



Revista

IURIS Forum

Enero-junio 2024 • Número 7 • ISSN 2811-4949



Escuela de Derecho



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra



PUCMM
Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Revista IURIS FORUM

Número 7, enero-junio 2024
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, 2024

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

**Vicerrectora de Investigación
e innovación de la PUCMM**

Dr.^a Virginia Flores Sasso

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

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

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

Lic. Héctor Alíes Rivas

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

Lic. Edwin Espinal Hernández

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

Dr. Flavio Darío Espinal

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

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



Consejo Editorial permanente

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

Jimena Conde Jiminián

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

Amaury Reyes-Torres



CONTENIDO

5

Editorial
Comité Editorial

ARTÍCULOS

7

Aspectos fundamentales de los delitos socioeconómicos: especial referencia a las legislaciones de Colombia y la República Dominicana
Dr. Hernando A. Hernández Quintero

25

El terreno conocido y las áreas menos exploradas de la usucapión
Bayoán Rodríguez Portalatín

45

Superposición de roles en el fideicomiso de garantía
Wilson Martínez

56

Buena administración y reparación administrativa de daños sin intervención judicial
Víctor A. León Morel

64

Receptividad congresual de las exhortaciones del Tribunal Constitucional
Rosina Ramírez Ramírez y Rawill de Jesús Guzmán Rosario

86

La responsabilidad del Ministerio Público por los daños de la prisión preventiva terminada por vencimiento del plazo máximo de la investigación, archivo por falta de pruebas y prescripción de la acción penal
Julio Ernesto Ortiz Peguero

120

Judicialización de la política: excesos del control jurisdiccional de constitucionalidad y evaluación del sistema dominicano
Joel David García

142

El autismo social de los operadores jurídicos
Jesús Elías Michelén



Editorial IURIS Forum

La Revista *Iuris Forum*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), comparte con la comunidad jurídica nacional e internacional su séptimo número, correspondiente al período enero-junio de 2024.

Este número inicia con la contribución del Dr. Hernando A. Hernández Quintero, profesor titular de la Universidad de Ibagué, Colombia, intitulada *Aspectos fundamentales de los delitos socioeconómicos: especial referencia a las legislaciones de Colombia y la República Dominicana*. En este trabajo identifica, en un ejercicio comparado de ambas jurisdicciones, cómo los delitos contra el orden económico social sancionan, lesionan o amenazan los intereses colectivos.

A seguidas, el magistrado, profesor y experto en materia inmobiliaria, Bayoán Rodríguez Portalatín, desarrolla en *El terreno conocido y las áreas menos exploradas de la usucapión* las características principales de este mecanismo, también denominado prescripción adquisitiva, el cual permite adquirir la propiedad y otros derechos reales mediante una posesión prolongada, una vez reunidas ciertas condiciones y, en consecuencia, permite convertir situaciones de hecho en verdaderos derechos subjetivos, consolidándolos y contribuyendo con la seguridad jurídica.

Precisados estos aspectos, el Lic. Wilson Martínez, estudioso de las instituciones del fideicomiso y las alianzas público-privadas, explica en *Superposición de roles en el fideicomiso de garantía* cómo se produce una simbiosis entre la relación que crea las obligaciones a garantizar y la relación que involucra al fideicomitente, fiduciario, beneficiario y fideicomisario y las distintas discusiones jurídicas que ello acarrea. A este interesante análisis le acompaña el trabajo de Rosina Ramírez Ramírez y Rawill de Jesús Guzmán Rosario sobre la *Receptividad congresual de las exhortaciones del Tribunal Constitucional*, en el que examinan cómo este tipo de sentencias -exhortativas- motivan a las cámaras legislativas a legislar con la intención de evitar vacíos jurídicos ante la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma o la consolidación de un vacío existente debido a una omisión legislativa.

Las contribuciones siguientes, sobre *La responsabilidad del Ministerio Público por los daños de la prisión preventiva terminada por vencimiento del plazo máximo de la investigación, archivo por falta de pruebas y prescripción de la acción penal y la Judicialización de la política: excesos del control jurisdiccional de constitucionalidad y evaluación del sistema dominicano*, son de la autoría, respectiva, de dos estudiantes de derecho de esta Casa de Estudios, Julio Ernesto Ortiz Peguero y Joel David

García. La primera analiza la posibilidad de acreditar la responsabilidad del Ministerio Público por la prisión preventiva sufrida luego de un proceso penal culminado en prescripción, archivo por falta de pruebas y vencimiento del plazo máximo de la investigación, con el fin de establecer si se encontrara en la obligación de indemnizar por el daño causado. La segunda, por su parte, esgrime que los desafíos e implicaciones antirrepublicanos y antidemocráticos del control jurisdiccional de la constitucionalidad no son ínsitos de la figura, sino que surgen a partir de los fracasos, ambigüedades y vacíos del marco constitucional en el cual opera.

