerce su actividad; la crisis derivada de la pandemia producida por el virus COVID-19 y las recurrentes manifestaciones colectivas de transparencia en la Administración, han propiciado la aplicación rigurosa de técnicas administrativas hasta entonces inusualmente utilizadas. A pesar de que en la Ley Núm.1-2012 Orgánica de Estrategia Nacional de Desarrollo se establece el objetivo específico de «Impulsar el desarrollo del Gobierno Electrónico sobre la base de redes tecnológicas interoperables entre sí, propiciando la interacción y cooperación con la población y el sector productivo nacional»⁴⁵ y, además, la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento

42 CARBONELL, Eloísa. Los órganos colegiados. Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 233-234.

43 El artículo 21 de la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, dispone: «El expediente administrativo es el conjunto de documentos en cualquier tipo de soporte, incluyendo los electrónicos, iniciados y ordenados cronológicamente por la Administración sobre un asunto determinado. Párrafo I. Los responsables de la tramitación de los procedimientos tienen la obligación de dejar constancia documental de todas sus actuaciones, ordenando y archivando los expedientes para posibilitar el acceso a la información y el control posterior de la Administración Pública. La no documentación de las actuaciones administrativas dará lugar en todo caso a la exigencia de responsabilidad disciplinaria. Párrafo II. La alteración, sustracción o pérdida de los expedientes administrativos dará lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias y, en su caso, penal o civil de las autoridades o funcionarios competentes. Párrafo III. Los interesados tendrán, durante toda la sustanciación del procedimiento, el derecho de acceder al expediente para revisar y copiar documentos y consignar cualquier tipo de escritos contentivos de alegatos y pruebas».

44 El artículo 3.19 de la Ley núm. 107-2013 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, que dispone como mecanismo para lograrlo el incentivo de diligencias por medios electrónicos, al establecer: «Principio de celeridad: En cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos».

45 Art. 1.1.1.14 de la Ley 1-2012 Orgánica de Estrategia Nacional de Desarrollo.

Administrativo plantea la utilización de medios electrónicos, fue gracias a las sucesivas declaratorias de estado de emergencia y consecuente confinamiento que la Administración implementó precipitadamente toda una serie de actuaciones administrativas por medios electrónicos.

Por ejemplo, mediante aviso de fecha 23 de marzo 2020 la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), dispuso la tramitación de todas las solicitudes de exención de Impuestos a la Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS) y al Impuesto Selectivo al Consumo (ISC). De igual modo, la diversificación de los procedimientos de compras y contrataciones ha dado lugar a fases válidamente realizadas por vía electrónica⁴⁶. Durante este periodo, eran celebradas reuniones de coordinación, pero sin evidencias encontradas por el momento de que hayan sido avaladas como sesiones formales de órganos colegiados. El reto ante estos casos, son los denominados *deepfakes*⁴⁷, videos producidos por inteligencia artificial que emiten imágenes falsas y pueden imitar a personas y engañar tanto a las personas como a los propios algoritmos. Debido a este tipo de tecnologías, el avance que supondrían las actuaciones administrativas a través de la tecnología requiere de comedimiento, en la medida que deben existir controles eficaces para evitarlos, a partir de lo cual, Europa se encamina a crear un documento que establezca premisas a sus Estados miembros para establecer leyes en este sentido⁴⁸.

Como este tipo de ejemplos, las actividades de los órganos colegiados también han experimentado cambios con apoyo de los principios con los cuales están dotados. Se han dinamizado con renovadas funciones y deberes de los presidentes, los secretarios y los miembros, quienes, al fin y al cabo — trátase o no de funcionarios públicos — pueden incurrir en responsabilidad con el dictado de actos administrativos o por inactividad u omisiones de funciones administrativas.

El mandato de transparencia en las actuaciones administrativas, extendidas por consiguiente a los órganos colegiados, es consustancial inclusive con la adopción de medios electrónicos que dispone la ley. En esta medida, la convocatoria realizada por el secretario a los miembros, y la notificación de la agenda y temas a conocer por vía electrónica, además de cumplir con el principio de celeridad, contribuye a la vez con el cumplimiento del principio de transparencia, en la medida que es indudable la fecha y medio de su notificación y recepción, toda que las aplicaciones que puedan ser utilizadas para remitirla a los destinatarios, siempre indicará, fecha y hora, como también identificación del remitente y su destinatario, y cuándo este lo recibe de forma efectiva. Inclusive, queda evidenciado si ocurre errores en el envío de mensajes.

IV. Conclusión

Las funciones respectivas otorgadas a los miembros, al secretario y al presidente de los órganos colegiados constituyen

46 Por ejemplo, el modelo o documento estándar recomendado por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas «**SNCC.P.003 - Pliego Estándar de Condiciones Específicas para Bienes y Servicios Conexos**» establece fases que se realizan por vía electrónica, tales como la solicitud del pliego de condiciones o fases de consultas o preguntas a veedores. Véase: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/documentos_estandar/SNCC_P006_Pliego_Obras%20Mfeb15.docx.

47 ESIC. 2023. «ESIC Business & Marketing School». Disponible en: <https://www.esic.edu/>. Consulta en línea: 17 de junio de 2023.

48 *El Parlamento Europeo aprueba el proyecto de ley para regular la inteligencia artificial*. (2019). Disponible en: <https://es.wired.com/articulos/parlamento-europeo-aprueba-el-proyecto-ley-para-regular-la-ia> Acceso: 25 de noviembre de 2025. En este informe periodístico, se destacan clases de riesgos en la utilización de esas herramientas, e «incluye requisitos, restricciones y responsabilidades aún más estrictos para las empresas que desarrollan, distribuyen o utilizan sistemas basados en IA».

situaciones jurídicas activas y pasivas entre ellos, a partir de lo cual el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con los recientes esquemas legislativos para su funcionamiento y regulación de las relaciones jurídicas entre sus miembros, permiten un sistema de control cruzado entre ellos, de modo tal que cada una de sus actuaciones queda evidenciada, lo que en definitiva contribuye con los fines propios de la Administración: transparencia y responsabilidad. Los órganos colegiados están revestidos de un sistema de pesos y contrapesos a las funciones y actuaciones del presidente y el secretario respecto de los miembros y entre el secretario y el presidente.

La modernidad no ha escapado del Derecho, su ejercicio, su práctica. Hemos recorrido someramente las técnicas aplicadas en la actualidad para funcionamiento de los órganos colegiados a la luz de los principios constitucionales y de la Administración Pública y sus textos legales. Actualmente un nuevo reto asecha ineludiblemente. Nueva tarea de integrar normas aplicables en nuestro ordenamiento jurídico a la Administración Pública de regular los servicios derivados de la inteligencia artificial para minimizar sus riesgos tanto respecto de la propia Administración como respecto de los ciudadanos, actividades que de igual modo conciernen a los órganos colegiados.

Referencias

Organismo Dominicano de Acreditación [En línea] 18 de mayo de 2023. <https://odac.gob.do>. Disponible en: <https://odac.gob.do/wp-content/uploads/2022/07/ODAC-DE-P-01-V08-Conformacion-y-Funcionamiento-Organos-Colegiados.pdf>

CERVERA, César. «Ni sucia, ni reprimida, ni brutal: ocho errores históricos comunes sobre la Edad Media». ABC. 24 de enero de 2022.

Documentos para el estudio de la historia colonial de Santo Domingo. agn. [En línea] 4 de junio de 2023. agn.gob.do

RODRÍGUEZ, Libardo. «El equilibrio económico en los contratos administrativos». 2011, Revista de la facultad de Derecho, págs. 55-87.

ESIC. 2023. «ESIC Business & Marketing School». Disponible en: <https://www.esic.edu/>. Consulta en línea: 17 de junio de 2023.

GARCÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho administrativo I. Navarra: Aranzandi, 2006. pág. 29. Vol. I.

Humanidades.com. 2023. «Rey Arturo: quién fue, personajes, obras y características». Disponible en: <https://humanidades.com/rey-arturo/>

JIMÉNEZ, José. 2021. «Función certificante del secretario de los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas» (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca.

HERNÁNDEZ, Francisco. «La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés: mitos y realidades». 2004, Dialnet, págs. 465-494.

HERRERA, C. «La Real Audiencia de Santo Domingo» 1961. Santo Domingo: CLIO, 1961. págs. 3-12.

FERNÁNDEZ, Severiano. «La transparencia de los órganos administrativos colegiados» 13, julio-diciembre de 2021, Revista Española de la Transparencia, págs. 17-44.

CARBONELL, Eloísa. «Los órganos colegiados». Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 233-234.

GARCÍA, Eduardo. «*Lucha contra las inmunidades del poder en Derecho administrativo*» 1962, *Revistas de Administración Pública*, págs. 159-205.

PÉREZ, María Dolores. «*Teorías de la mediación y derechos fundamentales*», 2020. pág. 28.

Primeros cristianos. [En línea] 2020 de octubre de 2020. <http://www.primeroscristianos.com>

JIMÉNEZ, José. «*Régimen de los órganos colegiados de gobierno*». 25, *Castilla la Mancha*. s.n., 27 de septiembre de 2021, *Gabilex*, págs. 171-199.

Régimen polisinodial. [En línea] 27 de febrero de 2023. <https://gestindelamemoria-felix.blogspot.com>

VALERO, Julián. «Los órganos colegiados. La colegialidad en la organización pública del actual sistema constitucional». s.l. INAP, 2002, págs. 331-383.

VEGA, Wenceslao. «*Historia del Derecho Dominicano*». Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2011. Pág.35.

La interpretación de los derechos fundamentales: una aproximación a sus límites

Emilio Tejada Herrera^{1,2}

Recibido: 29 de julio de 2023 – Aceptado: 27 de noviembre de 2023

Resumen

La idea de que la interpretación de los derechos fundamentales en sede judicial está sujeta a límites no da plena cuenta de que esta práctica es un procedimiento complejo que, en última instancia, implica la imposición autoritativa de significado a una determinada disposición como resultado de una decisión. La cual, en principio, sólo le compete al poder constituyente original o derivado y que, en determinados casos, se encuentra expresamente delegada por este último al legislador democrático. La presente investigación tiene como objetivo plantear cómo la actual relación entre tribunales de justicia y derechos fundamentales va haciendo progresivamente más difusa la línea que separa estrictamente al derecho de la política.

Palabras clave: interpretación constitucional, derechos fundamentales, contenido esencial, límites, democracia.

Abstract

The idea that the interpretation of fundamental rights in court is subject to limits does not fully consider that this practice is a complex procedure that, ultimately, involves the authoritative imposition of meaning to a certain provision as a result of a decision. Which, in principle, only corresponds to the original or derived Constituent Power and which, in certain cases, is expressly delegated by the latter to the Democratic Legislator. The objective of this research is to propose how the current relationship between courts of justice and fundamental rights is progressively blurring the line that strictly separates Law from Politics.

Keywords: constitutional interpretation, fundamental rights, essential content, limits, democracy.

¹ Letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional de la República Dominicana; Licenciado en Derecho (*Summa Cum Laude*) por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en 2021; Máster Universitario en Derecho Constitucional especializado en Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España (CEPC) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) en 2023; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) en 2023. Correo electrónico: emilio.tejada.17@gmail.com

² Deseo, de manera breve, expresar mi gratitud y respetos al Dr. Donald E. Bello Hutt de la Universidad de Valladolid (UVA) por sus orientaciones y siempre oportunas palabras de aliento las cuales insuflaron en este precoz autor la curiosidad y pasión por la Filosofía del Derecho y la Teoría Política. Con alegría siempre me consideraré uno de sus estudiantes, mi estimado maestro.

CÓMO CITAR: Tejada, Emilio (2023). La interpretación de los derechos fundamentales: una aproximación a sus límites, Universidad Externado de Colombia – Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Iuris Forum, N.º 5, enero-junio 2023, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 26-71 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

I. Introducción

En la actualidad, resulta un axioma el hecho de que el Estado Constitucional encuentra tanto su *ratio* como su *telos* en la efectiva realización del contenido dogmático de su Constitución. Tal es la razón por la que los catálogos de derechos fundamentales consagrados en las constituciones modernas, —las cuales progresivamente tienden a reconocer el estatus fundamental a una cantidad cada vez mayor de derechos—, constituyen el fundamento normativo de la arquitectura estatal y jurídica. Siendo, pues, este cambio de paradigma, denominado por la doctrina como el «constitucionalismo de los derechos», el eje sobre el que pivotará la presente investigación, en donde se intentará analizar al papel que ocupan los tribunales de justicia en estos modelos de Estado en los cuales la relación entre jurisdicción y derechos fundamentales, así como la interpretación de estas disposiciones realizada en última instancia por los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas, hace patente el notable poder político que subyace a la actividad judicial.

Tomando como base estas premisas, trataremos, —conscientes de lo ambicioso que puede llegar a ser nuestro objetivo—, dar una breve respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué son y cómo están compuestos los derechos fundamentales? ¿Qué es la interpretación en el Derecho y cuáles son las implicaciones de esta actividad para las disposiciones iusfundamentales? ¿Acaso la interpretación judicial está sujeta a límites? En caso negativo, ¿Qué significaría esta ausencia de límites para el contenido de los derechos fundamentales y la actividad judicial?

Una vez adelantadas las preguntas que serán abordadas en el cuerpo del presente

artículo, resulta necesario señalar que nuestro argumento central consiste en que como no existe un compromiso institucional a partir del cual podamos definir o describir qué es la interpretación jurídica, entonces, lo que la doctrina y los jueces dicen que hacen cuando interpretan disposiciones constitucionales, —y, a fortiori, las iusfundamentales—, realmente no da cuenta de lo que hacen ni con lo que les compete realizar desde su respectiva posición institucional. La verdad es que lo que estos órganos jurisdiccionales realizan cuando interpretan derechos fundamentales es determinar su contenido y alcance mediante una decisión que, por atribuciones constitucionales, en principio, sólo le compete al poder constituyente y que, en determinados casos, se encuentra expresamente delegada por este último al legislador.

La construcción de las premisas, así como la justificación de esta conclusión será llevada a cabo en las siguientes páginas de la siguiente manera : en un primer apartado se abordará el concepto de los derechos fundamentales a través de una revisión de la doctrina especializada en la materia que va desde Pérez Luño, pasando por Ferrajoli hasta llegar finalmente a Alexy con el fin de indagar entre las distintas concepciones que se han acuñado respecto al concepto. Para así, entonces, pasar a analizar la estructura de estos derechos recurriendo al auxilio de la teoría de las normas con miras a precisar a qué modelo se adecuan.

En una segunda sección se analizará sobre qué se entiende por interpretación, con un enfoque, claro está, en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Para acometer dicha empresa se llevará a cabo un recorrido doctrinal en el que se revisará lo que los autores previamente

abordados han planteado respecto a la interpretación constitucional, así como los principios y argumentos utilizados en la práctica jurisdiccional. Finalmente, se especulará sobre qué es lo que hay detrás de la interpretación.

En la tercera, y última parte, se abordarán los límites proclamados por la doctrina respecto a la interpretación de los derechos fundamentales. Entre estos se señalan la garantía del contenido esencial y el texto como límite absoluto. Debido a que en este punto la teoría de la interpretación y la teoría de la mutación constitucional inevitablemente se entrelazan se abordará, pues, de manera breve, la mutación constitucional de los derechos fundamentales como una posibilidad sobre la cual se cuestionará su admisibilidad. Como parte final se hará un estudio de casos en el que se analizarán dos sentencias provenientes cada una de tribunales constitucionales distintos (España y República Dominicana respectivamente) para poner a prueba el marco teórico desarrollado en esta investigación.

1. El concepto de los derechos fundamentales

El concepto conocido como «derecho fundamental» forma parte de la dogmática del Derecho Constitucional. Por lo tanto, su existencia se trata de un fenómeno relativamente reciente en nuestra historia. Siendo exactos, «[l]os derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después»³.

En la actualidad se sostiene, –con una mayor o menor adhesión por la doctrina–, que los derechos fundamentales «forman parte tanto de nuestra esfera moral como de nuestro orden jurídico, son elemento esencial de una “sociedad justa”, y núcleo de un sistema “democrático”»⁴. En ese sentido, funcionan como la piedra angular sobre la que se sostiene todo Estado Constitucional. Es por tal razón que cierta parte de la doctrina ha optado por caracterizar nuestra época como «el tiempo de los derechos»⁵, un período en donde «[e]l Estado no es ya “de Derecho”, sino “de Derechos”, con lo cual el viejo ideal del imperio de la ley –la forma, el procedimiento, la centralidad de las reglas, la certeza jurídica– se ve menoscabado frente al ideal de los derechos y del valor moral contenido en la dimensión sustantiva de la Constitución»⁶. Es justo en la relación que se produce entre Constitución, derechos y jurisdicción en donde este proceso de constitucionalización ha tenido repercusiones relevantes las cuales exigen ser analizadas en los siguientes capítulos.

Resulta, pues, de máximo interés que en el estadio actual de la doctrina no existe, respecto a este concepto, una noción común indiscutible. Esto, aducen algunos, se debe a su naturaleza como concepto esencialmente controvertido el cual se caracteriza porque «no solo encarna y nombra claramente un estándar o valor normativo, cuyo contenido detallado determina la correcta aplicación del concepto, sino que también es discutible por diferentes usuarios»⁷. Como práctica general, estos conceptos se encuentran

3 Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 23, Madrid, CEPC, 1989, pp. 35-62, en p. 41.

4 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 72.

5 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 97 y ss.

6 Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, CEPC, 2019, p. 25.

7 Besson, Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 72; el concepto fue originalmente

formulados mediante un lenguaje abstracto y axiológicamente indeterminado, de esta peculiaridad es que se ha adoptado la expresión «open textured» o de textura abierta para referirse a los mismos. Tales elementos conllevan a que «el sistema de derechos se present[e] con el halo propio de una nebulosa»⁸, por lo que, con el fin de tratar de dispersar esta penumbra a continuación se examinará lo que la doctrina ha planteado al respecto.

1.1. Los conceptos de derecho fundamental

Las tentativas de conceptualizar el término derecho fundamental no han sido pocas. Podría argüirse que existen tantas definiciones como autores dispuestos a plantear su criterio respecto al tema. Por lo tanto, el concepto se enfrenta a una dificultad: «parece adolecer de una vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa»⁹.

Hay autores como Pérez Luño, para quien «la noción de los derechos fundamentales [...] tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada»¹⁰. Este tipo de descripción, paradójicamente, no presenta utilidad para precisar su contenido o determinar cuándo estamos realmente ante un derecho fundamental.

Otros, en cambio, resaltan la naturaleza contra mayoritaria de los derechos fundamentales. Dworkin, por ejemplo, sostiene que «[l]os derechos [fundamentales] se entienden mejor como triunfos sobre alguna justificación de fondo para las decisiones políticas que establece un objetivo para la comunidad en su conjunto»¹¹, por tanto, «debe[n] ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese “algo” se haga»¹². Compartiendo una perspectiva semejante señala Rawls que «los derechos [fundamentales] [...] no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales»¹³.

Ferrajoli, siguiendo esta línea, propone una definición que sigue un criterio teórico, puramente formal o estructural en la cual señala que «[s]on “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar: entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva [...] o negativa [...] adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas»¹⁴.

formulado por Gallie para quien hay «conceptos cuyo uso adecuado implica inevitablemente interminables disputas sobre sus usos adecuados por parte de sus usuarios», véase: Gallie, Walter, «Essentially contested concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, número 56, Oxford, 1956, pp. 167-198, en p. 168. [Trad. del Autor].

8 Balaguer, Francisco et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2021 p. 35.

9 Prieto, Luis, «Derechos Fundamentales», en GARZÓN, E. y LAPORTA, F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 501-510, en p. 501.

10 Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 42.

11 Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167, en p. 153. [Trad. del Autor].

12 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 289.

13 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 39. [Trad. del Autor].

14 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 37.

Para Ferrajoli estos derechos se configuran como vínculos sustanciales que resultan normativamente impuestos. Son fundamentales en tanto se erigen como garantía de intereses y necesidades vitales de todos. Por tanto, se encargan de tutelar «esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado»¹⁵. Es en su indisponibilidad que podemos encontrar la fundamentalidad de estos derechos, carácter que viene a significar que los mismos «están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado»¹⁶. Por tal razón, «circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible»¹⁷, noción que «designa [...] no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea, lo que debe ser decidido»¹⁸. En definitiva, para este autor los derechos fundamentales se erigen como leyes del más débil¹⁹, constituyendo, en ese sentido, un límite a la voluntad de las contingentes mayorías.

Sosteniendo una perspectiva totalmente diferente al planteado por los autores previos, Böckenförde, recurre a los diversos conceptos de la teoría del Estado para dar una explicación de los derechos fundamentales acorde con cada teoría de la Constitución. Entre estas se pueden señalar: la liberal, la institucional, la axiológica, la democrático-funcional y la del Estado social.

Según la teoría liberal, «los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado»²⁰. En cambio, en la teoría institucional «[l]os derechos fundamentales [...] [tienen] el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos»²¹.

La teoría axiológica plantea que los derechos fundamentales «son elementos y medio de la creación del Estado. Fija[n] valores fundamentales de la comunidad, norman un sistema de valores o de bienes, un sistema cultural, a través del cual los individuos alcanzan un *status material*, se integran (deben integrarse) objetivamente como un pueblo y en un pueblo de idiosincrasia nacional»²².

Para la teoría democrático-funcional estos derechos «alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo a arriba) del Estado [...], y de un proceso democrático de formación de la voluntad política»²³. Finalmente, para Böckenförde, en el Estado social «los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones

15 Ibidem, p. 51.

16 Ibidem, p. 47.

17 Ibidem, p. 51.

18 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 103.

19 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 39.

20 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 48.

21 Ibidem, p. 53.

22 Ibidem, p. 58.

23 Ibidem, p. 60.

de prestación social ante el Estado»²⁴. Con estas formulaciones, Böckenförde buscaba demostrar que los derechos fundamentales pueden ser definidos en función de las propiedades de cada modelo de Estado y de Constitución.

Siguiendo un planteamiento similar, Hesse señala la necesaria existencia de una relación entre la percepción de los derechos fundamentales y el concepto de Estado. Para él «los derechos fundamentales no sólo limitan el poder de dominio estatal: en su condición de derechos subjetivos y principios objetivos constituyen y conforman una parte esencial de la estatalidad»²⁵. Por tal razón, estos derechos vienen a cumplir una función determinada dentro de la vida estatal: «son fundamentos institucionales en la legitimación del Estado y del proceso político abierto y libre»²⁶.