Por último, y aunque la Revista *Iuris Forum* se limita a publicar trabajos inéditos, incluye en este número la especial contribución del Dr. Jesús Elías Michelén Embarek, profesor de esta Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, intitulada *El autismo social de los operadores jurídicos* que, a su vez, fue seleccionada para integrar la obra colectiva *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El contenido de este trabajo fue presentado por el Dr. Michelén Embarek en el XI Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica: Aportaciones en la Era de la Inteligencia Artificial, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y celebrado del 27 de noviembre al 1 de diciembre de 2023.

La variopinta diversidad de temas abordados por este séptimo número de *Iuris Forum* evidencia no sólo la riqueza del derecho, sino también cómo esta iniciativa incide positivamente en la comunidad jurídica dominicana, incluyendo sus miembros más recientes, y continúa generando interés entre juristas de la región.

Por esta razón, la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y el Comité Editorial de la revista reiteran el llamado a los abogados, profesores e investigadores, tanto nacionales e internacionales, para seguir aportando al desarrollo del pensamiento crítico a través de contribuciones doctrinales de marcada relevancia, como los que a la fecha han integrado las páginas de esta revista. A estos fines, todo interesado puede contactar al Comité Editorial vía la cuenta de correo electrónico publicacionesderecho-csd@ce.pucmm.edu.do

Aspectos fundamentales de los delitos socioeconómicos: especial referencia a las legislaciones de Colombia y la República Dominicana

Dr. Hernando A. Hernández Quintero¹

Recibido: 20 de febrero de 2024 – Aceptado: 10 de junio de 2024

Resumen

Los delitos contra el orden económico social sancionan, en forma prioritaria, comportamientos que lesionan o ponen en peligro intereses colectivos, lo cual sugiere que se doten de características especiales. En la presente contribución se pretende identificar esas particularidades, con especial énfasis en las legislaciones penales de Colombia y la República Dominicana.

Palabras clave: intervención del Estado en la economía, delitos financieros, delitos bursátiles, pánico económico, usura.

Abstract

Criminal offences against the economic and social order punish, as a priority, behaviors that harm or endanger collective interests, which suggests that they should have special characteristics. The aim of this contribution is to identify these particularities, with special emphasis on the criminal legislation of Colombia and the Dominican Republic.

Keywords: State intervention in the economy, financial crimes, stock market crimes, economic panic, usury.

¹ Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor por la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor Catedrático de la Universidad de Ibagué y de posgrado en las Universidades Externado de Colombia, Libre (Bogotá, Cali), Pontificia Bolivariana de Medellín, Santiago de Cali, Católica de Colombia e Ibagué y de Derecho Penal Financiero en la Maestría en Derecho de los Mercados Financieros en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de República Dominicana. Miembro del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Investigador Emérito por Colciencias. ORCID: 0000-0001-7366-3719. Hernando.hernandez@unibague.edu.co

1. La intervención del Estado en la economía y su influencia en la creación y evolución del derecho penal económico

A finales del siglo dieciocho y a lo largo del diecinueve, con el avance de la ideología liberal, se impuso la autorregulación que Adam Smith identificara con la mano invisible que corrige las fallas del mercado, política en la que el Estado se limitaba a ser un simple gendarme y a evitar que las condiciones del mercado fueran alteradas por los abusos de los particulares, lo que llevó a que se le diera el título de «Estado guardia nocturno», como lo señala Carlos de Oliveira².

De esta forma, el Estado liberal no interviene en la economía, se limita a definir el marco, las condiciones básicas para desarrollar el contrato social, a la protección de la paz ciudadana y la defensa de las fronteras³. En esta época cobra un gran auge el derecho administrativo sancionatorio. Por eso, como lo sostiene García Cavero, «conductas como la usura, el acaparamiento, el abuso de posición monopólica, incluso el delito de bancarrota, no deberían ser propiamente delitos en sentido estricto, sino infracciones del derecho de policía»⁴.

En las postrimerías del siglo diecinueve, surge una competencia feroz en el mercado y aparecen grandes monopolios, fusiones que crean poderosas empresas, a tal punto que

la libre competencia que pregona el modelo liberal amenaza con destruir la economía, situación que obliga a la protección del Estado. En 1890 se conoce en los Estados Unidos la primera ley de intervención económica, identificada con el nombre de Sherman Flet, nombre del senador que la impulsó y que, al decir de algunos autores, da inicio al derecho económico público. Como lo afirma Romero Soto, con la Sherman Act «se pretendió prohibir toda forma de restricción de las condiciones del mercado, especialmente de la competencia, la configuración de monopolios o maniobras que condujeran a resultados semejantes, por ejemplo, la discriminación de precios»⁵.

De otra parte, en Europa la unificación alemana bajo Bismarck impulsó una política de intervencionismo estatal en el campo socioeconómico y se introducen entonces ilícitos administrativos y tipos penales económicos y financieros y con ellos nace el derecho penal económico financiero, que protege el mercado de valores, los derechos de los trabajadores y la calidad de los alimentos, entre otros⁶.

En la época posindustrial, durante las primeras décadas del siglo veinte, se avanza en el intervencionismo del Estado en la economía, al controlar la producción, los precios y el derecho de la seguridad social que establece una serie de obligaciones para las empresas; así, en el período comprendido entre 1890 y 1920, se crea el Estado social económico del derecho,

2 Carlos de Oliveira, Ana Carolina. *Los deberes de colaboración en el Blanqueo de Capitales*. Barcelona: Atelier, 2023, p. 176.

3 Guinard Hernández, David. «La "regulación económica" como instrumento de dirección estatal en la economía». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, p. 178.

4 García Cavero, Percy. *Derecho penal económico: parte general*, 4.ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2022, p. 46.

5 Romero Soto, Luis E. «Los delitos económicos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado». En: *Cambio Jurídico*, 1. Bogotá: Universidad de los Andes, CIJUS, 1988, p. 55.

6 Vervaele, John A. E. «Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero». En: *Reflexiones jurídicas y políticas*, n.º 3. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2011, p. 16.

el Estado intervencionista⁷. Estos criterios se evidencian en las constituciones de México de 1917, Weimar de 1919 y de España de 1931.

Asimismo, debe destacarse que antes de la Primera Guerra Mundial fue evidente el abandono del Estado liberal para dar paso al Estado interventor que decide, especialmente en Europa, la creación de diversos tipos penales que sancionaban las violaciones a normas de contenido económico, en lo que se denominó «economía de guerra», las cuales se intensificaron en Alemania durante la primera confrontación bélica mundial, para aminorar los efectos de la galopante inflación⁸.

1.1 El gran crac de la Bolsa de Nueva York en 1929

Durante la primera década del siglo XX, Estados Unidos disfrutó de una gran prosperidad económica y los ciudadanos alcanzaron un elevado nivel de vida a partir de generosos salarios que les permitían una alta capacidad de consumo. En medio de esta bonanza, los banqueros, y en especial el presidente de la Bolsa de Nueva York, promovieron la idea de que todas las personas, aun las de menos recursos, podían acceder a la compra de acciones. Se popularizó su frase «los beneficios de un sistema capitalista se están haciendo casi universales y la riqueza llega a todos los niveles sociales»⁹.

La historia cuenta que las personas acudían a los bancos para obtener préstamos con

el fin de adquirir nuevas acciones y que los banqueros fueron generosos al otorgarlos a pesar de no tener mayor respaldo. El valor de las acciones entre 1923 y 1929 aumentó hasta en un 350 %, lo que impulsó a los inversores a reinvertir sus ganancias en estos títulos. Como lo advierte Varó, «el optimismo devino en euforia. Obtener altas rentabilidades se convirtió en algo cotidiano. Todo parecía tan fácil, que los ciudadanos no dudaban en endeudarse para tener más dinero con el que invertir»¹⁰. Empero, cuando los especuladores decidieron retirarse del mercado, el valor de la acción empezó a caer y los improvisados inversionistas, presos del pánico, trataban con afán de vender sus participaciones con la connatural pérdida. Se afirma que al posesionarse el presidente Roosevelt, en 1933, «la depresión empeoró y más de 5.000 bancos se vieron obligados a cerrar sus puertas con unas pérdidas superiores a los 3.400 millones de dólares para los ahorradores»¹¹.

Como consecuencia de esta lamentada crisis y de la imposibilidad de banqueros e industriales para poner a flote la economía, se abandonaron las teorías de la autorregulación del mercado, esbozadas por Adam Smith, para adoptar las propuestas del profesor Maynard Keynes que recomendaban la intervención del Estado en la economía¹².