Finalmente, Alexy pretende configurar una definición de los derechos fundamentales en sentido lato, con el fin de acometer un análisis estructural de estos. En apretada síntesis, «los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones jurídicas adscritas a una disposición de derecho fundamental»²⁷. Esta definición se orienta a facilitar la comprensión de cómo están estructurados los derechos fundamentales, pero no necesariamente nos indica qué es el objeto definido en sí.

Llegados a este punto, podemos señalar que existen tantas definiciones de derechos

fundamentales como posturas respecto a estos. Esta lista de definiciones²⁸ sirve como un breve muestrario de los distintos avatares que pueden ser adoptados por este concepto, el cual, paradójicamente, constituye el núcleo que se ocupa tanto de regular como de legitimar la existencia de los Estados constitucionales. Dicho esto, el esfuerzo colectivo de todos estos autores constituye el sustento sobre el que se sostiene la actual teoría de los derechos fundamentales. Ya planteado un panorama general de lo que se puede entender por este concepto se procederá a analizar la estructura de los derechos fundamentales.

1.2. La estructura de los derechos fundamentales

Para una parte importante de la doctrina los derechos fundamentales son, en esencia, normas. En su sentido clásico «[c]on la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera»²⁹. Término que no se encuentra exento de polémica debido a que «[e]l concepto de norma es uno de los conceptos básicos de la teoría del derecho, si es que no es el concepto básico por excelencia de esta ciencia [...]. Toda definición de este concepto incluye decisiones sobre el objeto y el método, es decir, sobre el carácter de esta disciplina»³⁰.

En la actualidad al hablar de normas se requiere matizar ciertos aspectos: «[e]n el lenguaje

24 Ibidem, p. 64.

25 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 174.

26 Ibidem, p. 175.

27 Bernal, Carlos, «Estudio introductorio», en ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. XLIII-XCVII, en p. XLVII.

28 La cuál no es exhaustiva, ni pretende serlo.

29 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1982, p. 18; Id., *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 27.

30 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. 42-43.

de los juristas (y también, por otra parte, en el lenguaje de las fuentes del derecho), el vocablo “norma” es ampliamente usado en referencia tanto a los enunciados que se encuentran en las fuentes del derecho, como a su significado»³¹. Por tal razón, en ciertos casos «se llama normas a los enunciados prescriptivos; otras veces, se llama normas a los significados los —contenidos de sentido— de tales enunciados»³². Resulta, pues, necesario por cuestiones de claridad realizar la siguiente distinción entre disposición y norma.

Con disposición se hará referencia «a todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho»³³, si se permite más precisión: «a una secuencia finita de palabras que expresan una o varias normas jurídicas y que [...] suele adoptar la forma de un mandato»³⁴. En cambio, se llamará norma «no al enunciado en sí, sino a su contenido de significado»³⁵. En esencia se refiere «a la proposición de “deber ser” que resulta de uno o varios enunciados normativos [...] el contenido de “deber ser” habrá que buscarlo en la norma en sí y no en los enunciados normativos con los que se expresa»³⁶, por lo que, en síntesis, «[l]a norma es, pues, el significado de un enunciado normativo»³⁷.

La norma es el resultado del proceso interpretativo de un enunciado normativo. Es el significado adscrito a una determinada

disposición. Esto no excluye la posibilidad de que una sola disposición pueda ser objeto de distintas y variadas normas, «de hecho, no se da una correspondencia biunívoca. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente»³⁸. Sin embargo, esta distinción entre «el enunciado (la disposición) de su significado (la norma) no [...] quiere decir que las disposiciones y las normas sean entidades distintas y heterogéneas [...] Los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan»³⁹. Por lo tanto, «la norma no es algo ontológicamente distinto de la disposición: es simplemente la disposición interpretada o, desde otro punto de vista, un enunciado (interpretante) respecto del cual el intérprete asume la sinonimia con el enunciado interpretado (la disposición)»⁴⁰. Siendo precisada la estructura que comparten las normas, procede diferenciar los tipos de normas que existen para determinar a cuál modelo responden los derechos fundamentales.

1.3. La tipología de las normas

Las normas como categoría jurídica pueden ser clasificadas en dos grupos: ya sea como reglas o principios. Debido a esto su comprensión exige contrastar las características de cada tipo con la otra. Es de destacar que «la literatura sobre el modo

31 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 77.

32 Ídem.

33 Ídem.

34 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 45.

35 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 77.

36 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 45.

37 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 44.

38 Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 32.

39 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 79.

40 Ídem.

de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente»⁴¹.

Uno de los primeros en construir y desarrollar esta clasificación fue Dworkin, quien al realizar una crítica al positivismo construiría el modelo considerado como clásico en la doctrina. Este autor parte de hacer una distinción entre directrices políticas (*policies*) y principios en sentido estricto (*principles*). Con las primeras se refiere «al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad»⁴²; respecto a las segundas indica que son «un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»⁴³.

Las reglas y los principios en sentido estricto los distingue de la siguiente manera: «[l]as [reglas] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una [regla] están dados, entonces o bien la [regla] es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión»⁴⁴. En cambio, los principios funcionan de manera distinta: «[n]

i siquiera los que más se asemejan a [reglas] establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas [...]. Los principios tienen una dimensión que falta en las [reglas]: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien deba resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno [...]. Las [reglas] no tienen esa dimensión»⁴⁵.

Otra propuesta para ambos modelos es la de Alexy, para quien «las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»⁴⁶, en ese sentido, son «mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción»⁴⁷. En cambio, «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado»⁴⁸. Su método de aplicación es la ponderación. Para este autor la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa y no de grado. Esta distinción se ve claramente reflejada cuando se presentan los conflictos de reglas y las colisiones de principios.

Finalmente, para la concepción de la escuela genovesa encabezada por Guastini, «una regla

41 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 109.

42 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 72.

43 Ídem.

44 Ibidem, p. 75.

45 Ibidem, pp. 75 y ss.

46 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 78.

47 Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista española de derecho constitucional*, número 91, Madrid, CEPC, 2011, pp. 11-29, en p. 12.

48 Ibidem, pp. 77-78.

es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos»⁴⁹. En cambio, el concepto de principio «es algo más complicado y, por otra parte, bastante controvertido [...] se podría definir un principio como una norma que presenta conjuntamente las dos características siguientes: (1) que tiene carácter “fundamental” [...] y (2) que tiene contenido indeterminado en una y otra de las formas siguientes [...], es decir: [...] que tiene un antecedente abierto o bien [...] que es derrotable, o bien [...] que es genérica»⁵⁰. En definitiva, se concluye que «la única peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, es su posición en el ordenamiento: su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas»⁵¹.

Es necesario establecer que, a pesar de las diferenciaciones existentes en las teorías de los derechos fundamentales, las cuales están, en cierto grado, sujetas a las señas de identidad que derivan de las decisiones de cada constituyente, en la actualidad la mayoría, —aunque ciertamente no todos—, de los sistemas de derechos fundamentales responden a un modelo mixto. En estos sistemas «las normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio [...], pues se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección»⁵². En cambio, «lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja

una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados»⁵³. Esta es, en definitiva, la postura doctrinal que se suscribirá respecto a estos derechos.

Como conclusión, en este primer capítulo se ha constatado que no existe una concepción unánime por parte de la doctrina de lo que se debe entender por un derecho fundamental. Esto se debe a la falta de consenso que presenta la conceptualización de la cuestión, la formulación abstracta y axiológicamente indeterminada que caracterizan sus disposiciones y lo esencialmente controvertida que resulta su definición. Llegados a este punto, en el próximo capítulo se examinará a fondo la cuestión de la interpretación. Se verificará si los autores previamente mencionados han considerado la idea de los derechos fundamentales como objeto o materia de la interpretación constitucional, y cómo las nociones que defienden pueden repercutir en esta importante práctica dentro de los Estados Constitucionales.

2. La interpretación de los derechos fundamentales

Como se suscribió en la sección anterior: los derechos fundamentales son normas de principio. Por ende, los mismos necesitan, para su efectiva realización constitucional, de su interpretación y regulación por parte de los poderes públicos. Esto nos lleva al

49 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 184.

50 *Ibidem*, pp. 184 y 190.

51 *Ídem*.

52 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 49.

53 *Ídem*.

tema central a tratar en el presente capítulo: la actividad interpretativa. Para los fines de la siguiente investigación el foco de atención recaerá sobre la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales, —con énfasis en aquellos de carácter constitucional—, debido al papel central que ocupan en el quehacer interpretativo.

Para abordar la pregunta, en primer lugar, se delimitará a qué nos referimos con interpretar y cuál es el tipo de interpretación de interés para la cuestión; en un segundo apartado se comprobará si los autores que previamente habían conceptualizado los derechos fundamentales tomaron en cuenta el concepto de interpretación y/o la práctica interpretativa y si vinculan la misma con estos derechos; en el tercer apartado se planteará de manera sucinta los diversos principios de la interpretación constitucional; en el cuarto apartado se abordarán los tipos de argumentos constitucionales y, en un quinto y último apartado, se teorizará sobre lo que subyace detrás de la interpretación constitucional. Como aclaración que puede resultar prudente: no se abordará el tema de la técnica argumentativa de la ponderación al no versar estrictamente sobre interpretación y tratarse de un método para «resolver conflictos entre principios constitucionales»⁵⁴.

2.1. Interpretación: ¿qué es?

¿Qué significa interpretar? La doctrina⁵⁵ muestra que definir esta actividad es una

cuestión compleja. En principio, se manejan las siguientes tres concepciones o sentidos básicos sobre la interpretación: 1) la interpretación *sensu largissimo*, la cual consiste en atribuir «significado a “objetos culturales”, es decir, a los enunciados [...] entendidos como producto de una determinada cultura»⁵⁶; 2) la interpretación *sensu largo* que «significa comprensión de cualquier signo lingüístico. En otras palabras, para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje»⁵⁷; y, 3) la interpretación *sensu stricto*, la cual se refiere a la «determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación»⁵⁸, esto «equivale a atribución de significado a formulaciones lingüísticas oscuras»⁵⁹. En sentido general «interpretar significa algo así como entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural [...] en [...] otro, la interpretación hace referencia a la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso»⁶⁰.

Es preciso señalar que el sentido del término puede variar en función del objeto a interpretar. En la especie de la interpretación legal hay autores que entienden que dependiendo de la postura adoptada frente al derecho se pueden llegar a identificar dos tendencias opuestas. La primera, conocida como la teoría formalista, «presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la

54 Gascón, Marina, «Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, número 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 204-215, en p. 205.

55 La lista de autores tratados en el presente capítulo no pretende, de ninguna manera, ser exhaustiva.

56 Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 26.

57 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 22.

58 Ídem.

59 Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 26 y 27.

60 Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 281.

regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado»⁶¹, en cambio, la teoría escéptica «presenta la interpretación como la atribución de un significado (determinada por varios factores) a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador»⁶².

Esta antinomia ideológica sólo es sostenible en el plano teórico ya que como bien se ha señalado: «[l]a verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra»⁶³. En definitiva, se puede precisar que «el vocablo “interpretación” denota grosso modo: algunas veces la actividad de constatar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; otras veces el resultado o producto de tal actividad, es decir, el significado mismo»⁶⁴. Por tanto, «la interpretación sería la actividad que transforma las disposiciones en normas»⁶⁵, en donde la disposición sería el «significante» y la norma el «significado».

Ahora, ¿de qué manera la interpretación jurídica se encuentra relacionada con los derechos fundamentales? En la doctrina existe un consenso mayoritario basado en la convicción de que «[s]in interpretación no hay derecho. Mejor dicho, no hay derecho que no exija ser interpretado. La interpretación es la sombra que acompaña el cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede

librarse de su sombra, el derecho tampoco puede librarse de la interpretación»⁶⁶. Esta es la razón por la que la realización constitucional de todas las disposiciones sobre derechos fundamentales exige como condición sine qua non su interpretación constitucional, la cual, «no hay que olvidar [...] lleva consigo una pesada carga política e ideológica»⁶⁷. En última instancia, «[l]a esencia del derecho se encuentra en este nexo en el que su valor práctico se pone de manifiesto»⁶⁸.

Respecto a esto, hay ciertos autores que advierten que

[u]na revisión de la literatura muestra dos cosas. Primero, los estudiosos del derecho generalmente definen la interpretación como la imposición de significado a un objeto. La definición es, a su vez, ambigua entre dos extremos: en un polo la interpretación es similar a la noción de comprender o explicar. Por el otro, está cerca de la creación o invención. Si alguien está interpretando y/o creando o explicando está determinado por una estructura de restricciones, tales como el sentido literal del texto, la intención del autor, el género al que pertenece el objeto, su propósito, entre otros. En segundo lugar, ninguna descripción de lo que es la interpretación conlleva un compromiso institucional de ningún tipo.⁶⁹

61 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 18.

62 Ídem.

63 Hart, Herbert, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño», en MORESO, J. y CASANOVAS, P. (coords.) *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350, en p. 348.

64 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 25.

65 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 140.

66 Pérez, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 127-128.

67 Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 35.

68 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 138.

69 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 238. [Trad. del Autor].

Lo señalado por Bello respecto a la cuestión interpretativa es de prestar atención. Si como previamente hemos indicado al hablar de interpretación nos referimos a tan variado conjunto de actividades cuya determinación depende del actor y la ideología o teoría que este sostenga y, más aún, si ninguna descripción posible de esta actividad pueda sentar las bases de lo que en verdad consiste la interpretación, entonces, ¿qué es lo que hacen los jueces cuando dicen que interpretan? Yéndonos un poco más lejos, entonces, ¿cuáles consecuencias puede esto acarrear para los derechos fundamentales?

En un primer momento la doctrina pensó que las respuestas a estas preguntas podrían ser encontradas en los métodos de la interpretación constitucional, dígase: el jurídico o hermenéutico-clásico, científico-espiritual, concretizador o normativo-estructurante y el método tópico⁷⁰. Estos autores sostenían que «la interpretación [consistía] en la aplicación de una serie de métodos aplicados por los jueces a casos en que el derecho no provee de una respuesta clara a una disputa concreta»⁷¹. Sin embargo, la verdad es que «los propios medios de interpretación de las constituciones son controvertidos»⁷², ninguno de estos métodos se encuentra consolidado como el constitucionalmente correcto ni por la doctrina ni por las jurisdicciones constitucionales. Por lo tanto, son utilizados discrecionalmente por estas últimas. Al respecto se ha llegado

a afirmar que «[l]a búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la [...] búsqueda, dependiendo de lo que se quiere encontrar»⁷³. Por tal razón, en general, son «sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado»⁷⁴.

Desde la doctrina se han dirigido diversas críticas contra los métodos interpretativos. Algunos entienden que estos métodos «producen como resultado en definitiva [...] la degradación de la normatividad de la Constitución»⁷⁵ toda vez que en vez de reducir la indeterminación de las normas y principios constitucionales estos la agudizaban. En ese mismo sentido, se ha denunciado el problema de su inexistente ordenación jerárquica, así como su indeterminación al momento de ser aplicados. A pesar de estas objeciones, es necesario hacer la siguiente salvedad: «[e]sta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas»⁷⁶.

Por tales razones, esta cuestión se reduce en última instancia a que «[l]a decisión de escoger uno u otro método es una cuestión de teoría política»⁷⁷. En definitiva, «la elección del método interpretativo no precede a la interpretación; el problema de

70 Para profundizar sobre los métodos es de utilidad el inventario contenido en: Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

71 Bello, Donald, «-Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106, en p. 85. [Trad. del Autor].

72 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, en p. 51.

73 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 134.

74 Ídem.

75 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 35.

76 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018, p. 25.

77 Posner, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 234. [Trad. del Autor].

la interpretación no es, en suma, el problema de elección del método interpretativo. Esta elección es un medio para un fin»⁷⁸. Con base a estas razones nos abstendremos de seguir abordando la cuestión de los métodos para proceder en un próximo apartado a hacer un recorrido doctrinal sobre la interpretación constitucional.

2.2. La interpretación a la luz de la doctrina de los derechos fundamentales

En el presente apartado se revisará de manera sucinta cómo ha sido desarrollado doctrinalmente el tema de los derechos fundamentales y su interpretación por autores como: Pérez Luño, Dworkin, Ferrajoli, Böckenförde, Hesse y Alexy. La selección de estos autores responde al peso de sus aportaciones dentro de la doctrina, en específico, en materia de derechos fundamentales e interpretación por parte de los órganos que ejercen la Justicia Constitucional. Estas posturas vienen a presentar, bajo la mejor luz posible, qué es la denominada interpretación de los derechos fundamentales.

Se dará inicio con Pérez Luño, quien consideraba que actualmente el positivismo resulta inadecuado para la interpretación de los derechos fundamentales debido a que «[l]a actividad hermenéutica y el método para la reconstrucción del sistema jurídico se hallan estrechamente vinculados a la propia naturaleza de las fuentes del derecho sobre las que operan»⁷⁹. Lo que exige, —siguiendo al autor—, dejar atrás esa actitud mecánica

basada en silogismos por parte de los intérpretes para pasar estos a ocupar una posición más activa en el proceso.

La importancia de esta actividad es resaltada cuando el objeto de la interpretación son los derechos fundamentales, los cuales «representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica»⁸⁰. Por tal razón, procede a afirmar que «[e]sta peculiaridad de los derechos fundamentales incide en su interpretación y exige que su significado sea entendido unitariamente, es decir, como un sistema entre cuyos elementos no pueden existir antítesis o contradicciones de orientación y sentido»⁸¹.

Esta exigencia de unidad con las otras normas constitucionales y la especial fuerza expansiva de estos derechos que les otorga la capacidad de proyectarse sobre la interpretación de todas las demás normas del sistema jurídico «determina que el sistema de derechos y libertades fundamentales opere como canon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad»⁸². Por lo tanto, la interpretación de estos derechos viene a repercutir en el sistema *in toto*.

Tomando un enfoque distinto, Dworkin defiende que la función de los jueces al momento de realizar cualquier tipo de interpretación es la de garantizar los derechos preestablecidos. Esta cuestión es abordada en sus obras desde la óptica de los Tribunales

78 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 210.

79 Pérez Luño, Antonio, «La interpretación de los derechos fundamentales», en MEDINA, M., MESA, R. y MARIÑO, F. (coords.) *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra. V. II*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales: Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 955-993, en p. 957.

80 *Ibidem*, p. 985.

81 *Ídem*.

82 *Ibidem*, pp. 985-986.

Superiores y de la Corte Suprema de Estados Unidos. Su análisis parte de los denominados casos difíciles (hard cases), estos son casos en los que la decisión no se encuentra previamente establecida por una regla. Ante esta circunstancia, él aduce, —sosteniendo una postura cognitivista⁸³ —, que incluso estos casos tienen una respuesta correcta, ya que «es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, [...] esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles»⁸⁴.

Para lograr esto propone que el conjunto de normas a las que hicimos alusión, —reglas, principios y directrices políticas—, constituyen el material jurídico al que deben recurrir los jueces para la construcción de criterios y teorías que puedan justificar, de manera racional, la decisión a tomar para resolver estos casos. Para este autor resulta un hecho incuestionable que «las decisiones judiciales [...] aun en casos difíciles [...] son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas»⁸⁵. Estas normas que se caracterizan por su incerteza no responden a un orden jerárquico previamente establecido, por lo que corresponde a los tribunales, mediante

el razonamiento judicial, determinar cuáles son los principios que deben prevalecer en un determinado caso considerado como difícil.

Estos principios utilizados como argumentos en los casos difíciles «justifican una decisión demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo»⁸⁶. Por lo que, en ese sentido, toda teoría que se tome en serio los derechos debe reconocer que un auténtico derecho debe siempre prevalecer frente a cualquier directriz política u objetivo social colectivo. La tesis sostenida por Dworkin de los derechos entendidos como «cartas de triunfo»⁸⁷ frente al Estado y la contingente mayoría resulta la base sobre la que reposa su modelo de la «única respuesta correcta». Es por tal razón que este autor afirma que «las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad»⁸⁸.

Para explicar el proceder de los jueces ante los casos difíciles, Dworkin recurre a la metáfora de la «novela en cadena». Según este autor: «[c]ada juez debe considerarse, al decidir el nuevo caso ante él, como un socio en una cadena compleja de la cual estas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia; es su trabajo continuar esa historia en el futuro a través de lo que hace en el día»⁸⁹. Por tanto,

83 Dworkin, Ronald, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», en *Philosophy and Public Affairs*, número 22, Princeton, John Wiley & Sons, 1996, pp. 87-139, en pp. 87 y ss.

84 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 146.

85 Ibidem, p. 150.

86 Ibidem, p. 148.

87 Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167, en p. 153. [Trad. del Autor].

88 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 225. [Trad. del Autor].

89 Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550, en p. 543. [Trad. del Autor].

para garantizar los principios de integridad y coherencia en la realización de este cometido los jueces deben siempre aspirar a realizar la mejor interpretación posible la cual «debe mostrar el valor de ese cuerpo de leyes en términos políticos al demostrar el mejor principio o política al que puede servir»⁹⁰. En consecuencia, «su objetivo es hacer que el objeto o práctica que se interpreta sea lo mejor posible»⁹¹ en función de sus fines y la correcta concepción del derecho y la justicia.

La mejor interpretación posible se encontrará influenciada por la teoría interpretativa o filosofía política que particularmente maneje cada juez lo que significará que en ciertos casos se podrá llegar a resultados interpretativos distintos. Debido a esto resulta innegable que «la interpretación en el derecho es esencialmente política»⁹². Según Dworkin, siempre que los jueces elaboran estos principios y derechos se estará realizando lo que él denominó la lectura moral de la Constitución. A través de esta «todos nosotros –jueces, abogados, ciudadanos– interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas en el entendido de que invocan principios morales sobre la decencia política y justicia. La lectura moral, por lo tanto, lleva la moralidad política al corazón del derecho constitucional»⁹³.

Dicha práctica deja en evidencia el poder político que tienen a su alcance los jueces.