Por vía legislativa, se atacaron los efectos de las crisis con la expedición de la Ley Glass-Steagall de 1933, que prohibió a los bancos comerciales

7 *Ibid.*

8 García Caveró, Percy. *Derecho penal económico*. Op. cit., p. 48.

9 Jaramillo Bustamante, Horacio. *Bancarrotas en la historia: lecciones económicas para todos*. Bogotá: TM Editores, 1997, p. 104

10 Varó, Vicente. *¿Para qué sirven realmente...? Los mercados financieros*. Barcelona: Paidós, 2013, p. 54.

11 *Ibid.*, p. 114.

12 Jaramillo Bustamante, Horacio. *Bancarrotas en la historia: lecciones económicas para todos*. Op. cit., p. 105.

dedicarse directamente o a través de filiales a las actividades de inversión. Asimismo, se creó en 1934 una entidad encargada de asegurar los depósitos de los bancos hipotecarios¹³. De esta forma, como lo advierte el maestro Luis Enrique Romero Soto, el Estado fue abandonando su papel de mero espectador de los cambios económicos para asumir un rol de actor y director de dichos cambios, creándose con ello un nuevo criterio, el de «orden público económico», el cual debe ser protegido por normas del Código Penal y leyes especiales¹⁴.

Por lo anterior, le asiste la razón al reconocido jurista dominicano Manuel Ulises Bonnelly Vega cuando precisa:

No obstante, estos antecedentes, se puede afirmar que el Derecho Penal Económico comienza a existir como tal cuando aparece la idea de economía dirigida y centralizada. Es decir, que mientras el Estado no interviene de manera formal en la economía no se puede afirmar que existe el Derecho Penal Económico.¹⁵

Por esta vía, concluye que «el punto de partida del derecho penal económico se suele fijar a partir de la crisis del capitalismo que tuvo lugar en 1929»¹⁶.

En resumen, durante el período de 1930 a 1950, se advierte la recesión económica en Europa y la caída de la Bolsa de Valores de Wall Street, que impone la creación de una Superintendencia de Valores en los Estados

Unidos, con poderes de vigilancia y sanción con consecuencias administrativas y penales. Luego, con la aparición de los regímenes totalitarios, al producirse un avance exponencial del derecho penal de emergencia, este se transforma en derecho penal económico bélico¹⁷. Por ello, como lo reseña García Caveró: «El Derecho de Policía en sentido estricto quedó relegado a un segundo plano, mientras que el Derecho Penal se convirtió en la *prima ratio* para la protección de la economía global»¹⁸.

1.2 La intervención del Estado en la economía en Colombia

Se puede afirmar sin temor que la intervención del Estado en la economía colombiana aparece con la reforma constitucional de 1936, que impulsó la llamada Revolución en marcha, con el advenimiento de la República Liberal con el presidente Alfonso López Pumarejo y las luces jurídicas del ilustre tolimense Darío Echandía. Este mandato, con ligeros retoques introducidos por los actos legislativos 1.º de 1945 y 1.º de 1968, fue reiterado en los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución de 1991. En el artículo 333 se permite la iniciativa privada y la libertad de empresa (economía social de mercado) y en el 334 se autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley en la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios (intervención estatal), con lo que se concluye que se trata de una economía

13 Restrepo, Juan Camilo y Antonio José Núñez. *Diálogos sobre las crisis financieras*, 2.ª ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 35.

14 Romero Soto, Luis E. «Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado». *Op. cit.*, p. 37.

15 Bonnelly, Manuel Ulises. *Una aproximación al derecho penal económico dominicano, parte general*. Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2021, p. 20.

16 *Ibid.*

17 Vervaele, John A. E. Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero. *Op. cit.*, pp. 1516.

18 García Caveró, Percy. *Derecho penal económico*. *Op. cit.*, p. 49.

social de mercado, con intervención estatal. A su turno, el 335 exige autorización expresa para ejercer la actividad financiera, bursátil y aseguradora.

1.3 La intervención del Estado en la economía en República Dominicana

La regulación dominicana es muy similar a la colombiana, pues si bien los artículos 50 y 51 de la Constitución Política, promulgada el 26 de enero de 2010, establecen la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, la cual tiene una función social, en el propio artículo 50 se declara que el Estado «podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país». Por ello afirma con razón el tratadista Bonnelly Vega:

En el sistema político que impera en la República Dominicana, el orden público económico se fundamenta en el equilibrio entre la llamada «economía de libre mercado», en la cual participan de forma activa tanto el sector público como el privado- y la intervención estatal cuyo propósito principal es mantener el orden y garantizar que las relaciones económicas sean equitativas, para lo cual debe evitar los abusos y las arbitrariedades que puedan surgir en contra de la comunidad y, en particular, de aquellos sectores más débiles de la sociedad.¹⁹

Con todo, los ilustres profesores Eduardo Jorge Prats y Omar Victoria Contreras afirman que en República Dominicana estamos frente a un

Estado regulador, es decir un Estado no estrictamente intervencionista, un Estado ordenador o garante, asociado originalmente con los procesos de privatización de las empresas públicas y liberación de los servicios públicos, y que trata de ordenar los mercados en lugar de dirigirlos, para lo cual requiere la puesta en pie de autoridades independientes que supervisen y controlen la economía en lugar de intervenirla directamente como Estado empresario, organismos reguladores cuya finalidad es garantizar la eficacia del mercado, no solo en términos económicos, sino también sociales, por ello no son contradictorios con el Estado Social.²⁰

2. El concepto de delito económico

Uno de los primeros autores que intentó definir el delito económico fue Rafael Miranda Gallino, quien al respecto señaló, desde 1970:

Es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que, como consecuencia, ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño.²¹

Por su parte, Miguel Bajo Fernández, siguiendo algunos criterios que Tiedemann había expresado en Alemania, afirma que para definir el delito económico es preciso identificar

19 Bonnelly Vega, Manuel Ulises. *La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos*. Santo Domingo: Manuel Ulises Bonnelly, 2008, p. 36.

20 Jorge Prats, Eduardo y Omar Victoria Contreras. *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*, 2.ª ed. Santo Domingo: Ius Novum, 2012, p. 37.

21 Miranda Gallino, Rafael. *Delitos contra el orden económico*. Buenos Aires: Panneditte, 1970, p. 25.

previamente el concepto de orden económico social, el cual puede ser analizado en un sentido estricto y en otro amplio. El primero se limitaría a aquellos que atentan contra la «regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país». El segundo se identifica con «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios»²². A partir de esta diferenciación, el jurista español define el delito económico en sentido estricto como «la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país», mientras que, en un sentido amplio, el delito económico sería «aquella infracción que, afectando un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios»²³.

El jurista y Magistrado Dominicano Manuel Ulises Bonnelly Vega, en su destacada obra *Derecho penal económico dominicano*, siguiendo el criterio amplio expresa lo siguiente:

Bajo el concepto de derecho penal económico se estudiaría toda conducta que lesione la confianza en el orden económico o que ponga en peligro la existencia y las formas de actividad de este orden ocasionándole un daño o provocando una situación de la que puede surgir dicho daño.²⁴

3. Evolución legislativa de los delitos contra el orden económico social

3.1 Aspectos generales que han impulsado la evolución legislativa de los delitos socioeconómicos

En materia legislativa, los Países Bajos fueron el primer Estado en tomar medidas económicas después de la Segunda Guerra Mundial. Así, con la Ley del 22 de junio de 1950, creó una ley marco sobre delitos socioeconómicos, cuya estrategia consistía en declarar delitos económicos los contenidos en algunas leyes como la de agio, de divisas, de protección del abastecimiento alimenticio, de vigilancia del crédito, de importación y exportación, de precios, de créditos en dinero con fines de consumo, entre otras²⁵. Recordemos, también, que este país tuvo una de las primeras legislaciones que reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia económica en 1943²⁶.

En el Reino Unido se conoce la Ley de Prevención del Fraude —en las inversiones— de 1958, al igual que los delitos contra la Ley de Control de Cambios de 1947 y la Ley de protección de los depositantes —*Protection of Depositors Act*— de 1963.

En Alemania, como en gran parte de Europa, el moderno desarrollo del derecho penal económico se remonta a la década de 1920, cuando se afirma surgió el derecho económico e industrial, más cerca de las épocas de penuria

22 Bajo Fernández, Miguel. «Los delitos contra el orden económico social». En: *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, pp. 9 ss.

23 Bajo Fernández, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid, 1978, pp. 42 y 43.

24 Bonnelly Vega, Manuel Ulises. *Derecho penal económico dominicano*. Op. cit., p. 141.

25 Vervaele, John A. E. «Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero». Op. cit., p. 21.

26 Ibid., p. 21.

vividas durante las dos guerras mundiales, en especial al finalizar estas²⁷. No obstante, su gran desarrollo se advierte al culminar la Segunda Guerra Mundial, cuando se trató de recortar las amplias facultades en materia penal, concedidas a la administración en la etapa nacionalsocialista. De esta forma, aparece la Ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía, del 26 de julio de 1949, en la cual se advierten conductas penales derivadas de la violación de las normas de intervención del Estado en la economía. Asimismo, se establece una clara diferenciación entre los delitos y las infracciones económico-administrativas, reflejo de la discusión jurídica planteada por autores como James Goldschmit y Erik Wolf²⁸.