Ante este hecho, Dworkin aduce que «[l]a cuestión capital ahora no es qué poder tiene la Corte, sino cómo debe ejercerse su vasto poder»⁹⁴. Para mitigar estas potestades este modelo presenta como sus dos frenos: 1) «[l]a práctica del precedente, que ningún juez que haga una interpretación puede ignorar»⁹⁵, y 2) la subordinación del juez al derecho. De ahí se desprende la obligación de los tribunales de tener que decidir los casos mediante los principios y adjudicando los derechos que subyacen en la novela en cadena que estos vienen a comprender y colaborar en su construcción. Para Dworkin, esta concepción de «los derechos en contra del Estado son afirmaciones que, si se les acepta, exigen que la sociedad se avenga a instituciones que quizá no se adecúen tan cómodamente a ella»⁹⁶. Por ello, le corresponde a la jurisdicción, —según la concepción constitucional de la democracia defendida por el autor—, la función de garantizar los derechos de los individuos aun cuando esto signifique poner en juego el interés general o ir directamente en contra de la mayoría en favor de las minorías⁹⁷, lo que exige tener siempre presente que «corremos el riesgo de que en algún momento de su carrera los jueces tomen decisiones erróneas»⁹⁸.

Siguiendo una postura semejante, Ferrajoli defiende que la indeterminación e imprecisión de las formulaciones lingüísticas de las normas

90 Ibidem, p. 544.

91 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 77. [Trad. del Autor].

92 Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550, en p. 544. [Trad. del Autor].

93 Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 2. [Trad. del Autor].

94 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 357. [Trad. del Autor].

95 Ibidem, p. 88.

96 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 229.

97 Dworkin, Ronald, «Political judges and the rule of law», en DWORKIN, R. *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 9-32, en p. 28.

98 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 231.

constitucionales y el carácter valorativo de los juicios de constitucionalidad implican que el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, como la de cualquier otra, se encuentre ligada a la discrecionalidad como rasgo inevitable de la aplicación jurisdiccional de las leyes. Sin embargo, «esta indeterminación no anula el carácter tendencialmente cognoscitivo de la interpretación judicial como aplicación sustancial de las normas constitucionales y, por consiguiente, el fundamento específicamente legal de su legitimación y de su independencia»⁹⁹.

Este autor no considera al carácter valorativo de los juicios de constitucionalidad como algo necesariamente negativo. Respecto a esto aduce que estas valoraciones de constitucionalidad «reducen la discrecionalidad de los poderes [públicos], delimitando lo que podríamos denominar la “legítima esfera de lo decidible” en su competencia»¹⁰⁰, en aras de garantizar los derechos y principios constitucionalmente consagrados. Sobre este punto precisa que la jurisdicción constitucional «actúa en defensa de lo que [...] llam[a] la “esfera de lo indecidible” anulando o dejando de aplicar leyes sustancialmente inválidas por constitucionalmente ilegítimas»¹⁰¹.

En cuanto se trata de los conflictos de derechos fundamentales, Ferrajoli no niega la posibilidad de su ocurrencia toda vez que las constituciones reconocen derechos que en la práctica tienden a colisionar. Esto se debe a que «no siempre existe “una nítida frontera” entre los derechos y los límites que

les vienen impuestos por otros derechos»¹⁰². Este autor entiende que para resolver estos conflictos entre derechos fundamentales es necesario recurrir a la ponderación la cual se encuentra caracterizada por un margen de discrecionalidad mayor que el existente en cualquier juicio ordinario de subsunción. Sin embargo, el cumplimiento de este deber de amparar esta “esfera de lo indecidible” no significa que en «la vigilancia de esa esfera la jurisdicción no realice una actividad que se mueve a su vez dentro de una “esfera de lo decidible”, inevitablemente discrecional y caracterizada muy a menudo por la presencia de juicios de valor»¹⁰³.

Esto no significa que la discrecionalidad esté exenta de límites, según este autor, los principios constitucionales aumentan la certeza del derecho toda vez que sirven como parámetros para delimitar las posibles opciones interpretativas, quedando los jueces obligados a elegir «sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas»¹⁰⁴. Por tanto, esta discrecionalidad judicial «es la que se da en el marco de la sujeción a la ley y que queda por tanto limitada a la interpretación de las normas que han de ser aplicadas [...]. De aquí su legitimación legal, y no político-representativa»¹⁰⁵.

Por tal razón, la sujeción a la ley por parte de las jurisdicciones equivale y exige una necesaria separación e independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría.

99 Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 65.

100 Ibidem, p. 66.

101 Ídem.

102 Ibidem, p. 91.

103 Ibidem, p. 93.

104 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 211.

105 Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 95.

Esto es así porque «la actividad jurisdiccional en un Estado de derecho [...] es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva»¹⁰⁶. En definitiva, la validez de las decisiones en ningún caso puede depender del consenso de una mayoría. Con mayor motivo este argumento se aplica si entran en juego los derechos fundamentales los cuales por su naturaleza contra mayoritaria exigen que «también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente contra la mayoría»¹⁰⁷. Con base a este razonamiento, Ferrajoli termina afirmando que el fundamento de la legitimación democrática de la función jurisdiccional «es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales»¹⁰⁸. Böckenförde, en cambio, plantea que las disposiciones iusfundamentales consagradas en las “[c]onstituciones de Estados de derecho, son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material»¹⁰⁹. Sin embargo, estos preceptos constitucionales funcionan como derecho efectivo, por tanto, son objeto de aplicación directa. Para lograr este cometido precisan de «una interpretación no sólo explicativa, sino rellena, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización»¹¹⁰.

Esta interpretación no se encuentra necesariamente ligada a la literalidad y al contexto normativo de la disposición iusfundamental, en cambio, «se deriva [...]

de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales»¹¹¹. Estas teorías iusfundamentales recurren a teorías materiales para poder precisar su contenido, es decir, encuentran su fundamento, —como se había señalado en el capítulo previo—, en las distintas teorías del Estado y de la Constitución que existen y se encuentran disponibles para las jurisdicciones constitucionales.

Debido a esto el contenido material de las disposiciones sobre derechos fundamentales va a estar sujeto al proceder de las jurisdicciones constitucionales y su casuística. Esto se debe a que las diversas teorías disponibles buscan atribuir un determinado contexto normativo a estas formulaciones constitucionales partiendo de cierta postura político-social la cual termina, de una manera u otra, actualizando el contenido de dichas disposiciones iusfundamentales a la luz de una concreta idea de la Constitución y del Estado. En definitiva, la posibilidad de terminar en una mutación constitucional a través de la actividad interpretativa es uno de los peligros sobre los que busca advertir este autor. Admitir esta posibilidad equivaldría a reducir a la Constitución «a un edificio formal que brinda entrada, sucesiva y coordinadamente, por la puerta de su interpretación, a muy diferentes también heterogéneas, ideas de ordenamiento, sin ser portadora ella misma de tal cosa»¹¹².

106 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 213.

107 *Ibidem*, p. 214.

108 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 27.

109 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44.

110 *Ídem*.

111 *Ibidem*, p. 45.

112 *Ibidem*, p. 68.

De manera similar, Hesse parte de una comprensión de la Constitución en la cual las normas que esta contiene se caracterizan por no ser «completas ni perfectas»¹¹³. La naturaleza indeterminada de estas normas constitucionales exige que para el proceso de su realización sea necesaria la intervención de la interpretación. Actividad que debe ser entendida como «concretización» toda vez que tiende a integrar la «realidad» al contenido de la norma con el fin de alcanzar su realización.

«En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma»¹¹⁴. Por tanto, para lograr una correcta concretización de la norma, además de su sujeción al programa normativo del texto que la contiene, es necesario que se cumplan dos condiciones: 1) que la misma sea comprendida tomando en cuenta un determinado caso concreto, ya que «[n]o existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos a resolver»¹¹⁵, y 2) la necesaria comprensión de la teoría constitucional por parte del intérprete al entenderse la Constitución como el objeto de la interpretación.

Para evitar caer en la arbitrariedad y como forma de racionalizar, —dentro de lo posible—, y dar certeza a la concretización de las normas constitucionales el autor propone

las alternativas siguientes: a) primeramente, es necesario aprehender el significado del «programa normativo» integrado en la literalidad de la disposición constitucional mediante la utilización de los métodos de interpretación clásicos lo que permitirá una «comprensión “correcta” del texto»¹¹⁶; b) en caso de no ser suficiente la interpretación del texto, entonces, se tiene que recurrir a la utilización de la información extraíble del ámbito normativo del caso concreto. «Esta forma de actuar no sólo proporciona elementos adicionales de concretización y una fundamentación racional y controlable, sino que, además, garantiza [...] en buena parte la adecuada solución del problema»¹¹⁷; y, c) finalmente, el intérprete debe actuar observando los principios de la interpretación constitucional a los cuales «les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema»¹¹⁸.

Como corolario de todo esto, Hesse entendía que la interpretación tenía como finalidad la de «hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, y no acaso, el de la simple decisión por la decisión»¹¹⁹. Racionalidad que, en definitiva, debido a la utilización del método tópico nunca podría llegar a ser total.

113 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 44.

114 *Ibidem*, p. 63.

115 *Ibidem*, p. 64.

116 *Ibidem*, p. 66.

117 *Ídem*.

118 *Ibidem*, p. 67.

119 *Ibidem*, p. 58.

Finalmente, para Alexy la interpretación de los derechos fundamentales «puede concebirse como resultado de un discurso democrático general vinculado de modo más fiel a los ideales discursivos que al discurso democrático por sí solo»¹²⁰. Esta es la razón por la que, para este autor, la interpretación de las disposiciones de derecho fundamental se encuentra indisolublemente ligada a la argumentación, en específico con la argumentación iusfundamentalmente correcta. Así mismo afirma que el discurso iusfundamental, a diferencia de la argumentación jurídica en general, sólo se encuentra vinculado a las «disposiciones de derecho fundamental, que son muy abstractas, abiertas y cargadas ideológicamente»¹²¹. Esta argumentación iusfundamentalmente correcta sólo puede ser entendida a través de la distinción entre la base y el proceso de la argumentación.

La base de la argumentación iusfundamental se encuentra caracterizada, como en el caso de la argumentación jurídica general, por «la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes [y] su encuadro en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente»¹²². En cuanto a la sujeción a la ley, esto no es otra cosa que la «vinculación al texto de las disposiciones de derecho fundamental y a la voluntad del Constituyente»¹²³ por parte de la argumentación.

Esto se alcanza mediante las reglas y métodos de la interpretación semántica y la

interpretación genética las cuales tienen una fuerza vinculante relativa, es decir, limitada. Esto es así porque Alexy, basándose en su ideal normativo de la «pretensión de corrección», sostiene que «el valor de la seguridad jurídica tiene que ser sopesado con el de la justicia material»¹²⁴, por tanto, se puede imponer una solución contraria a la prevista por la disposición siempre que se aduzcan argumentos con un peso tal que justifique apartarse de la Constitución. Por tal razón, «el texto de las disposiciones de derecho fundamental vincula a la argumentación de derecho fundamental porque existe a su favor una carga de la argumentación»¹²⁵.

Los precedentes son el segundo elemento vinculado a la argumentación iusfundamental. El papel atribuido a las jurisdicciones constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución y la fuerza vinculante del carácter general de sus decisiones hacen de estas una cuestión de relevancia para el argumento iusfundamental. Para la utilización del precedente se han construido las siguientes reglas: «(1) Si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo. (2) Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga de la argumentación»¹²⁶. Debido al principio de universalidad se puede extraer de cada caso que ha sido decidido una regla de decisión la cual puede ser aducida en casos futuros, ya sean similares o que presenten cuestiones nuevas. Este diverso conjunto de reglas de decisión que va construyéndose con cada

120 Alexy, Robert, «La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales», en MENÉNDEZ, A. y ERIKSEN, E. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 29-48, en p. 40.

121 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 499.

122 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018, p. 36.

123 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 499.

124 Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 58.

125 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 501.

126 *Ibidem*, p. 503.

una de las decisiones de estas jurisdicciones constitucionales posee solamente una fuerza vinculante relativa. Esto resulta patente cuando se presentan excepciones mediante la distinción (*distinguishing*) o revocación (*overruling*) de precedentes. Por tales razones, «los precedentes contribuyen indispensablemente a la seguridad de la argumentación de derecho fundamental, sin embargo, la argumentación basada en precedentes no basta, por sí sola, para el control racional de la fundamentación de derecho fundamental»¹²⁷.

El tercer y último elemento vinculado a la base de la argumentación iusfundamental es la dogmática la cual es entendida como las teorías materiales de los derechos fundamentales. Estas teorías sirven como «una base de la argumentación de derecho fundamental apoyada no autoritativa sino argumentativamente»¹²⁸. Estas son, necesariamente, una teoría de los principios basada en una determinada concepción de la Constitución o el Estado la cual establece un conjunto de relaciones y prioridades entre los mismos que sirven para la estructuración de los argumentos iusfundamentales «de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible»¹²⁹. En definitiva, aunque resulte paradójico, todos estos elementos que caracterizan la base carecen de la fuerza necesaria para ejercer de manera racional un control sobre la argumentación de derecho fundamental.

Para suplir este déficit de racionalidad es necesario recurrir al proceso de argumentación

de derecho fundamental, es decir, al discurso iusfundamental el cual «es un procedimiento argumentativo en el que, de lo que se trata, es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada»¹³⁰. Esto significa la utilización de la argumentación general práctica la cual va a presentar dos consecuencias relevantes: 1) la inseguridad relativa a los resultados, y 2) la apertura calificada del sistema jurídico causada por los derechos fundamentales.

Para Alexy esta «inseguridad relativa a los resultados, que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa»¹³¹. Por lo que esta necesidad hace que no tenga «nada de irrazonable que un Tribunal Constitucional no sólo argumente, sino que también decida»¹³². Decisión que, según el autor, se encuentra racionalmente estructurada en virtud de la base y el proceso de la argumentación de derecho fundamental.

Finalmente, terminado el recorrido se señala el hecho de que estos diversos autores, con tan distintos enfoques en sus construcciones doctrinales, terminan coincidiendo en una cuestión esencial: la interpretación constitucional y, en específico, la interpretación de los derechos fundamentales, a pesar de su «racionalización», es una actividad o proceso que carece a *prima facie* de todo tipo de compromiso institucional. La mayoría, — algunos autores más que otros—, señala el papel decisivo que juega la teoría e ideología constitucional que maneje el juez durante el proceso interpretativo la cual puede llegar

127 Ibidem, p. 506.

128 Ibidem, p. 507.

129 Ibidem, p. 518.

130 Ídem.

131 Ibidem, p. 519.

132 Ídem.

a determinar autoritativamente el resultado normativo. Procederemos, pues, en un próximo apartado a revisar los principios de la interpretación constitucional construidos por la doctrina.

2.3. Los principios de la interpretación constitucional

Los principios de la interpretación constitucional son considerados como líneas de razonamiento llamados a orientar, guiar y estructurar la interpretación. La doctrina constitucional ha desarrollado todo un catálogo¹³³ de los mismos los cuales tienen como finalidad arrojar luz a cómo debe ser acometido el acto interpretativo realizado por los operadores jurídicos.

Sin embargo, estos principios, como construcción doctrinal, ciertamente responden a criterios lógicos-sistemáticos, pero esto no significa que los mismos tengan su fundamento en una norma prescriptiva que se impone sobre el intérprete. Los mismos se encuentran disponibles dentro del acervo de herramientas interpretativas al alcance de las jurisdicciones constitucionales, pero su utilización queda supeditada a la discrecionalidad de estos agentes. De ahí la siguiente paradoja: si ni estos principios constituyen formas para racionalizar el quehacer de los jueces al momento de interpretar las disposiciones constitucionales, entonces, es necesario verificar cómo es que estas jurisdicciones llevan a cabo la susodicha actividad interpretativa.

2.4. Los argumentos constitucionales

Como bien señaló Wróblewski: «[e]n la cultura jurídica contemporánea, tanto en los sistemas de *statutory* como en los de *common law*, se cuenta con que la decisión legal sea una decisión justificable»¹³⁴. Tal es la razón por la que en todo Estado de Derecho la toma de cualquier decisión judicial impone sobre los jueces como requisito para la validez de estas el deber de motivar adecuadamente sus sentencias, con esto «lo que quiere decirse es que deben justificarlas»¹³⁵.

Imperativo que resulta categórico si se toman en consideración los determinantes efectos de las decisiones emanadas de las jurisdicciones constitucionales:

Dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse [...] que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación¹³⁶.

En esta práctica es que se encuentra la legitimidad constitucional del poder contra mayoritario de estas jurisdicciones. Por tanto, el juez constitucional a través de su sentencia debe «buscar la aceptabilidad de sus argumentos y decisiones en tanto que decisiones racionales que serán sometidas a crítica y control social»¹³⁷. En consecuencia, «[e]special relevancia tiene la justificación de

133 Remitimos a la lista desarrollada en la obra de Hesse, véase: Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 68-68.

134 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 57.

135 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 115.

136 García-Pelayo, Manuel, «El "estatus" del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, CEPC, 1981, pp. 11-34, en p. 33.

137 Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 262.

la decisión interpretativa formulada en las decisiones de los tribunales cuando aplican el derecho y, especialmente, cuando los estilos de toma de decisión judicial permiten un amplio conjunto de argumentos»¹³⁸. Ahora, ¿cuáles son estos argumentos a los que pueden recurrir las jurisdicciones constitucionales para justificar sus decisiones y en qué se diferencian de cualquier otro tipo de argumentación?

Dentro de la doctrina jurídica se destaca la tipología de argumentos constitucionales defendida por Bobbitt. Para este autor estos argumentos «se encuentran en opiniones judiciales, en audiencias, en informes, y no en otro tipo ajeno a un razonamiento de tipo judicial»¹³⁹. En ese sentido, «los argumentos constitucionales son convenciones adoptadas como parte de una gramática jurídica compartida orientada a proveer a los jueces con razones convincentes que motiven sus decisiones»¹⁴⁰. En ese tenor, lo «importante es que [el tribunal] escucha argumentos, lee argumentos y, en última instancia, debe escribir argumentos, todo dentro de ciertas convenciones»¹⁴¹. Como arquetipos desarrolla los siguientes seis tipos de argumentos constitucionales, a saber, histórico, textual, estructural, prudencial, doctrinal y ético.

Para este autor el argumento histórico es aquel «que presenta la intención de los redactores de la Constitución y las personas que adoptaron la Constitución. Tales argumentos comienzan

con afirmaciones sobre las controversias, las actitudes y decisiones del período durante el cual se propuso y ratificó la disposición constitucional particular a interpretar»¹⁴². Este tipo no debe confundirse con el argumento textual el cual «se extrae de una consideración del sentido actual de las palabras de la disposición»¹⁴³.

Los argumentos estructurales se caracterizan por ser «afirmaciones de que un principio particular o resultado práctico está implícito en las estructuras de gobierno y las relaciones creadas por la Constitución entre ciudadanos y gobiernos»¹⁴⁴. En cambio, el argumento prudencial «es consciente de sí mismo para la institución revisora y no necesita tratar los méritos de la controversia particular (que en sí misma puede o no ser constitucional), sino que promueve doctrinas particulares de acuerdo con la sabiduría práctica de usar los tribunales de una manera particular»¹⁴⁵.

Como penúltimo argumento se apunta el doctrinal el cual «afirma principios derivados del precedente o del comentario judicial o académico sobre el precedente»¹⁴⁶. Finalmente, el último es aquel denominado como argumento ético «cuya fuerza se basa en una caracterización de las instituciones [estatales] y el papel del pueblo [...] dentro de ellas. Es el carácter, o *ethos*, de la política [estatal] lo que se propone en el argumento ético como la fuente de la que se derivan las decisiones particulares»¹⁴⁷.

138 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 61.

139 Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, p. 6 [Trad. del Autor].

140 Bello, Donald, «Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106, en p. 86. [Trad. del Autor].

141 Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, pp. 6 y 7. [Trad. del Autor].

142 *Ibidem*, p. 7.

143 *Ídem*.

144 *Ídem*.

145 *Ídem*.

146 *Ídem*.

147 *Ibidem*, p. 94.

Una vez revisada la tipología de argumentos comúnmente utilizados por las jurisdicciones constitucionales podemos concluir lo siguiente: los argumentos constitucionales no poseen ninguna característica que pueda distinguirlos de otros tipos de argumentos como, por ejemplo, los de naturaleza moral o política. Si lo que se afirma es correcto, entonces, la interpretación constitucional estaría abierta a proposiciones no legales. En consecuencia, las justificaciones de las decisiones interpretativas quedarían supeditadas a criterios metajurídicos del juzgador. Aceptar esta premisa implica admitir que «la verdad de cualquier proposición jurídica [dependería] en suma “de la verdad de un juicio moral sobre el que pueda justificarlo mejor”, entonces cada aserto sobre el derecho sería valorativo, *interno*, y por entero dependiente de elecciones morales»¹⁴⁸. En definitiva, detrás de la argumentación jurídica, —contrario al discurso que pretende que esta sea entendida como una práctica jurídica de naturaleza autónoma y técnica—, lo que verdaderamente subyace es una determinada ideología ético-política la cual puede llegar a tomar las riendas de la actividad interpretativa.

2.5. Detrás de la interpretación

Como corolario del presente capítulo se pueden extraer dos ideas principales: 1) la interpretación constitucional realizada por los órganos jurisdiccionales es una práctica que carece de un proceder prescrito ya sea normativa o doctrinalmente. Por lo que, contrario a lo defendido por la doctrina, la interpretación «[n]o es una actividad reglada»¹⁴⁹. En consecuencia, no existe tal

cosa como un compromiso institucional sobre la interpretación constitucional, y, 2) los argumentos constitucionales que vienen a justificar las decisiones interpretativas tomadas por estos órganos no son diferentes a los utilizados en la argumentación política o moral. Por tal razón, la interpretación judicial entendida como actividad decisoria se encontraría abierta a proposiciones extralegales.

Podemos concluir, tomando como fundamento estas premisas, que la supuesta racionalidad de la argumentación jurídica sobre la que reposa la legitimidad de la interpretación constitucional se encuentra construida sobre las bases de un metafórico castillo de arena y sal. Mero espejismo retórico de una construcción doctrinal que resulta más confusa que esclarecedora de lo que realmente significa e implica la interpretación de los derechos fundamentales realizada por estos órganos jurisdiccionales. Por lo que, como comprobaría Raz, «[p]ocas obras de interpretación constitucional abordan exitosamente problemas en general; esto es, pocas ofrecen lecciones útiles en relación con la naturaleza de la interpretación constitucional como tal»¹⁵⁰.