El gran auge del estudio de la delincuencia socioeconómica se presenta en 1949, con la publicación de las investigaciones del sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland sobre el delito de *cuello blanco*. Luego de indagar sobre la conducta de setenta empresas en los Estados Unidos, el autor concluye que la causa de la delincuencia no es exclusivamente la pobreza, como se había sostenido hasta entonces, sino que existe una asociación diferencial, de tal forma que las relaciones sociales e interpersonales algunas veces están asociadas con la pobreza y, otras veces, con la riqueza. Por esta vía, llega al concepto central de su tesis: «El delito de “cuello blanco” puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación»²⁹.

Una vez normalizada la situación económica en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, se dictó la Ley del 9 de julio de 1954, Ley para una Nueva Simplificación del Derecho Penal Económico, con la cual se suprimieron varios delitos de contenido económico, especialmente los referidos a la normalidad de los abastecimientos. Como lo advierte Tiedemann, «La economía “social de mercado” regulada por la competencia vino a reemplazar a la economía dirigida o planificada»³⁰.

Más tarde, el 1 de septiembre de 1976, entró en vigor en Alemania la primera Ley contra la Delincuencia Económica, que introdujo la novedosa figura penal del fraude a subvenciones, para sancionar a quienes obtienen ventajas económicas del Estado por exportaciones que no se han realizado, o por la obtención de créditos sin tener derecho a ellos. En 1977, se presentó un proyecto alternativo de Código Penal, con una destacada sistematización del derecho penal económico. Si bien esta normatividad no cobró vigencia, sí sirvió como base para la construcción de los títulos correspondientes al orden económico social en muchos países como España y, por esta vía, Colombia.

Durante las décadas de 1980 y 1990, se presentaron en el mundo desaguizados que motivaron una gran expansión del derecho penal económico y su especie, el derecho financiero. En España, por ejemplo, se descubrieron los malos manejos de Mario Conde en el Banco Banesto, que le produjeron a esa entidad un quebranto patrimonial de 7.000 millones de

27 Tiedemann, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 24.

28 *Ibid.*, pp. 24-25.

29 Sutherland, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1969, p. 13.

30 Tiedemann Claus. *Poder económico y delito*. *Op. cit.*, p. 26.

pesetas³¹. Asimismo, se ventiló el caso de la compañía Colsa, que decidió combinar aceite de cocina con el de usos industriales, hecho que tuvo consecuencias fatales en la vida y la integridad de centenares de ciudadanos³².

En Colombia, como consecuencia de la utilización indebida de fondos captados del público para lograr el dominio de otras entidades, los autopréstamos y la captación ilegal, se presentó una crisis financiera que perjudicó a 70.000 ahorradores y generó pérdidas que a valor presente podrían superar los ocho billones de pesos.

En Venezuela, la quiebra del Banco Latino llevó a la miseria a 1.200.000 personas, seducidas por tasas de interés del 72 %³³. En Albania, el país más pobre de Europa, ladrones piramidales se encargaron de volatizar en su propio beneficio las transferencias de los trabajadores emigrados, que en 1995 ascendieron a 385 millones de dólares³⁴.

México, por su parte, se vio afectado en 1982 por una de las peores crisis en su economía, toda vez que «se obtuvieron múltiples préstamos en millones de dólares, ya que se estaba sufriendo una gran fuga de capitales, desquebrajándose la confianza del público»³⁵.

En el Ecuador se recuerda el pánico bancario de 1998 y 1999, cuando los ahorradores perdieron la confianza en el sector y retiraron sus dineros,

lo que motivó que el Estado tomara el control de varias entidades financieras.

En República Dominicana se vivió en la década de los noventa un festival de cierre de bancos y financieras. Se produjo entonces la intervención y liquidación del Banco Cibao, el Chasse Manhattan Bank fue adquirido por Bancrédito y el Banco Latinoamericano compró el Banco Dominicano del Caribe. En 1993 el Banco Universal fue intervenido. Más tarde corrieron la misma suerte el Banco de los Trabajadores, el Corporativo Internacional y el Latinoamericano³⁶.

En ese momento, para enfrentar esta nueva delincuencia, se produjo una verdadera inflación legislativa en materia de derecho penal económico y financiero. Así, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 en España se consagra el título VIII del libro II a los delitos contra el orden socioeconómico, con once capítulos y cincuenta y siete artículos para regular la materia. Duramente cuestionado, dicho Estatuto solo fue aprobado en 1995, con la Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995, que sitúa en el título XIII los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Los códigos latinoamericanos expedidos a partir de 1980, tales como el colombiano de 1980, el panameño de 1982, el peruano de 1991 y el ecuatoriano de 2014, tuvieron una gran influencia del proyecto de 1980 y su nueva

31 «Caso Banesto: la cárcel, final del trayecto». *El Mundo* [en línea], s. f. [consultado: 15 de noviembre de 2023], párr. 26. Disponible en: <https://www.elmundo.es/especiales/2002/07/economia/conde/cronologia.html>

32 Ruiz Sánchez, Germán. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: Hernando A. Hernández Quintero, coord. *Cuadernos de derecho penal económico n.º 1*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2007, p. 63.

33 Hernández Quintero, Hernando. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 5.ª ed. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2008, p. 419.

34 Hernández Quintero, Hernando. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 10.ª ed.. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2022, pp. 594-595.

35 Montaña Salazar, Alejandro. *Delitos financieros en México*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 44.

36 García, Pablo. «Cronología de múltiples quiebras bancarias en República Dominicana». *El Dinero* [en línea]. 13 de marzo 2017 [consultado: 15 de noviembre de 2023], párr. 8-9. Disponible en: <https://eldinero.com.do/38259>

versión de 1983, especialmente en cuanto a la tipificación de conductas que atentan contra el orden económico social.

De esta forma, podemos encontrar que, en el Código Penal colombiano de 1980 (Decreto 100), el título VII se bautizó «Delitos contra el orden económico social», acogiendo la denominación del Proyecto de Código Penal Español de 1980 y que vino a reemplazar con grandes modificaciones el título IX del Estatuto de 1936, el cual, conforme a la tradición de los códigos latinoamericanos de principios del siglo veinte, se conocía como «Delitos contra la economía, la industria y el comercio». Esta nueva versión de los delitos económicos, a mi juicio, constituyó un cambio de paradigma en el derecho penal colombiano, pues se introdujeron comportamientos que antes estaban dispersos en otros bienes jurídicos y algunos que surgieron en la década de 1970, como la exportación ficticia y la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado.

Empero, la crisis financiera que afectó al país a finales de los ochenta, pocos meses después de dictado el Estatuto Penal, obligó al legislador a recobrar la práctica de dictar normas penales por fuera del Código, lo que se conoce en la doctrina como paratipos penales. Así, mediante la declaratoria de emergencia económica con el Decreto 2920 de 1982, se crearon los delitos contra el sistema financiero. Este modelo fue seguido luego por Venezuela, con la expedición del Decreto 3.228 de 28 de octubre de 1993; Ecuador, con la Ley General de Instituciones Financieras de 2001, en especial frente a la captación ilegal de recursos, y más tarde República Dominicana, con su Ley Monetaria y Financiera, contenido en la Ley 183 de 2002.

Esta forma de tratar los delitos económicos ha recibido el respaldo de algunos doctrinantes que afirman que facilita la modificación de los tipos penales. Sin embargo, otros juristas como Bonnelly Vega sostienen que tales comportamientos deben estar siempre incluidos en el Código Penal, toda vez que con ello se facilita el conocimiento y manejo de las autoridades competentes, se incrementa la seguridad jurídica y se diluye la idea de que se trata de infracciones administrativas³⁷.

En 1988 se suscribió en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que impulsó la creación del delito de lavado de activos en los países signatarios de este acuerdo internacional. Inicialmente, para el cumplimiento de esta tarea, las diferentes naciones expidieron leyes especiales y luego, poco a poco, han venido incorporando esta figura a sus códigos penales. Así, Ecuador dictó la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas el 17 de septiembre de 1990; Perú, el Decreto Legislativo 736 de 8 de noviembre de 1991; Guatemala, el Decreto 48 de 1992; Colombia incluyó la figura en su primer Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), y hoy esta se encuentra en los artículos 323 a 325 A del Código Penal (Ley 599 de 2000); Brasil promulgó la Ley 12.863 de 9 de julio de 2012, y República Dominicana expidió inicialmente en la Ley 155 de 2017 y luego la Norma General 01 de 2018.