Esta divergencia doctrinal revela el problema que subyace detrás de la actividad interpretativa y su realidad insoslayable: «[I]os argumentos para elegir una concreta directiva de interpretación son o la autoridad o bien la valoración que justifica una elección o un uso de estas directivas»¹⁵¹. Por lo que, en consecuencia, más allá de limitarse a una determinada adscripción de sentido

148 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 98.

149 Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 131.

150 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, p. 4.

151 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 66.

la interpretación resulta ser una práctica autoritativa de imposición de significado. Esto demuestra que «frecuentemente lo que los jueces dicen que hacen y lo que hacen es distinto. La práctica de algunos jueces no concuerda con sus afirmaciones generales sobre la naturaleza de la interpretación constitucional»¹⁵². Ante tal corolario, parece, —como advirtió Kelsen—, que hemos levantado el velo y para nuestra sorpresa nos hemos encontrado frente a la cabeza de la Gorgona del poder.

En definitiva, respecto a la interpretación, y, tomando en consideración todo lo señalado previamente, suscribimos la postura de Bello, para quien

la interpretación se entiende mejor como una práctica de imponer significado a un objeto, con restricciones flexibles que limitan las habilidades de los intérpretes para explicar un objeto o crear uno nuevo. Es a la vez un sustantivo y un gerundio, una entidad confusa y procedimental que culmina en el acto decisional de imponer un significado a un objeto»¹⁵³.

Si son tomadas en serio las consecuencias de este planteamiento esto significaría que el contenido y alcance de los derechos fundamentales estaría supeditado a la *auctoritas*¹⁵⁴ de aquellos órganos jurisdiccionales titulares de la *potestas* para llevar a cabo la interpretación de las disposiciones iusfundamentales. Consentir esto implicaría admitir «un modelo tendente a conceder a los jueces la facultad de decidir cuestiones aún no decididas por el pueblo,

un modelo que no ve discontinuidad entre la interpretación de la moral y de las normas jurídicas, [el cual] viola el principio esencial de la democracia»¹⁵⁵. Veamos, pues, si la doctrina jurídica ha previsto algún límite a este poder oculto que se revela aparentemente omnímodo.

3. ¿Límites en la interpretación de los derechos fundamentales? El caso español y el caso dominicano

Si como previamente se ha tenido a bien concluir, no existe tal cosa como una concepción unánime por parte de la doctrina de qué se debe entender por un derecho fundamental, así como tampoco ninguna descripción o definición de lo que es la interpretación conlleva a un compromiso institucional sobre dicha actividad, entonces, ¿acaso la interpretación de las disposiciones que contienen derechos fundamentales es una actividad que se encuentra exenta de límites?

Para responder esta pregunta, en el primer apartado del presente capítulo revisaremos los límites propuestos por la doctrina; en una segunda sección trataremos la relación que existe entre la mutación constitucional y la interpretación de los derechos fundamentales; en la tercera parte del capítulo se harán estudios de caso de los Tribunales Constitucionales de España y República Dominicana en dónde la interpretación es llevada a sus extremos con el fin de poner a prueba lo sostenido por la doctrina. En el último apartado se teorizará sobre la naturaleza de la interpretación iusfundamental.

152 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, p. 47.

153 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canadá, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 240. [Trad. del Autor].

154 García-Pelayo, Manuel, *Auctoritas*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1998, pp. 6 y ss.

155 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 101.

Por lo tanto, desde un inicio debemos señalar que, a pesar de existir una extensa bibliografía que versa sobre los derechos fundamentales y la interpretación constitucional, la verdad es que la doctrina resulta, para nuestra sorpresa, parca al tratar la cuestión de los límites que se presentan a la hora de interpretar, máxime en el caso de las disposiciones iusfundamentales. Sin embargo, la breve y escasa literatura académica pertinente señala entre los posibles límites los siguientes: 1) la garantía del contenido esencial, y 2) el texto como límite absoluto.

3.1.1. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

Para el estado de cosas de la actual teoría jurídica constitucional constituye una verdad de Perogrullo el hecho de que los derechos fundamentales son normas que preexisten a su configuración legal, es decir, «que la propia Constitución ha definido [como] una determinada situación jurídica en términos que la hacen identificable o discernible para el intérprete y que, además, la Constitución ha determinado también [...] la necesaria consideración de esa situación jurídica como “derecho” a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia»¹⁵⁶. Partiendo de esta idea la doctrina ha construido la conocida garantía del contenido esencial.

Esta garantía debe ser entendida como «un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales: el legislador puede restringir los derechos

fundamentales, siempre y cuando respete su contenido esencial»¹⁵⁷. Ahora, el significado de la expresión «contenido esencial» varía en función de la teoría que se maneje: ya sea la teoría absoluta o la teoría relativa.

Para la teoría absoluta, los derechos fundamentales tienen una composición heterogénea, es decir, están compuestos por dos partes reconocibles: «por un lado, un núcleo duro en el que el legislador nunca podría penetrar; y, por otro, un contenido de facultades –vinculante sólo para los restantes poderes públicos– pero que el legislador podría limitar o incluso suprimir al configurar el derecho»¹⁵⁸. En ese tenor, es necesario precisar que «sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal [...] puede considerarse constitutiva del contenido esencial»¹⁵⁹. En cambio, para la teoría relativa, «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación»¹⁶⁰. Al ser el resultado de una colisión de principios, el cual ha sido resuelto mediante la aplicación del llamado test de proporcionalidad, «no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho»¹⁶¹.

La doctrina ha criticado ambas concepciones. Respecto a la teoría absoluta, se señala que al dividir los derechos fundamentales en dos partes complejiza en exceso su contenido, dificultando la aprehensión de qué es el núcleo duro y cuál debe ser entonces el contenido

156 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24-25.

157 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 20.

158 Tajadura, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 101.

159 Parejo, Luciano «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 3, Madrid, CEPC, 1981, pp. 169-190, en p. 187.

160 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 269.

161 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 22.

accesorio del derecho en cuestión. A esto se agrega también el hecho de que todo aquello que no sea identificado como parte de ese núcleo intangible, entonces, se encuentra a total disponibilidad del legislador. En cuanto a la postura relativista, los peligros que se aducen son graves:

[s]i la determinación del núcleo intangible del derecho sólo puede hacerse por relación a los derechos o fines legítimos que el legislador pretende proteger al limitarlo, no cabe hablar en rigor de un contenido esencial, pues en último término, si el fin perseguido lo exige, el derecho entero podrá ser sacrificado.¹⁶²

El Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo, juega un papel importante en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esto se debe a que «el elemento central de la interpretación y tutela judicial de los derechos fundamentales es precisamente la delimitación de su contenido esencial, mostrando, en consecuencia, que la garantía [del contenido esencial] no se refiere de modo exclusivo a la actividad del legislador»¹⁶³.

Para la consecución de esta operación el Tribunal Constitucional Español en su STC 11/1981 ha establecido dos caminos que, aunque son desarrollados por separado son considerados complementarios. Para el primero, denominado por la doctrina como «criterio de la reconocibilidad del derecho», [c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias

para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desnaturalizándose [...]. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.¹⁶⁴

El segundo, al que se refieren como el «criterio de los intereses jurídicamente protegidos», posibilita

hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...] se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.¹⁶⁵

En definitiva, podemos puntualizar que la garantía del contenido esencial sólo presenta un límite a la interpretación de los derechos fundamentales realizada desde las sedes legislativas. Sin embargo, «el corolario de esta doctrina es un Tribunal Constitucional omnipotente que en su condición de intérprete supremo de la Constitución en último término será él quien defina ese contenido esencial del derecho. [Por lo tanto], los derechos fundamentales terminarán por ser lo que el TC diga que son»¹⁶⁶. Teniendo en cuenta la trascendencia de esta premisa

162 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Volumen III*, Madrid, CEPC, 2012, p. 1040.

163 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 105.

164 España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 11/1981, FJ 8°.

165 Ídem.

166 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 141.

es necesario advertir que «[s]i no hay una autocontención del Tribunal Constitucional, el resultado es que el Estado de Derecho se muta en un Estado judicial gobernado por un Tribunal Constitucional convertido en un *deus ex machina*»¹⁶⁷. Conclusión que puede ser problemática a la luz de las discusiones existentes alrededor de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional.

3.1.2. El texto como límite absoluto a la interpretación

Como se ha señalado precedentemente, la interpretación literal en su sentido más laxo parte siempre de la presunción de que la materia objeto de esta actividad son necesariamente textos. Dentro de este género, en específico en el subgénero de la interpretación legal, encontramos la especie de la interpretación constitucional que se enfoca en los diversos tipos de disposiciones contenidas en la Constitución entre las cuales resultan de interés las disposiciones iusfundamentales.

Estas llamadas disposiciones de derechos fundamentales se caracterizan por su «textura abierta» las cuales exigen para su realización constitucional de su respectiva concreción por parte del intérprete. Sin embargo, aunque parezca esto una cuestión paradójica, es dentro del contenido literal de estas disposiciones en el que cierta parte de la doctrina ha fijado un límite infranqueable para su interpretación.

Siguiendo a Müller, —quien sentó las bases para esta postura—, para la concreción

de estas disposiciones en normas constitucionales se «necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado»¹⁶⁸. Por tanto, la actividad interpretativa no puede ser entendida como exclusivamente cognoscitiva. Es, en ese sentido, que la sistematización de los elementos que integran una norma adquiere relevancia.

Para este autor las normas están compuestas por dos elementos: por el «programa normativo» que se encuentra expresado en el tenor literal de la disposición, y el «ámbito normativo» que debe ser entendido como «el segmento de realidad social en su estructura fundamental que para sí ha “escogido” el programa de la norma como su ámbito de regulación o ha creado parcialmente desde el principio»¹⁶⁹. Admitir esto último significaría dar patente de curso durante la concreción de la norma constitucional a diversos y variados elementos extrajurídicos. Consciente de la posibilidad de desembocar en una absurda práctica jurisprudencial, Müller señala que «[e]l texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo sólo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras clave [...] se conviertan en el factor decisivo de la aplicación jurídica»¹⁷⁰.

167 Ibidem, p. 63.

168 Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126, en p. 114.

169 Müller, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 243.

170 Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126, en p. 125.

Hesse en ese mismo sentido y basándose en esta construcción doctrinaria comenta sobre el susodicho límite e indica que

[s]i las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el “programa normativo” resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto»¹⁷¹.

Por tanto, y teniendo en cuenta las funciones asignadas a la Constitución, según este autor, su texto «se erige en límite absoluto»¹⁷² a la interpretación.

Lo interesante de esta postura sobre la cuestión es que parte de la teoría de las mutaciones constitucionales. Materia que ciertamente se encuentra dentro del ámbito de la interpretación constitucional. No obstante, si se toman en serio sus implicaciones, entonces, su constatación en la realidad conllevaría a que la disposición de la norma iusfundamental pudiera ser reducida a un límite no ya absoluto, sino relativo a su interpretación. Se procederá, pues, a comprobar qué ha establecido la doctrina al respecto de las mutaciones constitucionales y cómo esto repercutiría en el contenido de los derechos fundamentales.

3.2. Mutación constitucional y derechos fundamentales

De manera similar a como sucede con los límites de la interpretación constitucional la

teoría de las mutaciones constitucionales ha sido materia de escaso desarrollo entre los doctrinarios del derecho. Una primera aproximación al concepto de mutación constitucional tuvo lugar en la Alemania de principios del siglo pasado. Esta fue en sus inicios comprendida como «la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación»¹⁷³.

Desde los primeros pasos esta teoría de la mutación de las normas constitucionales fue vista por varios autores como un fenómeno inevitable o incluso necesario para la supervivencia de las constituciones. Por lo tanto, ulteriores desarrollos de la teoría buscarían diferenciar e identificar aquellos supuestos en los que las mutaciones serían legítimas o, en su defecto, resultarían irremediabilmente inconstitucionales.

Entre los pioneros se destaca la sistematización realizada por Hsü, para quien una mutación de la Constitución es permitida siempre que se realice en su sentido formal, es decir, una mutación de su texto. Estamos ante este supuesto «cuando las normas positivas de una Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente válido»¹⁷⁴. Para este autor, la legitimidad de dicha desviación jurídica se sustenta en las insuficiencias características de las disposiciones constitucionales las cuales necesitan de una interpretación constitucional elástica e integradora en aras

171 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 112.

172 Ibidem, p. 113.

173 Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018, p. 9.

174 Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Basauri, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 169.

de la autoconservación de la Constitución. Las mutaciones en sentido formal «[s]on, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por [la Constitución] de manera ideal»¹⁷⁵.

Sin embargo, este autor aduce que la situación pasa a ser problemática en el caso de la mutación constitucional en su sentido material, es decir, cuando se produce una transformación del sistema o de su significado. Esto tiene lugar cuando «en la realidad de la vista estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema –no importa si son determinadas por normas o solamente están en ellas implicadas significativamente– incorporadas a la Constitución»¹⁷⁶. Estas desviaciones jurídicas se reputan plenamente inconstitucionales toda vez que «se comprueba la contradicción entre la situación real del derecho constitucional y la intención manifestada por la Constitución»¹⁷⁷.

Esta idea abstracta del sistema del sentido de la Constitución desarrollada por Hsü da lugar a demasiadas ambigüedades e imprecisiones, las cuales sólo empeoran al tomarse en consideración que fueron pensadas en un momento donde en Alemania sólo se contaba con un Tribunal del Estado que no ejercía las mismas competencias atribuidas a un Tribunal Constitucional. Por tal razón, la doctrina ulterior se ha decantado por anteponer el texto como límite absoluto a toda mutación constitucional, cuya fijación, en última instancia, resulta ser una cuestión de interpretación. Es por ello por lo que, «donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada

mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional»¹⁷⁸. Por lo que, en definitiva, «[t]odo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución»¹⁷⁹.

Las consecuencias de estas afirmaciones alcanzan una dimensión trascendental en aquellos ordenamientos que poseen un órgano encargado de la garantía jurisdiccional de la Constitución. En estos sistemas la mutación constitucional puede producirse mediante una reforma formal de la Constitución y/o como resultado de una interpretación constitucional. Es de interés, pues, plantearse la cuestión sobre qué tan admisible resulta, en un determinado ordenamiento jurídico constitucional, la modificación del contenido de la Constitución mediante métodos que se encuentran al margen del procedimiento que esta prevé y regula explícitamente para su reforma, sin que su validez normativa y su vigencia positiva sean comprometidas.

Es por esto por lo que se necesita precisar, desde sus determinados conceptos dogmáticos constitucionales, qué es lo que realmente están haciendo los órganos jurisdiccionales. Es decir, si es que mediante su labor jurisprudencial están llevando a cabo lo que se denomina como *desarrollo jurídico del Derecho Constitucional*, o simplemente están propiciando la consumación de *cambios o mutaciones constitucionales*.

175 Ibidem, p. 176.

176 Ibidem, p. 169.

177 Ibidem, p. 177.

178 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 112.

179 Ibidem, p. 114.

Estamos ante el primer supuesto cuando lo que se pretende es el enriquecimiento y perfeccionamiento de las normas constitucionales mediante su interpretación y aplicación práctica, la cual tiene lugar en aquellos casos en los que el intérprete posee cierto margen respecto a cómo decidir. «Aquí el objetivo no es modificar la Constitución, aunque, advertida o inadvertidamente, ello puede producirse en una cierta medida»¹⁸⁰. Por lo tanto, en la medida que nos mantengamos en el ámbito de lo que se entiende por interpretación y aplicación del derecho, entonces, estas modificaciones «se mantienen vinculadas al contenido normativo de los preceptos constitucionales específicos y a las decisiones fundamentales de la Constitución en su conjunto –en suma al sistema constitucional–»¹⁸¹.

Máxime cuando de lo que se trata es de alcanzar «la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no solo de algo meramente propuesto»¹⁸². En ese tenor, aunque se encuentren casos en los que la indeterminación de las normas lleve a la interpretación a su límite, aún en estas circunstancias será posible diferenciarla de las mutaciones constitucionales. En definitiva, «[l]o decisivo es que el programa normativo de una norma constitucional no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación»¹⁸³.

Debemos diferenciar estos conceptos. No hacerlo significaría tener que admitir que «la competencia para la interpretación de la Constitución, que [...] reside en el Tribunal Constitucional como intérprete último y auténtico, se va transformando sin solución de continuidad en una competencia para modificar la Constitución. [...] Y esto no es jurídicamente aceptable»¹⁸⁴. Debido a esto, las razones dadas por las concepciones clásicas que sostenían que las mutaciones eran un hecho inevitable y necesario, son hoy por hoy inadecuadas. Por tal razón, la teoría de la interpretación constitucional integradora, previamente desarrollada por Hsü, conlleva ciertas implicaciones inadmisibles que conducen a que «el Derecho constitucional [...] se transform[e] en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?»¹⁸⁵.

Si aceptamos esta proposición, entonces, tendremos que estar de acuerdo con la conclusión de que el Tribunal Constitucional tiene la *potestas* no sólo de validar y/o ratificar jurisdiccionalmente las mutaciones constitucionales que se produzcan dentro de la vida estatal, también, a fortiori, la de reformar la Constitución al margen de los procedimientos constituidos por la misma. En tales circunstancias estos tribunales se convertirían en la sede de *revoluciones constitucionales* las cuales causarían un «desplazamiento paradigmático, como sea que se logre, en el prisma conceptual a través del cual se experimenta el

180 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 190-191.

181 *Ibidem*, p. 191.

182 *Ibidem*, p. 193.

183 *Ibidem*, pp. 194-195.

184 *Ibidem*, pp. 193-194.

185 *Ibidem*, p. 196.

constitucionalismo en una política dada»¹⁸⁶. Dicho desplazamiento equivaldría a un «cambio incremental que presagia la promesa de una gran transformación»¹⁸⁷, el cual «deja la práctica del gobierno constitucional en un lugar muy diferente de donde había estado previamente»¹⁸⁸.

No obstante, es cierto que «[c]abe otorgar [...] al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional»¹⁸⁹. Por tal razón, «[t]oda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional»¹⁹⁰.

Admitir esto sería caer en la confusión de considerar al Tribunal Constitucional como un poder constituyente cuando en realidad es un poder constituido. Cabe recordar que «el Tribunal Constitucional no es el señor de la Constitución, ese es el dominio del poder constituyente originario o derivado»¹⁹¹. Por tanto, a este órgano no le corresponde tomar las decisiones que por su naturaleza le incumben al poder constituyente. Su función no es sustituirlo, mucho menos la de ir en su contra. De hecho, por deferencia al mismo

no debe pronunciarse en aquellos intersticios constitucionales sobre los que ha guardado silencio y que claramente pertenecen al poder de reformar la Constitución. En definitiva, los Tribunales Constitucionales no están para pronunciarse sobre la dirección política del Estado. Al actuar de tal manera dejan de ser tribunales de justicia y usurpan las funciones que constitucionalmente les competen a los correspondientes órganos democráticos representativos.

3.3. Los derechos fundamentales llevados al límite: los casos de España y República Dominicana

Contrario a las conclusiones a las que previamente habíamos llegado, resulta que la realidad no podría ser más diferente. Lo cierto es que llegados a este punto «[t]eorizar más allá acerca de los límites de la interpretación jurisdiccional de la Constitución resulta problemático por cuanto aunque puede constatarse la existencia cierta de limitaciones, ninguna de ellas resulta especialmente intensa»¹⁹². Máxime cuando la realidad de la práctica jurisdiccional llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales refleja, – utilizando *mutatis mutandi* la fórmula de Von Kirchmann–, cómo con sólo «tres palabras rectificadoras del [Tribunal Constitucional] y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado»¹⁹³.

186 Jacobsohn, Gary y Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020, p. 19. [Trad. del Autor].

187 Ibidem, p. 36.

188 Ibidem, p. 48.

189 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 78.

190 Ibidem, p. 90.

191 García Roca, Francisco, «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número 43, Cataluña, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2011, pp. 87-120, en p. 103.

192 Rollnert, Göran, «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, Madrid, CEPC, 2014, pp. 125-155, en p. 146.

193 Kirchmann, Julius, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 30.

Por este tenor, procederemos a poner en prueba todo lo previamente desarrollado al analizar dos casos en los que el Tribunal Constitucional Español (de ahora en adelante TCE) y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (de ahora en adelante TCRD) se han pronunciado interpretativamente llevando al límite determinadas disposiciones de derecho fundamental. Con este ejercicio pretendemos comprobar si lo que se llevó a cabo ha sido un correcto «desarrollo jurídico del Derecho Constitucional» o una «mutación constitucional».

3.4.1. El derecho a la Vida según el TCE

Mediante la sentencia 53/1985, el TCE se pronunció sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de un proyecto de Ley Orgánica que vendría a regular la despenalización del aborto en determinados supuestos. El tribunal inicia su fundamentación jurídica dejando claro que está decidiendo sobre un «tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales»¹⁹⁴. Por tanto, advierte *ab initio* que para decidir la cuestión se abstendrá de recurrir a todo elemento que sea ajeno o externo al análisis jurídico.

En ese sentido, el TCE identificando que «[e]l problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus»¹⁹⁵, procede a interpretar el artículo 15 de la Constitución, el cual consagra el derecho fundamental a la vida con

el fin de delimitar su contenido. Según este tribunal, en el ordenamiento jurídico español el derecho fundamental a la vida «reconocido y garantizado en su doble significación física y moral [...], es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»¹⁹⁶, el cual se encuentra indisolublemente relacionado con la dignidad humana, derechos estos que ocupan ambos la posición de valores supremos del ordenamiento jurídico constitucional.

Siguiendo su argumentación, el intérprete supremo hace referencia a la doble dimensionalidad de los derechos fundamentales. Resalta que estos derechos desde su dimensión subjetiva «no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste»¹⁹⁷. En cuanto a la dimensión objetiva los derechos fundamentales «son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»¹⁹⁸. Por lo tanto, todos los poderes del Estado se encuentran sometidos a estos teniendo que respetar y velar por la efectividad de los derechos fundamentales «aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano»¹⁹⁹, quedando, pues,

194 España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 53/1985, FJ 1°.

195 Ibidem, FJ 3°.

196 Ibidem, FJ 3°.

197 Ibidem, FJ 4°.

198 Ídem.

199 Ídem.

especialmente vinculado el legislador para cumplir con sus funciones según lo ordenado por estos preceptos constitucionales.

Establecido lo precedente el TCE precisa que la vida «es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas»²⁰⁰ para proceder, paradójicamente, a «resolver constitucionalmente el caso»²⁰¹ partiendo de una noción de la vida de acuñación propia que no encuentra asidero en la disposición iusfundamental que la regula. El tribunal aduce que la justificación dada para llegar a tal concepción de la vida se infiere de los debates parlamentarios y de cómo la formulación del texto aprobado por los constituyentes tenía previsto tácitamente la defensa del nasciturus, argumento que a todas luces responde a los del tipo histórico. En definitiva, esto lleva al tribunal a «afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental»²⁰².

Para finalizar, luego de haber examinado el proyecto de Ley Orgánica, el TCE procedió a darle indicaciones al legislador de cómo debe ser configurado el precepto de rango legal que regule la despenalización del aborto y a ordenarle que pondere los bienes constitucionales en juego. Todo esto lo hizo aduciendo que «como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador,

pero sí lo es [...] indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente»²⁰³. Como corolario de estos argumentos el TCE declaró la inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica «no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia»²⁰⁴.

Esta decisión es muestra de un caso en el que el TCE en vez de limitarse a interpretar y concretar el contenido de la disposición iusfundamental lo que hizo fue actuar como un legislador alternativo con el fin de imponer una determinada posición política por encima de los órganos a los que la Constitución le atribuye la realización de esas competencias. Es claro que las críticas a la sentencia no tardaron. De hecho, las más certeras se encuentran en el mismo cuerpo de la decisión, en específico, en los votos particulares de los Magistrados Rubio Llorente y Tomás y Valiente.

Destacamos el voto particular del primero de estos por la lucidez y solidez de sus juicios. Según Rubio Llorente:

con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes,

200 Ibidem, FJ 5º.

201 Ídem.

202 Ibidem, FJ 7º.

203 Ibidem, FJ 12º.

204 Ibidem, Fallo.

inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales.²⁰⁵

Lo que resulta plenamente inadmisibile toda vez que recordando los principios fundamentales de todo Estado Constitucional de Derecho estamos de acuerdo en que este órgano jurisdiccional

...no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica.²⁰⁶

Llama la atención, pues, cómo igualmente advierte este magistrado, que los argumentos esgrimidos en la sentencia no son propios de los métodos conocidos en la interpretación jurídica. Más bien, lo que se hizo para justificar la decisión tomada fue recurrir al inventario²⁰⁷ de argumentos constitucionales disponibles. Esto se evidencia en dos puntos en específico: el primero tiene lugar mediante el argumento ético de caracterizar el derecho fundamental a la vida como un valor supremo

del ordenamiento, sin estar explícitamente fijado como tal en la Constitución. Este derecho pasa a ser desplazado al campo de lo metajurídico para ser utilizado como justificación axiológica de la postura política sostenida por la mayoría del tribunal la cual se pretende imponer al orden estatal; el segundo tiene lugar en el argumento histórico esgrimido por el TCE para justificar la noción de la vida que acuño para tomar la presente decisión. Este órgano tuvo que recurrir a los debates parlamentarios para «deducir» su concepción defendida de la vida debido a que la misma no encuentra ningún asidero en el tenor de la disposición iusfundamental.

En definitiva, como señalaría Rubio Llorente: [e]l intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente.²⁰⁸

Procede, pues, a advertir que «[l]os valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. [...] La proyección normativa de los valores constitucionalmente

205 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

206 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

207 El cual hemos abordado en el apartado 2.4. del capítulo anterior.

208 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

consagrados corresponde al legislador, no al Juez²⁰⁹. En definitiva, resulta claro que el TCE en esta sentencia incurre, –en contra de todas las funciones y competencias de lo que se considera estrictamente un tribunal de justicia–, en la llamada jurisprudencia de los valores. Práctica que, paulatinamente, desemboca en la «tiranía de los valores»²¹⁰ la cual tiene entre sus diversas consecuencias reducir la normatividad de las constituciones y aumentar la inseguridad jurídica al realizar ciertos valores a través de la destrucción de otros valores.

3.4.2. El derecho a la (des) Nacionalidad según el TCRD

Es necesario iniciar este apartado con la siguiente aclaración: la Constitución vigente de la República Dominicana establece en su artículo 74.1 que los derechos y garantías fundamentales consagrados en ella «no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza». En dicha disposición se encuentra expresamente contenida la cláusula de los derechos implícitos. Por tanto, «el constituyente dominicano, contrario al francés, y al alemán [...] ha escogido claramente el sistema de *lista abierta* de derechos»²¹¹. Ahora, se exige como requisito para que un derecho implícito sea considerado como un derecho fundamental implícito que el mismo posea «una mínima base iusfundamental»²¹².

Por lo que, en virtud de una lectura conjunta de la anterior disposición con el artículo 74.3 de la Constitución el cual reconoce jerarquía constitucional a todos los «tratados,

pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano», y el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la nacionalidad constituye un verdadero derecho fundamental implícito del ordenamiento constitucional dominicano, máxime cuando la misma Constitución consagra el artículo 18 para su regulación. Dicho derecho fundamental constituye el centro de la cuestión en la polémica sentencia TC/0168/13 del TCRD. En dicha decisión, –como sucedió en el caso previo de su homólogo–, esta Alta Corte recurrió a argumentos que no corresponden estrictamente a un análisis jurídico para llevar a cabo una interpretación judicial con la que desarrolla una noción de nacionalidad de acuñación propia.

Para el TCRD «la nacionalidad se considera como un lazo jurídico y político que une a una persona a un Estado; pero, de manera más técnica y precisa, no es solo un vínculo jurídico, sino también sociológico y político, cuyas condiciones son definidas y establecidas por el propio Estado»²¹³. En ese sentido, «

[s]e trata de un vínculo jurídico, porque de él se desprenden múltiples derechos y obligaciones de naturaleza civil; sociológico, porque entraña la existencia de un conjunto de rasgos históricos, lingüísticos, raciales y geopolíticos, entre otros, que conforman y sustentan una idiosincrasia particular y aspiraciones colectivas; y político, porque, esencialmente, da acceso a las potestades inherentes a la ciudadanía, o sea, la posibilidad de elegir

209 Ídem.

210 Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009, p. 91 y ss.

211 Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional. Volumen II*, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2012, p. 49.

212 Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, p. 61.

213 República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13, §1.1.4.

y ser elegido para ejercer cargos públicos en el Gobierno del Estado»²¹⁴.

Para justificar esta concepción de la nacionalidad esta Alta Corte recurre, como sucedió previamente con su homólogo, a los argumentos constitucionales, en este caso a los de tipo doctrinal. Por tanto, señala que su fundamento se encuentra en el Derecho Internacional Público, en los instrumentos internacionales y en los supuestos criterios sostenidos por diversas jurisdicciones internacionales. Tal proposición exige que se revisen los documentos señalados como sustento: lo primero que se puede percibir, a *prima facie*, es que resulta curioso que la jurisprudencia citada se limita a casos que ya sean o bien demasiado remotos, o bien muy específicos, prefiriendo ignorar pronunciamientos ulteriores donde algunos de estos órganos jurisdiccionales internacionales han rectificado o precisado sus criterios²¹⁵.

En lo que se refiere a los instrumentos internacionales, destaca el hecho de que los citados se remontan a principios del siglo XX, en específico, al período previo a la Segunda Guerra Mundial en donde ciertamente aún imperaba la lógica imperialista y los súbditos eran percibidos como propiedad del Estado más que como fundamento ontológico del mismo. Estos son los dudosos argumentos doctrinales mediante los cuales el TCRD delimita el contenido esencial del derecho fundamental de la nacionalidad y pretende reconocer de manera exclusiva al Estado la competencia para reglamentar y atribuir el susodicho derecho.

Todo esto adquiere relevancia cuando se tiene en cuenta que el caso trata sobre un recurso de revisión constitucional en materia de amparo.

En este caso la recurrente solicitó que se le devuelva su Acta de Nacimiento confiscada por la Junta Central Electoral y se le expidiera su Cédula de Identidad y Electoral. La razón de la confiscación se debió a que al momento de su nacimiento la recurrente había sido inscrita irregularmente en la Oficialía del Estado Civil, siendo hija de nacionales haitianos que carecían de cualquier tipo de documentación que acreditase la nacionalidad dominicana.

Es necesario precisar que al momento de haber nacido la recurrente se encontraba vigente la Constitución de 1966, la cual prescribía en su artículo 11.1 que eran dominicanos: «(...) 1. Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén de tránsito en él». Por tanto, dicha Constitución reglaba dos modalidades para adquirir la nacionalidad: a través del *jus sanguinis* o el *jus solis*.

Paradójicamente, el TCRD no sólo rechazaría el recurso de revisión de decisión en materia de amparo, sino que excediéndose en sus potestades desconoció la nacionalidad de la recurrente y de todas las personas que se encontraban en su misma situación al pronunciar una sentencia constitucional *inter communis* con efectos en el tiempo *ex tunc* que se retrotraen hasta el año 1929. Esto implicó que toda persona nacida en territorio dominicano, desde el 1929 hasta el 2010, hijo de extranjeros que no tenían documentación migratoria y que se reputaban, –como así lo decidió el TCRD–, «en tránsito», los cuales habían nacido en territorio dominicano y adquirido la nacionalidad correspondiente mediante el *jus solis*, pasaran, entonces, a ser apátridas mediante esta decisión.

214 Ídem.

215 Revísese, por ejemplo, el caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Corte IDH.

La mayoría de los integrantes del TCRD sustentaron este desconocimiento masivo de la nacionalidad de todas estas personas y los derechos que se desprenden de esta prerrogativa en una peculiar interpretación del principio de la seguridad jurídica donde alegaron que de la ilegalidad de la situación de sus padres no puede nacer ningún derecho a favor de los hijos. Pero este razonamiento no se sostiene. Veamos.

La Constitución de la República Dominicana del 2010 reconoce lo siguiente en su artículo 18: «[s]on dominicanas y dominicanos: [...] 2) Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución». En igual sentido, el Pacto de San José en su artículo 20, acápite 3, ordena que «[a] nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla». Como se puede observar, las disposiciones iusfundamentales vigentes al momento de tomar la cuestionada decisión ordenaban al Estado a reconocer la nacionalidad dominicana a todo aquel que previamente gozaba dicha potestad, por lo que la sentencia objeto de estudio deviene en sí misma en una violación a este mandato constitucional. Esta decisión resulta ser una transgresión al contenido de la Constitución y a la seguridad jurídica toda vez que el TCRD desconoce estos derechos a cualquier persona que previamente gozaba de la nacionalidad dominicana, como es el caso de la recurrente y muchos más que resultaron afectados.

A esta crítica se le suman otras formuladas por la doctrina, quienes señalan que se ha realizado respecto a la alegada seguridad jurídica: «[u]na aplicación errónea porque el

hecho que crea la consecuencia jurídica de la obtención de la nacionalidad es el nacimiento, y nacer no es ilegal. El recién nacido no viola con el hecho de nacer ninguna norma jurídica, ni tampoco se cruza jamás una frontera. Este es el sentido de lo decidido por la Corte IDH en la sentencia Yean y Bosico al señalar que el estado migratorio de los padres no se transmite a los hijos»²¹⁶. Respecto a la categoría de «persona en tránsito» y cómo ha sido utilizada por el TCRD, la Magistrada Isabel Bonilla Hernández mediante voto disidente ataca su utilización al señalar la improcedencia de esta debido a que «la prolongada permanencia de sus padres en el país, aunque de manera ilegal, no configura la condición de extranjeros en tránsito. El hecho de que la recurrente naciera en territorio dominicano ya le otorgaba el derecho a la nacionalidad dominicana»²¹⁷.

Esta concepción de la nacionalidad defendida por el TCRD, contrario a lo aducido, resulta insostenible según los estándares internacionales. La introducción de elementos sociológicos como los señalados conllevan un vaciado de contenido de la disposición iusfundamental que pudiera llegar a convertir tal derecho en un instrumento elitista y excluyente utilizable en contra de sus titulares. Si el constituyente hubiese querido concretar esa decisión política de tal manera lo hubiera hecho, pero la realidad es que no es así. Por ende, no corresponde al TCRD decidir lo que el constituyente no ha decidido, máxime si el resultado de la decisión jurisdiccional implica cuestiones tan trascendentales como el desconocimiento de derechos ya adquiridos por miles de personas cuyos intereses, en principio, no se encontraban representados

216 Perdomo, Nassef, «Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13», en *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, número 28, Colombia, Universidad del Norte, 2016, pp. 93-136, en p. 122

217 República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13, VD, Bonilla Hernández.

en el proceso y, por tanto, no fueron tomados en cuenta para emitir la sentencia ahora analizada.

Por estas razones, los argumentos doctrinales aducidos en el cuerpo de la decisión por sí mismos son ineficientes para justificar que del tenor de la disposición y de las demás fuentes citadas se puede inferir y/o sostener tal concepción de la Nacionalidad, o peor aún, la supuesta capacidad del Estado para determinar quién tiene y no tiene tal derecho. En definitiva, esta sentencia puede servir de evidencia de cómo la práctica de la interpretación constitucional puede llegar a convertirse en una imposición autoritativa de significado a un determinado derecho fundamental sin que se presente ningún límite aparente.

Conclusión

Como corolario de la presente investigación, podemos puntualizar que no existe tal cosa como un consenso en la doctrina para establecer un concepto unívoco de los derechos fundamentales al ser la definición de estos, por naturaleza, esencialmente controvertida²¹⁸. Esto se debe a que, como práctica general, estos derechos se caracterizan por la formulación abstracta y axiológicamente indeterminada de las disposiciones que los contienen. Esta problemática, aunque ciertamente resulte polémico, puede ser sorteada mediante el uso de definiciones estipulativas.

Por lo que dicha relativización de los derechos fundamentales, –basándonos en el modelo mixto²¹⁹ que se ha sostenido–, encuentra su freno en la premisa de que, independientemente de toda circunstancia, es el constituyente quien prefigura los derechos y determina su contenido esencial, dejando su configuración en manos del legislador quien al momento de delimitar provisionalmente su contenido y regular su ejercicio debe siempre respetar el mandato fijado por la Constitución. Por tal razón, es a los órganos democráticos representativos a quienes les corresponde, mediante el libre juego de la discusión, deliberación y transacción política, decidir provisionalmente sobre el significado y alcance de los derechos fundamentales dentro del marco fijado en la *Norma Normarum*.

Respecto a la interpretación en sede judicial, se verificó que no hay definición o descripción que sea capaz de generar un mínimo compromiso institucional que dé cuenta de qué realmente significa dicha práctica. Lo que generalmente se entiende por esta actividad se encuentra «entre dos extremos: en un polo la interpretación es similar a la noción de comprender o explicar. Por el otro, está cerca de la creación o invención»²²⁰. Por tanto, todo lo que ocurra en estos extremos deja de ser interpretación y pasa a ser llana reproducción literal o simple producción *ex novo*.

Como muestra de esto piénsese, por ejemplo, en lo sostenido por las teorías de la interpretación del constitucionalismo principialista o garantista que previamente

218 Como hemos señalado previamente siguiendo a Gallie y Besson: los conceptos esencialmente controvertidos son aquellos que encarnan y nombran claramente un estándar o valor normativo, pero que, sin embargo, su uso adecuado implica inevitablemente interminables disputas por parte de sus usuarios.

219 Según este modelo los derechos fundamentales son normas que se encuentran entre reglas y principios, las cuales ordenan, de manera imprecisa, a los poderes públicos y, especialmente, al legislador que garanticen un derecho en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que regulen su ejercicio las cuales concretan expresamente el régimen jurídico previsto para los particulares tanto privados como públicos.

220 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 238. [Trad. del Autor].

han sido objeto de análisis. En el primero de estos modelos se trata de describir la práctica interpretativa estableciendo un determinado proceder guiado por ciertas reglas flexibles que pueden ser superables toda vez que sea posible, por parte del juez, la realización del «ideal regulativo» el cual puede tomar la forma ya sea de la «respuesta correcta» según la concepción Dworkiana o de la «pretensión de corrección» de la concepción Alexyana. El «constitucionalismo principialista» aborda la cuestión enfocándose en la justificación moral de las decisiones interpretativas a través de la argumentación, por lo que la validez de estas se encuentra, en última instancia, sujeta a que hayan sido correctamente argumentadas con base a la concepción de la justicia que se pretenda defender, aunque no se esté seguro de que signifique o sea el contenido de esto último.

En cambio, el segundo modelo al que hemos hecho referencia se sostiene en una alegada defensa al positivismo que, a la postre, resulta desmentida toda vez que los jueces actuando según esta «esfera de lo indecible» se niegan a dar razones que justifiquen una determinada decisión con base en derechos fundamentales, demostrando, pues, que el juez garantista no se toma en serio lo esencialmente controvertido que son estos conceptos y el vasto poder que realmente posee. Por lo que, contrario a lo sostenido por Ferrajoli, el «constitucionalismo garantista» se trata realmente de un proyecto político en el

que la actividad de los jueces ocupa la posición principal, el cual, paradójicamente, para su consecución es necesario que se produzca, cuando así sea necesario, el desplazamiento de la ley por parte de los tribunales.

Sin embargo, contrario a lo que estas doctrinas y los jueces que las defienden costumbran a aducir, la interpretación puede ser mejor entendida como un procedimiento complejo que implica la imposición de significado a una determinada disposición como resultado de una decisión²²¹. Premisa que si se analiza teniendo en cuenta la naturaleza de los argumentos que son utilizados para intentar justificar estas decisiones deja en evidencia cómo la interpretación constitucional se presenta como una práctica jurídica que, paradójicamente, se encuentra abierta a proposiciones extrajurídicas. Por lo tanto, esta confusión de entender la interpretación como una actividad meramente argumentativa conlleva a la instauración del «imperialismo de la argumentación»²²², modelo normativo en el que lo jurídico se puede llegar a encontrar supeditado a lo moral y que, en consecuencia, implicaría que ciertas decisiones interpretativas se encontraran sujetas, en última instancia, a una determinada «forma de vida»²²³, la cual, a la postre, no sería otra que la ideología ético-política preponderante en el tribunal que ostente la autoridad para tomar la decisión.

Para demostrar que lo señalado hasta ahora no se trata de un alarmismo teórico

221 Entiéndase este uso lingüístico de la palabra «decisión» en el sentido Schmittiano del término, es decir, como un acto que no se encuentra restringido por ningún conjunto de reglas o normas, el cual, como nota distintiva, se caracteriza por la autoritaria eliminación de toda duda. Para profundizar sobre la denominada teoría del decisionismo, véase: Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 90-91; Id., Schmitt, Carl, *Teología Política*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 13 y ss, e, Id., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 68.

222 Barberis, Mauro, «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Aienza», en *DOXA*, número 37, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, 2014, pp. 325-335, en p. 331.

223 Concepto que debe ser comprendido en el sentido utilizado por Wittgenstein para quien una determinada «forma de vida» constituye una praxis vital común caracterizada por ciertas reglas y convicciones fundamentales que forman la base de lo que este autor llamó una «representación del mundo», la que, como tal, puede ser considerada «como algo que yace más allá de lo justificado y de lo injustificado; como por decirlo de algún modo, algo animal». Para las fuentes y más, véase: Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, Madrid, Gredos, 2009, § 7, 358 y 359; Id., *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Gredos, 2009, § 19, 23 y 241.

sin fundamentos o una crítica perdida en la abstracción, hemos, pues, analizado dos casos jurisprudenciales a través de los cuales se puede evidenciar cómo los límites de la interpretación previstos por la doctrina pueden quedar relativizados en la práctica a meras advertencias a las que los Tribunales Constitucionales pueden o no hacer caso. Admitir, entonces, que la interpretación constitucional de los órganos jurisdiccionales es una actividad que se puede encontrar exenta de todo límite equivale a suscribir un modelo en el que los derechos fundamentales y su significado son una cuestión que puede resultar supeditada a una decisión vaciada de todo contenido jurídico, es decir, a una mera imposición de los criterios ético-políticos de un órgano aplicador cuyas credenciales democráticas son discutibles y cuyas características, no resultan ser las idóneas para una auténtica representación política. En última instancia, dicho modelo normativo haría del Tribunal Constitucional un auténtico amo y soberano de los derechos.

Si se diesen las circunstancias y condiciones necesarias para que este modelo ideal pasase a convertirse en nuestra cruda realidad, entonces, —como advertirían los juristas envueltos en la mayor polémica constitucional del siglo pasado—, «el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable»²²⁴, ya que se produciría «un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas

políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento»²²⁵. Con base a esto, y «

en vista de la fuente inagotable de desacuerdos que representa la segunda sección principal [de la Constitución, que regula los derechos y deberes fundamentales] y del inmenso número de interesados que pueden invocar sus diversas garantías [...], tal Tribunal [Constitucional] sería en realidad un monstruoso órgano de control central universal, un monstruo de la jurisdicción que tendría que juzgar todos los asuntos legislativos, gubernamentales, administrativos y judiciales.²²⁶

De esta manera, tal indeseada politización de este órgano haría dudar de su naturaleza como tribunal de justicia y lo aproximaría más a una instancia política suprema la cual asumiría la forma de una auténtica «aristocracia de la toga»²²⁷.

Sin embargo, la realidad es que dicho modelo normativo no se ajusta con la posición institucional que en virtud de la actual Constitución le corresponde al Tribunal Constitucional, así como tampoco es capaz de rendir cuentas ante la crítica de la «objeción democrática» la cual pone en duda la legitimidad de la justicia constitucional, toda vez que esta no cumple con su deber de respetar la dimensión democrática de todo Estado Constitucional que se encarna en el principio de deferencia hacia el legislador democrático. Este principio, en conjunción con el de la interpretación constitucional de corrección funcional, exige que «el juez debe

224 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, D. F., UNAM, 2001, p. 81.

225 Ídem.

226 Schmitt, Carl, «Zehn Jahre Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 34-40, en pp. 37-38. [Trad. del Autor].

227 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 245.

interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones [...] no socaven el sistema de relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional»²²⁸.

Frente a estas dificultades tan relevantes es necesario tomarse en serio las alternativas teóricas que sí se ajusten a modelos de justicia constitucional que respeten las instituciones democráticas y sus respectivas competencias. Entre las distintas teorías existentes puede resultar beneficioso defender el modelo del constitucionalismo político²²⁹. Modelo en el que es al poder legislativo como órgano estatal imbuido de dignidad política producto de la representación y la transacción pública a quien le corresponde decidir provisionalmente, mediante una interpretación constitucional, sobre el contenido y el alcance de los derechos fundamentales en virtud de lo ordenado por el constituyente y siempre respetando lo establecido por la Constitución.

Siendo las cosas así, el Tribunal Constitucional, por deferencia, no debería decidir tan ligeramente mediante una alegada interpretación, cuestiones que, en principio, están fuera de su competencia como es el caso de estos derechos que por lo esencialmente controvertido de su contenido caen en el campo de las denominadas cuestiones políticas (*political questions*). Esto se debe a que el Tribunal Constitucional, como poder constituido, en ninguna circunstancia puede decidir lo que, en esencia, le compete al poder constituyente original o derivado, así como tampoco le corresponde pronunciarse donde este ha guardado silencio. En cambio, y como así lo ordenan tanto la Constitución

española como la dominicana, su función es garantizar la supremacía de la Constitución, no reescribirla y/o modificarla a su antojo en detrimento de su normatividad.

Máxime, cuando estas críticas y objeciones levantadas en contra de los órganos jurisdiccionales no tienen lugar de ser frente a los órganos democráticos representativos al constituir estos la sede en la que tienen lugar la deliberación pública y el compromiso político que es llevado a cabo por los representantes elegidos directamente por los ciudadanos mediante sufragio universal. No resulta ocioso señalar que los legisladores, a diferencia de los jueces, al momento de enfrentarse a cuestiones políticas sobre las que existe un verdadero e inagotable desacuerdo pueden ponderar y justificar sus decisiones interpretativas con base en argumentos extralegales como son las preferencias morales y/o políticas que sostienen en nombre de sus representados, las cuales, cabe señalar, sólo resultarán legítimas mientras respeten el marco fijado por la Constitución.

En caso de que como producto del libre juego de la política se tomaran decisiones en contra de la misma Carta Fundamental, entonces, el Tribunal Constitucional, cómo así lo establecen sus funciones como defensor y garante jurisdiccional de la misma, se encontrará habilitado para expulsar del ordenamiento todo acto de naturaleza tanto jurídico como político que contravenga el contenido de la Norma Suprema. Este sería, pues, el paradigma en virtud del cual tanto el legislador como el juez constitucional se ajustarían de manera adecuada a las funciones y competencias que a cada uno

228 Ferreras, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2021, p. 48.

229 Aunque resulte «preferible» es necesario hacer la salvedad de que la postura sostenida guarda ciertas diferencias respecto a lo defendido por los autores cuyas teorías forman parte de este modelo. Véase, Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, Madrid, Marcial Pons, 2010, y Tomkins, Adam, «In Defence of the Political Constitution», en *Oxford Journal of Legal Studies*, número 22, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 157-175.

le corresponde en virtud de su posición institucional dentro del Estado.

En definitiva, si la Constitución es la norma a través de la cual se establecen los mecanismos que regulan el poder político y la función de esta jurisdicción es defender la Constitución, en consecuencia, lo que el Tribunal Constitucional defiende es el espacio legítimo de la política en el que los órganos democráticos representativos ejercen sus funciones. Es de esta conclusión de donde se extrae el fundamento constitucional sobre el que se sostiene el principio de deferencia hacia el legislador democrático como mandato categórico a la justicia constitucional. Por tanto, actuar en contrasentido a este principio aduciendo la tutela y protección de los derechos fundamentales, —como así sostienen las teorías del constitucionalismo de los derechos—, equivale a subvertir a la misma Constitución. Es simple y llanamente usurpar las funciones que por antonomasia son exclusivas al soberano limitándolo en su quehacer. Es, en definitiva, socavar las bases que sostienen todo Estado Constitucional.

Siendo esta, pues, la conclusión provisional a la que hemos llegado en la presente investigación, la cual, con toda humildad tenemos a bien reconocer, esperamos que con el paso del tiempo y el continuo estudio poder seguir enriqueciendo o mejorando en aras de dar respuesta a las falencias de las que pueda adolecer. Es esta la actitud, conforme al método falsacionista de Karl Popper, que hemos considerado prudente adoptar frente a la ciencia jurídica y la teoría política. Esto se debe a que, en nuestra opinión, el estudio y análisis de estas ramas del conocimiento responde cada vez más a intereses contingentes en vez de un fin objetivo como pudiese ser la tan cuestionada verdad. Pero, quién sabe, quizás y, esto último

sólo sea un juicio errado de este precoz autor, el cual sólo estaría dispuesto a afirmar lo que los antiguos con tanta prudencia sostuvieron: «errare humanum est».

En un futuro pretendemos continuar esta línea de investigación abordando temas como son la teoría de la democracia, la teoría de la justicia, la argumentación jurídica y otros asuntos afines que tengan como elemento común ese punto límite en el que la línea que separa el derecho y la política se va haciendo cada vez más difusa.

Referencias

Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

Alexy, Robert, «La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales», en MENÉNDEZ, A. y ERIKSEN, E. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 29-48.

Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista española de derecho constitucional*, número 91, Madrid, CEPC, 2011, pp. 11-29.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Balaguer, Francisco; Cámara, Gregorio; López, Juan; Balaguer, María y Montilla, José, *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, Madrid, Tecnos, 2021.

Barberis, Mauro, «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza», en *DOXA*, número 37, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, 2014, pp. 325-335.

Bastida, Francisco; Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Presno, Miguel; Aláez, Benito y Fernández, Ignacio, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Bello, Donald, «Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106.

Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255.

Bernal, Carlos, «Estudio introductorio», en ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. XLIII-XCVII.

Besson, Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.

Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 23, Madrid, CEPC, 1989, pp. 35-62.

Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Basauri, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550.

Dworkin, Ronald, «Political judges and the rule of law», en DWORKIN, R. *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 9-32.

Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167.

Dworkin, Ronald, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», en *Philosophy and Public Affairs*, número 22, Princeton, John Wiley & Sons, 1996, pp. 87-139.

Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.

Ferreras, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2021.

Gallie, Walter, «Essentially contested concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, número 56, Oxford, 1956, pp. 167-198.

García Roca, Francisco, «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número 43, Cataluña, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2011, pp. 87-120.

García-Pelayo, Manuel, «El “estatus” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, CEPC, 1981, pp. 11-34.

García-Pelayo, Manuel, *Auctoritas*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1998.

Gascón, Marina, «Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, número 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 204-215.

Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021.

Hart, Herbert, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño», en MORESO, J. y CASANOVAS, P. (coords.) *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.

Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012.

Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Jacobsohn, Gary y Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020.

Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional. Volumen II*, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2012.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1982.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, D. F., UNAM, 2001.

Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Kirchmann, Julius, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Madrid, Dykinson, 2021.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997.

Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, CEPC, 2019.

Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126.

Müller, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006.

Parejo, Luciano «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 3, Madrid, CEPC, 1981, pp. 169-190.

Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Perdomo, Nassef, «Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13», en *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, número 28, Colombia, Universidad del Norte, 2016, pp. 93-136.

Pérez Luño, Antonio, «La interpretación de los derechos fundamentales», en MEDINA, M., MESA, R. y MARIÑO, F. (coords.) *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra. V. II*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales: Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 955-993.

Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2013.

Pérez, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Posner, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Prieto, Luis, «Derechos Fundamentales», en GARZÓN, E. y LAPORTA, F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 501-510.

Rawls, John, *A Theory of justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72.

Rollnert, Göran, «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, Madrid, CEPC, 2014, pp. 125-155.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Volumen III*, Madrid, CEPC, 2012.

Schmitt, Carl, «Zehn Jahre Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 34-40.

Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.

Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009.

Schmitt, Carl, *Teología Política*, Madrid, Trotta, 2009.

Tajadura, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Tomkins, Adam, «In Defence of the Political Constitution», en *Oxford Journal of Legal Studies*, número 22, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 157-175.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Gredos, 2009.

Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, Madrid, Gredos, 2009.

Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.

República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13.

España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 53/1985.

España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 11/1981.

Responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho

Carlos M. Camejo Patiño¹

Recibido: 1 de agosto de 2023 - Aceptado: 4 de octubre de 2023

Resumen

La responsabilidad penal de la persona jurídica en la República Dominicana se ha regulado de forma disímil e inconsistente, mutando su tipología entre diferentes cuerpos normativos. El objeto del presente trabajo es justificar su existencia fuera de la teoría clásica del delito y desde el análisis económico del derecho, para evaluar la naturaleza de la responsabilidad penal de la empresa más eficiente para la consecución de sus objetivos, así como el análisis de los incentivos que deben crearse para su efectiva implementación tendiente a reducir el costo social del delito. La responsabilidad penal de la persona moral es una realidad que debe ser explotada de forma debida para evitar su distorsión y asegurar su vigencia, por lo que en el presente trabajo se evaluará desde el prisma de los principios clásicos de la economía y su impacto social.

Palabras clave: Derecho Penal Económico, responsabilidad penal de la persona jurídica, análisis económico del derecho, *compliance*, Teoría del Delincuente Racional.

Abstract

The enterprise's criminal responsibility in the Dominican Republic has been inconsistently regulated, changing its nature in each legal disposition. This investigation's goal is to validate its existence not from classic criminal theory but from law and economics' perspective in order to evaluate the most efficient means to regulate the enterprise's criminal responsibility and the incentives necessary for its implementation and the reduction of its social cost. The enterprise's criminal responsibility is a reality that must be correctly exploited to prevent its distortion and ensure its validity, which justifies the application of economic principles in its analysis to measure its social impact.

Keywords: *criminal Economic Law, corporate criminal liability, law and economics, Deterrence Theory, compliance.*

¹ Licenciado en Derecho *summa cum laude* de la Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magister sobresaliente en Derecho Penal Económico de la Universidad de La Rioja y Becario a la Excelencia de Barna Management School. Miembro de la Asociación Dominicana de las Naciones Unidas (ANU-RD). Oficial de Integridad de la Federación Dominicana de Fútbol (FEDOFUTBOL). Correo electrónico: carlosmanuelcamejo@gmail.com

I. I. Introducción al delito desde la teoría económica

El desarrollo comercial contemporáneo ha creado una necesidad de reinterpretación de principios jurídicos que antaño se daban por sentado para justificar su vigencia y efectividad. En el estado jurídico actual, la mayoría de la actividad económica es generada empresarialmente, por lo que la sociedad comercial delincuente genera un importante desafío social, particularmente partiendo de la dificultad en la delimitación de la responsabilidad penal en cascada. Es esta expansión mercantil la que ha generado importantes retos en materia delictiva, especialmente cuando se trata de la aplicación de sanciones penales a personas morales.

La aplicación de principios de la economía para replantear normas jurídicas es un fenómeno no tan reciente y, sin embargo, el análisis económico del derecho no ha calado, por el momento, en la cultura jurídica dominicana pese al interés práctico de determinar la institución jurídica más eficiente para resolver problemas jurídicos. El análisis económico del derecho estudia los mecanismos para una mejor distribución de recursos hacia las actividades más socialmente deseadas y, por ello, su aplicación al derecho penal es altamente conveniente.

El análisis económico del derecho estudia la forma en la que el ordenamiento jurídico influye sobre la conducta del individuo, ponderando las implicaciones de externalidades positivas (otorgamiento de beneficios) o negativas (aplicación de sanciones), así como también la manera en la que las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos para la comisión de hechos beneficiosos o perjudiciales

para el sistema, dependiendo de sus necesidades. Además, como se fundamenta en la teoría de la elección racional (cuestión plenamente desarrollada en materia penal), su aplicación permite determinar el por qué el delincuente toma decisiones coherentes con sus preferencias, dependiendo de los costes y frutos de su actuar y, consecuentemente, permite dirigir el diseño normativo a un estado en el que su contenido sea el verdaderamente deseado.

Para esta área, el delincuente es un ente racional que maximiza beneficios con su comportamiento y es, sobre esta base, que los principales detractores de la aplicación de este método al estudio penal sustentan su disconformidad. Bajo esta teoría, la decisión de delinquir va más allá de la maximización de los réditos económicos, empero, para el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica este criterio debe ser reinterpretado porque la existencia misma de una persona moral conlleva un *animus lucrandi*.

La economía, como disciplina, puede definirse por su metodología más que por su objeto y por ello, su aplicación en la ciencia jurídica es altamente funcional, especialmente en la penal, por su marcado interés por determinar cómo los incentivos definen el comportamiento de un individuo². Esta reinterpretación jurídica consiste en detener la concepción del delincuente con factores de salud física o mental y colocar el interés de la comisión de ilícitos penales en la escogencia deliberada de una persona que maximiza el aprovechamiento del mal comportamiento sobre el costo de su eventual e hipotética sanción.

2 MICELI, T. *Contemporary issues in Law and Economics*. Nueva York: Ed. Routledge, 2018. ISBN: 978-1-138-09975-3.

Jeremy Bentham ya había razonado sobre que «el valor del castigo nunca debe ser menor que el beneficio de la ofensa»³. Este criterio hace nacer una fórmula expresando cuándo una persona – física o moral – tomará la decisión de delinquir, en el sentido siguiente: ganancia del delito \leq probabilidad de la sanción x la gravedad de la pena. Expresado de forma distinta, solo cuando la probabilidad de la sanción y la posterior pena sean superior a la ganancia esperada del comportamiento ilegal, un hipotético delincuente se verá instado a comportarse de acuerdo con la ley.

Esto tiene una particular relevancia para el tema abordado porque una de las principales justificaciones para la responsabilidad penal de la persona jurídica es la alta dificultad de (i) el descubrimiento del mal comportamiento por la asimetría de información; y (ii) su eventual sanción. Es decir, las complejidades de advertir la ocurrencia de delitos y su asignación a una persona física particular en sociedades complejamente organizadas es un incentivo para el mal comportamiento cuando las ganancias sean superiores al comportamiento acorde a la ley. Sin embargo, la forma en la que se regula esta figura varía enormemente de jurisdicción en jurisdicción – y para la República Dominicana entre una ley y otra – y no existen términos pacíficamente aceptados sobre cuál es la manera óptima en la que una ficción jurídica puede responder criminalmente.

La finalidad del derecho penal, desde el análisis económico del derecho, parte de una teoría de la disuasión (*deterrence theory*),

en virtud de la que los agentes económicos que pretenden la maximización de bienestar deciden cumplir o incumplir la norma a partir de un análisis de costos y por ello solo la obedecen cuando el beneficio de su acatamiento es mayor que el de su desacato⁴. Así entonces, la finalidad del derecho penal económico desde el análisis económico del derecho debe ser que el cumplimiento de la norma sea más barato – o menos costoso – para el delincuente que su eventual ruptura y el nivel óptimo de disuasión puede conseguirse al igualar la sanción esperada por el delito con los costos sociales generados, descontando la probabilidad de su detección.

Un razonamiento coherente parecería revelar que mientras menos costos genere para el Estado y logre los mismos fines, pues más favorable será la norma por implementar, empero, hay otros elementos que deberán ser valorados porque lo que pretende el análisis económico del derecho no es reducir los costos estatales sino eficientizar la inversión de recursos. La normativización tendiente a la disuasión evita que el hecho sea cometido y, en consecuencia, no solo hay menores tasas criminológicas, sino que, además, conlleva un menor costo social al no requerir la identificación, captura, persecución, sentencia y encarcelamiento del delincuente⁵.

El enfoque del presente artículo será el de buscar una justificación de la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica fuera de los criterios convencionales de la teoría del delito, utilizando un criterio positivo del análisis económico del derecho.

3 BENTHAM, J. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* [en línea]. Londres: Ed. Batoche Books, 1781. [consulta: 30 de junio de 2023]. Disponible en: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>

4 ODED. S. *Inducing corporate compliance: a law and economics analysis of corporate liability regimes* [en línea]. Instituto de Rotterdam para el Análisis Económico del Derecho, núm. 1009/05, 2010. [consulta: 12 de julio de 2023]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/0q4081d5>

5 CHALFIN, A. y MCCRARY, J. Criminal Deterrence: a review of the literature [en línea]. *Journal of Economic Literature*, 55 (1), 5-58, 2017. [consulta: 20 de mayo de 2023]. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty_scholarship

Como tal, en las páginas que continúan se analizará la favorabilidad social de criminalizar la conducta empresarial, así como de las formas más eficientes de hacerlo.

II. Responsabilidad penal de la persona jurídica y análisis económico del derecho

A. Necesidad político-criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El desarrollo comercial sirvió de base para el nacimiento de conductas cada vez más complejas cuya lesividad social era latente y para la que el sistema penal tradicional devenía insuficiente. El sistema penal tradicional tuvo que mutar del adagio *societa delinquere non potest* y buscar soluciones tendientes a evitar la impunidad de sociedades en las que, por la división de responsabilidades y difusión de las actuaciones, resultaba difícil la aplicación de principios clásicos de la imputación penal so pena de arriesgarse a proteger conductas ilícitas de forma sistematizada.

El efecto disuasivo del derecho penal se consigue, precisamente, logrando que el costo de la comisión y aprehensión del delito sea mucho mayor que el rédito recibido por su comisión. La finalidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que sea la propia empresa quien asuma el desvalor económico de su conducta y que no deba ser subvencionado por el Estado o los particulares.

La doctrina económica del derecho atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica sobre dos argumentos⁶. En primer lugar, se interpretan las conductas de los empleados en el marco de su encargo o misión

empresarial como si fuesen tomadas por la propia sociedad. La línea argumentativa de este desarrollo consiste en que la empresa delincuente, a través de sus instrumentos, pretende obtener un beneficio competitivo sobre el resto a través de medios socialmente inidóneos, consiguiendo que la omisión del cumplimiento normativo genere mayor utilidad que su némesis.

Por ello, la contrapartida legal implica que el daño social causado (que a su vez es el aprovechamiento generado por encima de la media comercial que acata la norma) tenga que ser asumido por la propia persona moral. Aún más, esta premisa crea un incentivo a la contratación de personal dispuesto a romper las normas penales, conociendo que no serán sancionadas por tales conductas.

En segundo lugar, la asimetría de información justifica que la responsabilidad de prevenir una conducta recaiga sobre la parte que esté en una posición aventajada para tal fin. Se parte de un criterio de competencia funcional y capacidad para sostener que la empresa está funcionalmente favorecida para controlar y dirigir a sus empleados. Lo que se pretende con esto es limitar el esfuerzo y empleo de recursos de parte del aparato estatal y delegarlo sobre los agentes comerciales, por lo que una política penal eficiente produciría incentivos de auto aplicación legal para prevenir, desalentar y reportar el mal comportamiento.

Hay que recordar que, en materia de delitos económicos, las normas jurídicas influyen sobre la conducta cual si fuesen precios de transacción, por lo que es de suponerse que si se incrementa la posibilidad de sanción o esta se agudiza - como si se tratase de un

6 ODED. S. *Ob Cit.*

incremento del valor de un bien en el mercado -, la conducta ilegal disminuirá. Así entonces, para disminuir la «oferta» delincinencial, el legislador debe reducir el valor obtenido por el delincuente por su conducta contra-normativa.

Ante la ausencia de sanciones -sea de *facto* o de *iure*-, un análisis de costo-beneficio para la empresa siempre tenderá a la conducta mediante la cual maximice estos últimos, aunque no sea socialmente deseada. Por lo tanto, si la empresa es racional y desprendiendo el sustrato moral del comportamiento, escogerá la conducta más favorable para sus intereses, aunque sea delictiva. La responsabilización penal de la persona moral implica que la empresa no solo debe valorar su utilidad, sino también sus costos a través de la visión de una eventual sanción como un precio de mercado que la obligue a considerar el costo social de la conducta. Por ello, si se obliga a las personas morales a interiorizar el resultado de sus comportamientos, tanto positivos como negativos, tendrá un incentivo de consideración para acatar las normas jurídicas a las que se debe.

BECKER desarrolló una fórmula mediante la cual indicó que la cantidad de ofensas cometida por una persona se ve influenciada por la probabilidad de su condena, la gravedad de la sanción y algunas otras variables. La fórmula fue expresada inicialmente de la forma siguiente: decisión de delinquir (O); probabilidad de aprehensión y sanción del eventual delincuente (P); sanción por la ofensa (F); y, variable que representa el resto de las influencias ejercidas sobre el presunto criminal (U). Resultando en lo siguiente: $O = (p, f, u)$ ⁷.

Esta fórmula contiene el interés de todo individuo, sea persona física o moral, de delinquir desde una perspectiva racional. Se advierte que está compuesto por elementos externos e internos de la empresa delincuente. Mientras que la probabilidad de aprehensión (p) y la sanción (f) son cuestiones ajenas a la vida interna de la empresa, el resto de las variables (u), corresponden, exclusivamente, a un proceso decisorio en su seno. Por lo anterior, una política criminal eficiente debe estar dirigida a regular los primeros dos elementos hasta el punto en que la comisión del delito nunca devenga más barata que el cumplimiento de la ley.

El análisis económico del derecho penal parte de la premisa de que la manipulación de los componentes de la anterior fórmula modifica la disuasión de la norma represiva. Un incremento en p o en f de la anterior fórmula reduce la utilidad de la ofensa y, consecuentemente, de la oferta delictual, conllevando a que el eventual delincuente utilice otros medios más socialmente convenientes para conseguir el mismo fin ante el acrecentamiento de una sanción y la posibilidad de su imposición.

La pregunta es si la responsabilidad penal de la persona jurídica colabora con el incremento de la posibilidad de aprehensión de delitos y consecuentemente servir de apoyo para la disuasión de la actividad delictiva de la empresa. En virtud de lo desarrollado con anterioridad, la respuesta a esta pregunta pareciera ser afirmativa, pero depende en gran medida del diseño normativo adoptado. La disuasión penal no es igual en casos de responsabilidad objetiva que en casos de responsabilidad vicarial, tampoco ante la existencia de eximentes o atenuantes de

⁷ BECKER, G. *Crime and Punishment: an economic approach* [en línea]. Chicago: Ed. NBER, 1974. [consulta: 20 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>

responsabilidad penal a través de programas de cumplimiento o iniciativas similares.

La concepción que tenga un ordenamiento criminal sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica influirá directamente sobre la comisión de tipos penales. De manera general, existen dos grandes concepciones, la responsabilidad objetiva (en la que los programas de cumplimiento no juegan ningún papel) y la responsabilidad por negligencia (en la que, dependiendo de su modalidad, el sistema de *compliance* exime de pena o la atenúa).

El análisis económico del derecho indicaría que, en caso de responsabilidad estricta u objetiva, los esfuerzos desplegados por la persona moral para evitar delitos devienen irrelevantes y, en consecuencia, no tienen incentivos para cuidar su comportamiento, a sabiendas de que en todos los casos serán sancionadas. La responsabilidad penal corporativa por negligencia ataría la posibilidad de sanciones penales a la debida diligencia de la persona moral de adecuar sus sistemas internos con la ley para asegurar la prevención de la comisión de tipos penales hasta donde sea posible. La negligencia implicaría la ruptura a un deber de cuidado que, de ser respetado, representaría un beneficio para la empresa delincuente.

El análisis de negligencia tiende a ser complejo y casuístico por lo que el análisis económico del derecho diseñó una fórmula mediante la cual se pretende determinar objetivamente cuándo se configura a partir de un cálculo de riesgos previsible a través de la denominada «Fórmula de Hand»⁸. Para

determinar la negligencia del causante de un daño, el razonamiento mencionado toma como insumos los siguientes tres elementos: probabilidad del daño (P), la pérdida causada por el daño (L) y el costo de la precaución (B). Usando estos insumos, se considerará que una empresa que desarrolle un plan de cumplimiento será negligente si

$$B < PL$$

Es decir, la negligencia de una empresa eventualmente responsable penalmente puede constatarse cuando el costo de prevención sea menor que el daño causado a la víctima por la probabilidad de su ocurrencia y aun así la persona moral continúe con la actividad potencialmente lesiva al punto de que se concrete el daño. Si bien esta fórmula otorga un baremo estatal de cuándo puede una persona moral considerarse negligente, para asegurar la efectividad de su política, el Estado también debe valorar cuándo le es conveniente a una persona moral cuidarse a sí misma.

MILLER formuló un método objetivo para analizar esta última pregunta bajo el siguiente supuesto: «una empresa gasta un monto de C en actividades de prevención como la imposición de un *tone from the top*. El resultado es que logra evitar la sanción PF con una probabilidad de Z . Y que la probabilidad de esta última incrementa con el gasto de cumplimiento». Por lo tanto, la empresa, actuando como un ente racional, desarrollará un programa de cumplimiento cuando su costo sea menor o igual al costo de la sanción sin su existencia, o, dicho de otro modo⁹:

8 Esta fórmula nació de un criterio jurisprudencial norteamericano aplicado con exclusividad al derecho de daños (*tort law*), empero, su fundamento es plenamente extrapolable al análisis de la especie porque se justifica sobre un cálculo de los beneficios generados por el hipotético infractor frente a una conducta dañina. Su aplicación a la responsabilidad penal parte de un criterio netamente analógico.

9 MILLER, G. An economic analysis of effective compliance programs [en línea]. New York: Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, New York University School of Law, Law & Economics research paper series, núm. 14-39, 2017 [consulta: 11 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/laweconomics/documents/2017_spring_miller_compliance.pdf

(1 - Z) + (PF) + C ≤ (PF)

Si bien es cierto que el simple hecho de que la suma gastada en un plan de cumplimiento no afecta, necesariamente, su efectividad, no es menos cierto que resulta ilógico para una persona moral el invertir recursos en un programa disfuncional. La sociedad comercial aprovechará los incentivos normativos para cuidarse a través de la inversión en mecanismos de salvaguarda eficientes, pero esta finalidad se conseguirá de forma más efectiva cuando el ordenamiento las beneficie por su buen comportamiento. Esta línea es la que ha llevado a una cultura de autorregulación empresarial en jurisdicciones como la española, en la que la persona moral ve su responsabilidad penal atenuada o eximida dependiendo de la efectividad y vigencia de sus sistemas de protección internos.

B. Implicaciones de la autorregulación empresarial

El sistema de prevención de delincuencia empresarial se marca por una importante asimetría de la información entre el Estado y la empresa y la investigación de delitos cometidos por la persona jurídica ha demostrado ser marcadamente compleja por la dilución de responsabilidades, incluso al punto de justificar la necesidad de la figura sobre estos términos. Dentro de esta situación, algunas jurisdicciones - la española, por ejemplo -, han asumido un régimen de autoorganización empresarial en la que la empresa funge como un brazo colaborador por la ventaja y el hipotético control que posee sobre los hechos y su descubrimiento.

La delegación de una facultad estatal de esta naturaleza no es una renuncia de la administración a sus responsabilidades, no se trata de ausencia de Estado, sino de eficientizar su presencia para ejercer su labor de control social de la forma adecuada y funcional para el entorno económico contemporáneo. En términos de NIETO se trata de un «intervencionismo a distancia» que se sustenta sobre la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y demás miembros del sistema¹⁰.

En un ejemplo creado desde el análisis económico del derecho para determinar el deber de cuidado en materia de responsabilidad civil extracontractual -guardando las diferencias-, se aplicó un razonamiento extrapolable al tema *sub examine*. En este caso se pone en consideración un accidente en el que el autor o la víctima pueden prevenir su ocurrencia invirtiendo recursos en alguna clase de precaución. Resulta notorio que sería económicamente inútil que ambos invirtieran en igual medida porque la inversión de solo uno de ellos es suficiente para evitar el hecho. En esta situación, deviene eficiente que la parte para quien el costo del cuidado resulte menor - denominado «evasor del menor costo» - sea quien realice la inversión¹¹.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se ha sostenido sobre un deber de autoorganización que le es otorgado a la empresa, que está en la obligación de diseñar modelos y patrones para fiscalizarse a sí misma a través de programas de cumplimiento. Además, en jurisdicciones como la señalada, la atribución de comportamientos delictivos

10 NIETO MARTÍN, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa* [en línea]. Revista Electrónica Semestral de Política Públicas en Materias Penales, núm. 5, 2008. [consulta: 2 de julio de 2023] ISSN-e 0718-3399. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397

11 MICELI, T. *Ob. Cit.*

a una persona moral se sostiene sobre un sistema interno de desorganización, es decir, la empresa delinque cuando sus sistemas internos de control devienen ineficientes. Este sistema presupone un alejamiento de la tutela estatal en favor de la persona moral, quien es la encargada de establecer mecanismos de prevención de delitos y de sancionarlos oportunamente.

Esta disyuntiva sobre la asimetría de la información entre el Estado y la empresa ha sido presentada en la ciencia económica a partir de la teoría de juegos mediante el conocido «dilema del prisionero». AGUILERA GORDILLO aplicó este razonamiento para justificar la favorabilidad de la autorregulación empresarial, partiendo de las siguientes premisas¹²: (i) las empresas adoptan un programa de cumplimiento si les beneficia; (ii) las empresas no adoptan un programa de cumplimiento porque no les beneficia; (iii) el Estado promueve la autorregulación; y, (iv) el Estado monopoliza la investigación y sanción de conductas penalmente relevantes cometidas por personas morales. Descrito de otra forma,

		Estado	
		Promover autorregulación	No promueve autorregulación
Empre-sa	Cumplir	3, 3	0, 4
	No cumplir	4, 0	1, 1

Fuente: AGUILERA GORDILLO 2018, p. 237.

Distinto al caso clásico del dilema del prisionero, las unidades descritas deben

verse como «unidades de beneficio». En ese sentido, la peor opción para las empresas es el desarrollo de un programa de cumplimiento en un Estado que no lo valora ni representa ningún beneficio, porque deberá enfrentar los costos de su implementación y la eventual condena cuando se concrete el riesgo penal, por lo tanto, no tendrá incentivos para cuidarse a sí misma y evitar la comisión de delitos (por ello le representa un valor de 0), pese a la ganancia para el Estado por la prevención delictiva que crea el programa de cumplimiento (por ello le representa un valor de 4). Por otro lado, si la empresa no implementa un programa de cumplimiento ni el Estado lo valora, pues se obtendrá un resultado subóptimo, en el que si bien la empresa no tendrá que gastar tales recursos y el Estado no confiar en ella, tampoco recibirá una utilidad preventiva y de descubrimiento efectivo el segundo, ni de atenuación o exención de responsabilidad penal la primera.

En tercer lugar, al Estado no le funciona crear un sistema de autorregulación si no confía en que las empresas pueden cumplir con tal cometido porque estas podrán beneficiarse por los programas de cumplimiento cosméticos (por ello, el valor de beneficio a la empresa es de 4 y para la administración es 0), porque a que las sociedades les es conveniente invertir poco dinero en cumplimiento disfuncional. En cuarto y último lugar, la opción más favorecedora para los intereses de ambas partes es la promoción de la autorregulación, con la implementación de programas de cumplimiento efectivos de parte de las empresas porque el Estado recibiría el rédito de este control empresarial preventivo y las sociedades verán su grado

12 AGUILERA GORDILLO, R. Compliance penal: régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance penal [en línea]. Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, 2018. [consulta: 18 de junio de 2023]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de responsabilidad penal matizada o eximida.

Es importante hacer una acotación y es que la autorregulación regulada no pretende eliminar los costes al Estado porque a las empresas les resulta «más barato» prevenir, porque tal postura es insostenible frente a los efectos que tiene sobre las personas morales en sí mismas. A la regulación desde el análisis económico del derecho lo que le importa es la eficiencia y el costo de manera macro para todo el sistema y no solo de forma individualizada para los agentes que se ven afectados o beneficiados por ella; dicho de otro modo, esta autorregulación no pretende reducir los costos para el Estado de la prevención y sanción delictiva, sino el costo social de sus efectos. Como se indicó con anterioridad, esta concepción de la responsabilidad penal de la persona moral traslada el costo de prevención al «evasor de menor costo».

III. Conclusiones

La responsabilidad penal de la persona jurídica tiene como finalidad la disuasión de conductas lesivas socialmente cometidas por las empresas. Este fin solo puede ser conseguido cuando la utilidad esperada del delito no supera la obtenida invirtiendo ese mismo tiempo y recursos en actividades lícitas. Por esto, se parte de la visualización de la empresa delincuente como un ente racional que solo pretende maximizar sus propios beneficios, cuestión que si bien es cierto es la principal crítica a esta área de estudio, no es menos cierto que no puede ser ponderada en igual medida en el caso de las personas morales porque el fundamento de su existencia es, precisamente, la exacerbación de ganancias.

Es un principio del análisis económico del derecho el que una norma eficiente debe

inducir a las empresas a internalizar los costos sociales de su actividad, por lo que la pena imponible debe valorar no solo el daño de la conducta sino el costo de su sanción y reparación. Solo en este caso en el que una persona moral no solo vea la conducta delictiva como un hipotético beneficio, sino que se le haga responder por el mismo valor del daño que causó, esta se verá disuadida de desplegar una conducta contraria a derecho.

La valoración normativa que debe realizarse para asegurar que una norma penal sea eficiente recae sobre dos elementos, por un lado, la probabilidad de aprehensión y, por el otro, la sanción sobre la ofensa. Una de las justificaciones de responsabilizar penalmente a la empresa por la conducta lesiva es la dificultad material de investigación existente por los patrones de división de responsabilidades, cuestión que conlleva a altos índices de impunidad empresarial. Por ello, el diseño de incentivos a las empresas para que colaboren con este fin a través de la creación y aplicación de programas de cumplimiento que impidan la comisión de delitos en el seno de la sociedad o que, en caso de cometerse, sean debidamente sancionados con una menor erogación de recursos, parecería ser la opción preferente.

Lo anterior conlleva a que la responsabilidad objetiva de la persona moral no pareciere ser la opción más eficiente porque la sociedad nunca se verá incentivada ni a cuidar su comportamiento ni a desarrollar programas de cumplimiento, por lo que un sistema basado sobre la negligencia resulta ser más convincente. Es necesario crear externalidades positivas para que las empresas se vean incentivadas a invertir fondos en la implantación y ejecución de programas de cumplimiento verdaderamente efectivos. Como las empresas son maximizadoras

naturales de beneficios, la norma debe tender a que resulte más barato su cumplimiento que su desacato, no solo imponiendo penas más altas (externalidades negativas), sino estableciendo utilidades como la exención o atenuación de la pena (externalidad positiva).

Es, por lo anterior, que la forma más eficiente del Estado asegurar por el cumplimiento real y efectivo de su política criminal empresarial reside en confiarle al «evasor de menor costo» la labor preventiva y de investigación por encontrarse en una posición favorecida para ello. La responsabilidad penal de la persona moral basada en la autorregulación a través de la creación de programas de cumplimiento penal efectivos resulta la opción con mayores beneficios sociales porque al tiempo de que obliga a la empresa a internalizar el costo de su conducta, esta se verá altamente incentivada a cuidar su comportamiento y el de sus instrumentos para evitar la comisión de tipos penales, en lugar de sancionarlos una vez que el daño penalmente relevante ya fue causado.

Referencias

AGUILERA GORDILLO, R. *Compliance penal: régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance penal* [en línea]. Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, 2018. [consulta: 18 de junio de 2023]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BECKER, G. *Crime and Punishment: an economic approach* [en línea]. Chicago: Ed. NBER, 1974. [consulta: 20 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>

BENTHAM, J. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* [en línea]. Londres: Ed. Batoche Books, 1781. [consulta: 30 de junio de 2023]. Disponible en: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>

CHALFIN, A. y MCCRARY, J. *Criminal Deterrence: a review of the literature* [en línea]. *Journal of Economic Literature*, 55 (1), 5-58, 2017. [consulta: 20 de mayo de 2023]. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty_scholarship

MICELI, T. *Contemporary issues in Law and Economics*. 1era. Ed. Routledge: Nueva York, 2018. ISBN: 978-1-138-09975-3.

MILLER, G. *An economic analysis of effective compliance programs* [en línea]. New York: Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, New York University School of Law, Law & Economics research paper series, núm. 14-39, 2017 [consulta: 11 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/laweconomics/documents/2017_spring_miller_compliance.pdf

NIETO MARTÍN, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa* [en línea]. *Revista Electrónica Semestral de Política Públicas en Materias Penales*, núm. 5, 2008. [consulta: 2 de julio de 2023] ISSN-e 0718-3399. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397

ODED, S. *Inducing corporate compliance: a law and economics analysis of corporate liability regimes* [en línea]. Instituto de Rotterdam para el Análisis Económico del Derecho, núm. 1009/05, 2010. [consulta: 12 de julio de 2023]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/0q4081d5>

La querrela penal y la afectación de derechos fundamentales

Joel De León¹

Recibido: 25 de noviembre de 2023 - Aceptado: 3 de marzo de 2024

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la querrela penal, como medio de ejercicio de la acción penal, no sólo para aquellos delitos de acción privada, sino para aquellas causas penales, donde la víctima desea constituirse en parte del proceso y así estar facultada para coadyuvar con la persecución del delito, independientemente ya haya iniciado de oficio o por denuncia. El proceso penal panameño se inspira en garantías, principios y reglas que promueven el respeto a los derechos humanos, incluyendo el control jurisdiccional por parte del Juez de Garantías, frente a posibles afectaciones de derechos fundamentales. La decisión adoptada a través de una resolución de archivo de la causa por parte del Ministerio Público no es una medida absoluta, pues a petición de la víctima-denunciante o víctima-querellante, el Juez de Garantías, podrá revisarla en acto de audiencia y de no estar debidamente motivada, podrá revocarla. El artículo concluye indicando que los derechos fundamentales comprenden derechos subjetivos, deberes positivos y garantías constitucionales cuyo respeto y reconocimiento es de obligatorio cumplimiento para todos los actores del proceso.

Palabras clave: proceso, acción penal, querrela, querellante, víctima, derechos humanos, archivo, juez de garantías, criterio de oportunidad.

Abstract

This article's object is the analysis of the criminal complaint, as means for the execution of the criminal action, not only for those crimes of private action, but for those criminal cases, where the victim wishes to become a part of the process and thus be empowered to collaborate with the prosecution of the crime, independently from the nature of the initiation: either by rule of law or by a complaint. The Panamanian criminal process is inspired on guarantees, principles and rules promoting the respect for human rights, including the jurisdictional control by the Judge of Guarantees, in the face of possible affectations of fundamental rights. The decision adopted by means of a filing resolution of the case by the Public Prosecution's Office is not an absolute measure, since at the request of the victim-complainant, the Judge of Guarantees may review it in the audience and if it is not properly motivated, he may revoke it. The article concludes indicating that the fundamental rights include subjective rights, positive duties and constitutional guarantees, whose respect and acknowledgement is of mandatory compliance for all the process actors.

Keywords: process, criminal action, complaint, complainant, victim, human rights, filing, judge of guarantees, opportunity criteria.

¹ Abogado, docente universitario e investigador académico, Universidad de Panamá (<http://orcid.org/0009-0006-7450-4510>). Correo electrónico: joel4704@hotmail.com

I. I. Introducción

La querrela, con base al proceso penal panameño, constituye una de las formas de inicio de la investigación preliminar, que responde específicamente a los delitos de acción privada, así como también a aquellos de acción pública dependiente de instancia privada. No obstante, la ley le reconoce a la víctima del delito la posibilidad de dejar de ser denunciante y, a través de la solicitud que, por medio de un abogado, haga al Fiscal de la Causa, el derecho de constituirse en parte del proceso, como querellante. La observancia de garantías fundamentales dentro del proceso penal no debe diferenciar entre víctimas denunciantes y víctimas querellantes, sin embargo, la práctica ha demostrado que, para las primeras, el hecho de no ser parte del proceso no genera obligación alguna de probar su relato.

Con independencia de la forma en que un hecho punible deba investigarse, la querrela, en la práctica, suele generar la percepción de promover mayor compromiso del Ministerio Fiscal en el cumplimiento de esa protección que la Constitución y la ley, a favor de los sujetos pasivos de la relación criminal, dígame, las víctimas de los delitos.

Esta obligación de la protección de la víctima y denunciantes del delito, se extiende igualmente a los colaboradores del sistema, en todas las etapas del procedimiento penal. En este trabajo me propongo exponer, la importancia de la querrela, en el marco de los

derechos derivados a favor de la víctima. La jurisprudencia de la Corte Interamericana (en adelante la CortelDH) enfatiza que la víctima es parte integral del proceso y los Estados están comprometidos con el reconocimiento de sus derechos. Así, por ejemplo, la legalidad y la igualdad procesal de las partes aseguran el efectivo cumplimiento del rol que las instituciones y sus funcionarios están llamados a desempeñar.

II. Derechos humanos y justicia penal

El respeto a los derechos humanos es uno de los fundamentos básicos del modelo de justicia penal acusatorio que impone que las partes en el proceso sean tratadas con dignidad². Los Estados, al adherirse y ratificarse a instrumentos internacionales de derechos humanos, adquieren obligaciones de respetarlos, protegerlos y cumplirlos³.

El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación forman parte de las libertades, derechos y prohibiciones relacionados con los derechos humanos de primera generación, es decir aquellos que pertenecen a la esfera de los derechos civiles y políticos⁴. Esa igualdad ante la ley implica que los Estados están obligados a velar por la observancia de los derechos humanos sin discriminación por motivo alguno, incluyendo aquellos que expresamente menciona nuestra Carta Magna, cuando en su artículo 19 señala que «no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas»⁵.

2 Rodríguez, Javier L. (2007). *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24328.pdf>

3 Cadavid Otero, Margarita. M. (2015). *Derechos humanos y sistemas de protección: el caso de los órganos cuasi jurídicos del Sistema Universal y Regional Americano*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10654/13892>; Gil, Amparo S. (2007). El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2-26. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327515>

4 Gazmuri Rivero, Consuelo. (2004). *Los derechos fundamentales en la empresa: algunas perspectivas de género*. Chile: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Obtenido de https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-71195_archivo_01.pdf

5 Bailón Corres, Moisés J. . (2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Derechos Humanos México*(12), 103-128. Obtenido de <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>

Nuestro proceso penal se inspira en una serie de principios y entre ellos, la igualdad procesal contenida en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal⁶, garantiza que las partes tengan la oportunidad de intervenir con igualdad de posibilidades para ejercer las facultades y los derechos fundamentados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de los cuales Panamá es parte, así como también el conjunto de normas previstas en el referido Código⁷.

El derecho penal material se activa cada vez que se destruye un bien jurídico y, en consecuencia, el derecho procesal penal actúa como instrumento para ejercer esa acción sancionadora (*ius puniendi*) con pleno apego a un conjunto de principios de obligatoria observancia: debido proceso, contradicción, inmediación, simplificación, eficacia, oralidad, publicidad, concentración, estricta igualdad de las partes, economía procesal, legalidad, constitucionalización del proceso y derecho de defensa⁸.

El ejercicio de esa acción sancionadora del Estado en materia penal es obligatorio para los agentes del Ministerio Público y en el caso de procesos especiales, este rol le corresponde a la Asamblea Nacional, conforme lo señala la Constitución Política de la República de Panamá (artículo 160)⁹ y la Ley (artículos 39¹⁰ y 487¹¹ del Código de Procedimiento Penal) ([CPP], Ley 63, 2008). Esta acción penal puede ser pública, dependiente de instancia privada y acción privada.

III. Querella, víctima y ejercicio de la acción penal

La querella, a la luz de los artículos 110¹² y 114¹³ del Código de Procedimiento Penal, es una de las formas de ejercicio de la acción penal, aplicable no sólo aquellos casos de acción privada, es decir, en delitos contra el honor, competencia desleal, expedición de cheques sin fondos, revelación de secretos empresariales, sino también a todos aquellos, donde las víctimas del delito, deciden

-
- 6 Código Procesal Penal [CPP]. (28 de agosto de 2008). Ley No. 63. Panamá: G.O. 26114; Artículo 19. Igualdad procesal de las partes. Se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y los derechos previstos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y en este Código. Los jueces preservan el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. No deben mantener ninguna clase de comunicación con las partes o sus abogados sobre los asuntos sometidos a su conocimiento sin dar previo aviso a todas ellas.
 - 7 Nikken, Pedro . (1994). El concepto de derechos humanos. *Estudio de Derecho Humanos*(I), 15-27. Obtenido de <https://www.civilsac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>
 - 8 Ovalle B., Marcelo I. (2019). La dignidad humana como límite al *ius puniendi*. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile. *Revista de Fundamentación Jurídica*, 28(1), 35-68. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/720/72060572002/html/>
 - 9 Constitución Política de la República de Panamá [CONST]. (1972). *Ley No. 1 de 11 de octubre*. Panamá: G.O. 17210.
 - 10 Artículo 39. Competencia del Pleno de la Corte Suprema. La Corte Suprema de Justicia será competente para conocer, en Pleno, de los siguientes negocios penales: 1. De los procesos penales y medidas cautelares contra los Diputados, el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Ministros de Estado, los Magistrados del Tribunal Electoral o el Contralor General de la República, o de los cometidos en cualquier época por personas que, al tiempo de su juzgamiento, ejerzan alguno de estos cargos.
 - 11 Artículo 487. Competencia. Compete al Pleno de la Corte Suprema de Justicia la investigación y juzgamiento de los actos delictivos y policivos cuya comisión se atribuya a los diputados de la República, principales o suplentes. La investigación podrá ser promovida por querrela o denuncia del ofendido y será presentada ante la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. Cuando se trate de causas penales no concluidas que se hayan iniciado en una agencia del Ministerio Público, del Órgano Judicial, del Tribunal Electoral, de la Fiscalía General Electoral, de la jurisdicción aduanera o en cualquiera otra jurisdicción, el funcionario o el juez que conozca del caso elevará inmediatamente el conocimiento del proceso en el estado que se encuentre, en lo que concierna al diputado principal o suplente, a la Corte Suprema de Justicia. Lo dispuesto en el párrafo anterior también se aplicará en las causas policivas en que aparezca involucrado un diputado principal o suplente.
 - 12 Artículo 110. Ejercicio de la acción penal. La acción penal es pública y la ejerce el Ministerio Público conforme se establece en este Código, y podrá ser ejercida por la víctima en los casos y las formas previstos por la ley. Los agentes del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercer la acción penal, salvo en los casos que la ley autoriza a prescindir de ella. También la ejerce la Asamblea Nacional según lo establecido en la Constitución Política y la ley.
 - 13 Artículo 114. Acción privada. Son delitos de acción privada y que requieren querrela para iniciar el procedimiento y ejercer la acción penal los siguientes: 1. Delitos contra el honor. 2. Competencia desleal. 3. Expedición de cheques sin fondos. 4. Revelación de secretos empresariales. Si la víctima en estos casos desiste o cesa en sus actuaciones, el Ministerio Público deberá abstenerse de ejercer la acción penal.

constituirse como partes del proceso, a través de la figura procesal del querellante.

El artículo 271 del Código de Procedimiento Penal constituye una de las formas de inicio de la investigación preliminar, entendiéndose por esta como aquella etapa procesal que antecede a la etapa de investigación de los hechos en la cual se practican diligencias que conduzcan a la comprobación de los hechos y a la identificación de los autores y partícipes en este.¹⁴

Nuestra legislación Procesal Penal define como querellante legítimo, a la víctima del delito, según los términos previstos en su artículo 79, es decir:

«Artículo 79: La Víctima. Se considera víctima del delito:

1. La persona ofendida directamente por el delito.
2. El cónyuge, el conviviente en unión de hecho, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos de la persona ofendida.
3. Los socios, en relación con los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administran, gerencian o controlan.

4. Las asociaciones reconocidas por el Estado, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado o afecten servicios públicos, siempre que el objeto de la asociación se relacione directamente con esos intereses.
5. Las instituciones y entes públicos afectados en los casos de delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico, o cuando por cualquier circunstancia se encuentren afectados sus bienes.
6. En general, toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños y/o lesiones físicas, mentales o emocionales, incluyendo la pérdida financiera o el menoscabo sustancial de sus derechos, como consecuencia de acciones que violen la legislación penal vigente, con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al infractor y de la relación familiar existente entre ellos».

La citada norma permite que el concepto de víctima sea extensivo no sólo a personas naturales, sino también a personas jurídicas¹⁵.

Y en ese sentido de extensión a los querellantes legítimos derivados de la condición de víctimas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, en casos como el de las *Hermanas Serrano Cruz, Villagrán Morales*¹⁷, *Bámaca*

14 Artículo 271. Formas de inicio de la investigación preliminar. La investigación preliminar del hecho punible podrá iniciarse de oficio, por denuncia o por querrela. Artículo 272. Objeto de la investigación. La fase de investigación tiene por objeto procurar la resolución del conflicto si ello resulta posible, y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, presentados por el Ministerio Público o el querrelante o ambos, con la oportunidad de la defensa del imputado.

15 Waller, Irvin. (2020). *Derechos para las Víctimas del delito. Equilibrar la Justicia*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE)

16 Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Marzo de 2005). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=247

17 Beloff, Mary. (2004). Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires: Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle"). Obtenido de https://docs.escri-net.org/usr_doc/Comentario_Mary_Beloff_Cap-2-III.pdf

Velásquez¹⁸ y Molina Theissen¹⁹ ha dejado claro el hecho de que las víctimas son tanto la persona objeto del hecho ilícito (la persona desaparecida, torturada, intenso sufrimiento y la desesperación causada, entre otros) como sus familiares inmediatos²⁰. La variada jurisprudencia de la Corte IDH, nos permite comprender la incorporación progresiva de la víctima, a través del reconocimiento de sus derechos²¹.

La legitimación de la víctima del delito, de conformidad con el artículo 85 del Código Procesal Penal exige que «en los delitos investigables de oficio, la víctima o su representante legal podrá promover la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el Fiscal». La norma reconoce al Estado el derecho a constituirse como querellante, cuando sus instituciones resultan víctima del delito, como ocurre en los delitos contra la administración pública, entre otros²².

La normativa procesal igualmente prevé la oportunidad de desistir para la víctima-querellante, como un procedimiento alternativo de solución al conflicto penal, de conformidad a los artículos 201,²³ 202²⁴ y 203²⁵, referente al: catálogo de delitos aplicable, las condiciones para el desistimiento y su control judicial, respectivamente.

La etapa de investigación inicia formalmente una vez que el juez de garantías, como consecuencia de una audiencia de imputación haya fijado el plazo de seis (6) meses o menor a este para concluir la investigación en sí. Previo a la fijación del plazo de investigación, el Ministerio Público está facultado para practicar diligencias que conduzcan a la comprobación del hecho ilícito y a la identificación de los autores y partícipes en este.

Si durante esa investigación preliminar no judicializada, el Fiscal no logra: individualizar al autor o partícipe del hecho ilícito, reunir los elementos de convicción necesarios,

-
- 18 Case of *Bámaca-Velásquez vs Guatemala* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Febrero de 2002). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_91_ing.pdf
- 19 Rostica, Julieta C. (2021). La justicia frente a los crímenes de lesa humanidad y genocidio en Guatemala: Avances y retrocesos desde un caso testigo. El caso Molina Theissen. *Revista de Estudios sobre Genocidio*, 63-79.
- 20 Ríos Tovar, L. (Julio-Diciembre de 2020). La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana*, 50(133), 429-453. Obtenido de <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a09>
- 21 Barrera, Luis F. (Julio-Diciembre de 2017). La corte interamericana de derechos humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. *Revista Ratio Juris*, 12(25), 69-87. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6427269>
- 22 Báez, Julio José Rojas. (2010). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos. *American University International Law Review*, 23(1), 91-126. Obtenido de <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/5/>
- 23 Artículo 201. Oportunidad y clases de delitos. Antes del juicio oral se podrá desistir de la pretensión punitiva, en los siguientes delitos: 1. Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas. 2. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque. 3. Incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad. 4. Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado. 5. Contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública. 6. Calumnia e injuria. 7. Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto. 8. Falsificación de documentos en perjuicio de particulares.
- 24 Artículo 202. Condiciones para el desistimiento. En la admisión del desistimiento se tendrán en cuenta las siguientes condiciones: 1. Que se haya acordado el resarcimiento de los daños y perjuicios. 2. Que, tratándose de violación de domicilio, no debe haber sido ejecutada con violencia sobre las personas, con armas o por dos o más personas. En los casos de homicidio culposo, no procede el desistimiento cuando el imputado estaba bajo los efectos de bebidas embriagantes, de drogas o sustancias que produzcan dependencia física o síquica o cuando el agente abandone, sin justa causa, el lugar de la comisión de los hechos. En los delitos relativos a los derechos laborales, el desistimiento procede cuando la persona imputada haya remitido las cuotas empleado-empleador o los descuentos voluntarios a la entidad correspondiente antes del juicio oral.
- 25 Artículo 203. Control judicial del desistimiento. La víctima en la fase de investigación podrá presentar desistimiento de la pretensión punitiva ante el Juez de Garantías con relación a los delitos permitidos por este Código. El Juez de Garantías, en una audiencia oral con la participación de las partes, se pronunciará sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, mediante resolución irrecurrible. En el supuesto de admitirlo aprobará el acuerdo y declarará extinguida la acción penal, en caso contrario continuará el procedimiento.

comprobar la existencia de un delito, entonces podrá, mediante resolución motivada, disponer el archivo provisional del caso. Esta decisión no es absoluta, ya que si con posterioridad surgen elementos que permitan identificar los autores o partícipes, la causa podrá ser reaperturada, conforme establece el Código Procesal Penal²⁶.

Las víctimas-denunciantes y las víctimas-querellantes, asimismo, se encuentran legitimadas para solicitar la revisión del archivo, la cual tendrá lugar en una audiencia de afectación, en la cual, por una parte, las víctimas expondrán las razones por las que consideran que sus derechos han sido vulnerados y, por el otro lado, el representante del Ministerio Público, defenderá las razones que lo motivaron a decretar un archivo de la causa sometida a su conocimiento. El juez por su parte, decidirá si mantiene o no el archivo.

A pesar de que víctimas-víctimas y víctimas-querellantes, pueden incidentar la decisión del archivo adoptada por el Fiscal de la causa y quedará a la expectativa que este decida reabirla, si con posterioridad, surgen elementos que permitan identificar a los autores o partícipes del hecho punible. En la práctica, las víctimas del delito, si deciden sólo denunciar, quedan en una desventaja procesal frente a aquellas que deciden querellar, pues las primeras se someten a la expectativa antes descrita, mientras que las segundas, pueden confrontar judicialmente la decisión adoptada por el Ministerio Público, haciendo valer sus derechos.

Desde la perspectiva de la dignidad humana, contenida en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, «todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación»; y es por ello, que víctimas-denunciantes y víctimas-querellantes, pueden exponer ante el Juez de Garantías, cualquier vulneración de derechos que consideren materializada con la decisión de archivo de la causa proferida por el Ministerio Público. De igual forma, el artículo 8 de la propia declaración sostiene que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley»²⁷.

En ese mismo sentido, el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles Políticos establece que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial». La Convención Americana, en su artículo 24, referente a la igualdad ante la Ley, indica que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley²⁸.

26 Artículo 275. Archivo provisional. El Fiscal puede disponer el archivo del caso, motivando las razones, si no ha podido individualizar al autor o partícipe o es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción. En este caso, se podrá reabrir la investigación si con posterioridad surgen elementos que permitan identificar a los autores o partícipes. Así mismo, dispondrá el archivo, si estima que el hecho no constituye delito, desestimando la denuncia o las actuaciones. Su decisión será revisada por el Juez de Garantías si la víctima lo solicita. Artículo 276. Deber del Ministerio Público. Es deber del Ministerio Público promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y de los promovidos por querrela, mediante el acopio de cualquier elemento de convicción ajustado a los protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses necesarias para esa finalidad. El Fiscal respectivo realizará todas las investigaciones necesarias con relación a los hechos de los cuales tenga conocimiento con la colaboración de los organismos de investigación. Podrá disponer, en la forma prevista en este Código, las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.

27 Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido de https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

28 Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

La propia Constitución Política de Panamá establece que las autoridades de la República de Panamá están instituidas para «asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley... Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona». El Código Procesal Penal, en sus artículos 3²⁹ y 19³⁰, sobre los principios del proceso y en específico, aquel que refiere a la igualdad procesal de las partes, «se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y los derechos previstos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y en este Código. Los jueces preservan el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten...».

ello, independientemente, legitimada frente a la víctima-querellante, toda vez que la comunicación que la primera realiza al Ministerio Público de la ocurrencia de un delito investigable de oficio, no la convierte en parte del proceso, ni la obliga a probar su relato. No obstante, ese criterio genera, desde la perspectiva de los derechos humanos, un

sesgo que limita el principio de igualdad ante la ley, como elemento básico del derecho fundamental de acceso a la justicia. Este impedimento legal, podría frente a una eventual reforma procesal ser eliminado o redactado con un enfoque más participativo, sin distingo alguno de los tipos de víctimas; caso parecido ocurre, por ejemplo, en el caso de los acuerdos de pena, donde la negociación del mismo, sólo contempla la participación del Ministerio Público y del imputado, dejando por fuera a la víctima del delito o a la representación de esta.

La revisión del archivo dispuesto por el Fiscal de la causa, permite al ente jurisdiccional frenar posibles vulneraciones de derechos y contribuir con la continuidad de las investigaciones que el Ministerio Público está llamado a realizar con objetividad e imparcialidad, es decir, que se investigue lo favorable y lo desfavorable. El acceso a la justicia es un derecho humano de vital importancia para la convivencia pacífica entre los ciudadanos y el goce de los bienes jurídicos que garantizan una vida digna; en ese sentido, cuando un juez de garantías dispone el desarchivo de la investigación y, en consecuencia, la continuidad de las diligencias, también aplicando ese test de legalidad a todos aquellos procesos iniciados por querrela, pero a los cuales se les ha aplicado un criterio de oportunidad³¹.

29 Artículo 3. Principios del proceso. En el proceso se observan los principios del debido proceso, contradicción, inmediatez, simplificación, eficacia, oralidad, publicidad, concentración, estricta igualdad de las partes, economía procesal, legalidad, constitucionalización del proceso y derecho de defensa.

30 Artículo 19. Igualdad procesal de las partes. Se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y los derechos previstos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y en este Código.

31 Artículo 212. Criterios de oportunidad. Los agentes del Ministerio Público podrán suspender o prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando el autor o partícipe del delito haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haga innecesaria y desproporcionada una pena. 2. Cuando se trate de un hecho que no afecte gravemente el interés de la colectividad o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia. 3. Cuando la acción penal esté prescrita o extinguida. No procede la aplicación del criterio de oportunidad en los delitos que afecten el patrimonio del Estado o cuando el imputado hubiera sido un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de este, cuando hubiera cometido dicho delito.

Artículo 213. Efectos de la aplicación del criterio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterio de oportunidad declara extinguida la acción penal con relación del participante de quien a favor se decide.

Artículo 214. Control de la medida. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación del criterio de oportunidad será notificada a la víctima o al querellante conforme a la regla general de notificaciones contenida en este Código, para que, dentro de los quince días siguientes, anuncie sus objeciones, caso en el que se someterá al control por parte del Juez de Garantías dentro de los diez días siguientes. En la audiencia el Juez escuchará a la víctima y decidirá de plano sobre la extinción o no de la acción penal, instando en este caso a que se continúe con la investigación.

En virtud de lo anterior, el querellante tiene un rol legitimado, que lo constituye en un sujeto procesal, no sólo en los delitos de acción privada, sino también en todos aquellos, donde la víctima además de comunicar la probable comisión de un delito, decide constituirse en parte del proceso, con lo cual podrá promover la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el Fiscal, sin que esto represente una interferencia a las funciones que el Ministerio Público realiza y consciente en todo momento, que toda actuación contraria a derecho dentro del proceso acarrea en sí consecuencias. Asimismo, frente a los derechos fundamentales (derechos subjetivos, garantías constitucionales-legales y los deberes positivos que vinculan a los distintos ejes del poder público) el Estado está comprometido no sólo a respetar los derechos del querellante sino también a contribuir a la realización de estos, a través de la legalidad procesal y el respeto a los derechos humanos, basado en lo dispuesto en la Constitución, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá.

IV. Conclusión

Termino este artículo señalando que existe un reconocimiento de derechos fundamentales derivados de la querrela, como forma de ejercicio de la acción penal y a su vez, a favor de la víctima, como sujeto pasivo del delito. El sistema penal acusatorio panameño se inspira en el respeto a los derechos humanos y en la solución del conflicto; y en ese sentido, el aporte de la jurisprudencia interamericana ha sido positivo, pues ha permitido la sensibilización de nuestros operarios de justicia, en cuanto a la importancia de la tutela concreta de derechos y libertades de las distintas víctimas-denunciantes y víctimas-querellantes. La importancia del tema abre

el debate serio, a posibles modificaciones, en cuanto a las limitaciones que hoy las víctimas del delito enfrentan en el proceso penal, los acuerdos de pena son un ejemplo de ello, pues este procedimiento alterno, sólo le reconoce participación directa al Juez de Garantías, el Ministerio Público y al imputado.

Referencias

Asamblea de la Organización de Naciones Unidas. (29 de noviembre de 1985). *La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Resolución 40/34.

Báez, Julio José Rojas. (2010). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos. *American University International Law Review*, 23(1), 91-126. Obtenido de <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/5/>

Bailón Corres, Moisés J. .(2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales . *Derechos Humanos México*(12), 103-128. Obtenido de <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>

Barrera, Luis F. (Julio-Diciembre de 2017). La corte interamericana de derechos humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. *Revista Ratio Juris*, 12(25), 69-87. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6427269>

Beloff, Mary. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Cuando un caso no es «el caso». Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los «Niños de la calle»). Obtenido de https://docs.escri-net.org/usr_doc/Comentario_Mary_Beloff_Cap-2-III.pdf

Cadavid Otero, Margarita. M. (2015). *Derechos humanos y sistemas de protección: el caso de los órganos cuasi jurídicos del Sistema Universal y Regional Americano*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10654/13892>

Case of *Bámaca-Velásquez vs Guatemala* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Febrero de 2002). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_91_ing.pdf

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Marzo de 2005). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=247

Código Procesal Penal [CPP]. (28 de agosto de 2008). *Ley No. 63*. Panamá: G.O. 26114.

Constitución Política de la República de Panamá [CONST]. (1972). *Ley No. 1 de 11 de octubre*. Panamá: G.O. 17210.

Gazmuri Rivero, Consuelo. (2004). *Los derechos fundamentales en la empresa: algunas perspectivas de género*. Chile: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Obtenido de https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-71195_archivo_01.pdf

Gil, Amparo S. (2007). El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2-26. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327515>

Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Nikken, Pedro . (1994). El concepto de derechos humanos. *Estudio de Derecho Humanos(I)*, 15-27. Obtenido de <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>

Ovalle B., Marcelo I. (2019). La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile. *Revista de Fundamentación Jurídica*, 28(1), 35-68. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/720/72060572002/html/>

Ríos Tovar, L. (Julio-Diciembre de 2020). La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana*, 50(133), 429-453. Obtenido de <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a09>

Rodríguez, Javier L. (2007). *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24328.pdf>

Rostica, Julieta C. (2021). La justicia frente a los crímenes de lesa humanidad y genocidio en Guatemala: Avances y retrocesos desde un caso testigo. El caso Molina Theissen. *Revista de Estudios sobre Genocidio*, 63-79.

Waller, Irvin. (2020). *Derechos para las Víctimas del delito. Equilibrar la Justicia*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

CONVOCATORIA

Para remisión de trabajos para la revista *luris Forum*

El Consejo Editorial de la Revista *luris Forum* invita a autoras y autores para la remisión de trabajos de derecho público y privado, nacional, internacional o comparado. Se aceptarán ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, así como reseñas o reseñas de libros, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial para su evaluación y aceptación. Para mayor información, favor, visitar los documentos en el sitio web de la revista.

La Revista *luris Forum* publica principalmente documentos inéditos en español, pero pueden incluirse textos en otros idiomas. La primera página del trabajo debe contener: (a) Título del trabajo; (b) Nombre del autor (o autores, en caso de colaboración); (c) Resumen de la hoja de vida, últimos títulos alcanzados, tipo de afiliación institucional, país de origen y correo electrónico de contacto del autor (o autores, en caso de colaboración) como primer pie de página del trabajo; (d) Resumen de un párrafo, en español, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (e) Resumen de un párrafo, en inglés, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (f) Un máximo de cinco palabras claves (en inglés y español) que más identifiquen los puntos clave o temáticas de investigación del trabajo; (g) Dirección electrónica del autor (o autores, en caso de colaboración).

El autor (o autores, en caso de colaboración) puede someter para publicación artículos o ensayos científicos, reseñas y comentarios de legislación o jurisprudencia nacional e internacional, entrevistas a juristas nacionales e internacionales y reseñas bibliográficas. Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico, en formato .doc (Word), a 1½ espacio y en tipografía Times New Roman 12, márgenes izquierdo y derecho de una pulgada y todas las páginas deben estar numeradas.

Los artículos y ensayos no deben superar las 15,000 palabras (incluyendo introducción y conclusión) o no ser menor de 10 ni mayor de 25 páginas. Por su parte, las reseñas y entrevistas no deben superar las 5,000 palabras o no ser menor de cinco ni mayor de 10 páginas. No obstante, el Consejo Editorial de la revista podrá dispensar de estos límites cuando se justifique la publicación. Las colaboraciones podrán incluir, al final del texto y en orden alfabético, la bibliografía de los libros, artículos de revistas y ensayos en obras colectivas que sustenten el trabajo presentado, siguiendo los criterios indicados más abajo.

La extensión de la bibliografía no se computa respecto de ningún tipo de colaboración; tampoco se computa la extensión de los resúmenes y las palabras claves, en inglés y español.

Para la elaboración de las notas a pie de página y las referencias bibliográficas se requiere el formato de la norma ISO 690:2010. Las referencias bibliográficas deberán ordenarse alfabéticamente según el formato de la norma ISO 690:2010 al final del documento.

Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico a la siguiente dirección electrónica publicacionesderecho-csd@ce.pucmm.edu.do El Consejo Editorial examinará cada trabajo según criterios de pertinencia, coherencia, aporte y estilo para decidir sobre la conveniencia de su publicación; posteriormente, se envían a dos miembros del Comité Evaluador, quienes evalúan, objetiva y anónimamente, la calidad del artículo.



Campus de Santiago

Autopista Duarte km 1 1/2, Santiago, República Dominicana
T. 809 580 1962

Campus de Santo Domingo

Av. Abraham Lincoln esq. Av. Simón Bolívar, Santo Domingo, República Dominicana
T. 809 580 1962