Con los sobresaltos comentados, podemos señalar que los códigos penales dictados en América Latina en los últimos años consagran, en forma muy organizada y casi homogénea, los delitos económicos, incorporando en

37 Bonnelly Vega, Manuel Ulises. La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos. *Op. cit.*, p. 68.

ellos delitos contra los consumidores, contra el sistema financiero y bursátil, el lavado de activos, la urbanización ilegal, el contrabando y la estabilidad del mercado. Cada país, desde luego, presenta algunas particularidades propias de su economía y cabe destacar que en muchas ocasiones con la creación de algunos tipos penales económicos procuran sancionar conductas que transitoriamente conmueven a la comunidad —grandes defraudaciones bancarias, por ejemplo— y en otras se busca atender a las instrucciones de entidades supranacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), entre otras, cuyos criterios se pueden evidenciar en temas como el lavado de activos y, más recientemente, en la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como puede verse en las legislaciones de Italia, Chile, Perú, Ecuador, Argentina, Cuba y República Dominicana, por ejemplo.

Al hilo de los anteriores comentarios, trataremos de resumir a continuación las figuras penales de contenido económico que aparecen en los códigos penales de Colombia y República Dominicana.

3.2 Contenido particular del título de los delitos contra el orden económico social en Colombia y República Dominicana

3.2.1 Colombia

En el año 2000, por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, se tramitó en el Congreso de Colombia un nuevo Código Penal, contenido

en la Ley 599 de 2000, en donde, sin lugar a dudas se avanzó considerablemente en la organización sistemática de los delitos contra el orden económico social. Así, en el título X, bajo esa rúbrica, encontramos seis capítulos. El primero se refiere al acaparamiento, la especulación y otras infracciones, entre las cuales destacamos el pánico económico, la exportación y la importación ficticia, la usura y los delitos contra la propiedad industrial; en el segundo aparecen los delitos contra el sistema financiero; en el tercero se sanciona la urbanización ilegal; en el cuarto se reseña el contrabando en sus múltiples formas. El lavado de activos, la omisión de control, el testaferrato y el enriquecimiento ilícito de particulares, ocupan el quinto capítulo, y el sexto se reserva para el apoderamiento de los hidrocarburos y sus derivados.

3.2.2 República Dominicana

En República Dominicana encontramos el derecho penal económico en algunas normas tradicionales consagradas en el Código Penal y, particularmente, en legislaciones especiales de vieja data y en algunas proferidas debido a los compromisos adquiridos en el marco del Consenso de Washington, que buscó la modernización de las economías latinoamericanas y su inserción en un mundo globalizado, como lo advierte César Pina, citado por Bonnelly Vega³⁸.

De esta forma, podemos mencionar como figuras consagradas en el Código Penal en vigencia: la falsificación de moneda (arts. 132 a 138); las bancarrotas (arts. 402 a 405); Abuso de confianza (art. 406); el ejercicio

38 Bonnelly, Manuel Ulises. La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos. *Op. cit.*, p. 70.

ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (art. 410, par. 1); la casa de prenda sin autorización legal (art. 411); delitos contra la libertad de subastas (art. 412); la violación de los reglamentos relativos a las manufacturas, al comercio y a las artes (arts. 413 a 429, en especial el agiotaje de los artículos 414 y 419).

En cuanto a legislaciones especiales, pueden señalarse la Ley 5911 de 1962, sobre impuestos sobre la renta, en particular la evasión de impuestos; la Ley 13 de 1963, que regula los precios de los productos de primera necesidad; las leyes 218 y 237 de 1964, sobre contrabando; la Ley 11 de 1992, que crea el Código Tributario³⁹; la Ley 20-00, sobre propiedad industrial; la Ley 183 de 16 de noviembre de 2002, titulada como Ley Monetaria y Financiera (en especial el artículo 80, relativo al *pánico financiero, la utilización indebida de información privilegiada, el balance falso, la administración desleal y la emisión ilegal de dinero*); la Ley 53 de 2007, sobre delitos informáticos y de alta tecnología; la Ley 249 de 2017, conocida como Ley de Mercado de Valores, que en su capítulo II, artículos 351 a 354) consagra como delitos el *pánico bursátil; la utilización indebida de información privilegiada; la falsedad para obstaculizar, dificultar, desviar o evadir la fiscalización de la Superintendencia; los balances falsos, la manipulación de personas; la falsedad para ocultar el contenido de un valor; la administración desleal; el cohecho, y los delitos bursátiles*). Por último, pero no por ello menos importantes, están la Ley 72 de

2002 y la Ley 155 de 2017 (arts. 3 a 12), que regulan todo lo atinente al delito de *lavado de activos*⁴⁰.

La revisión de las diferentes normas de contenido penal económico que se encuentran en el Código Penal y dispersas en estatutos especiales nos permite acoger sin reservas la apreciación del magistrado Bonnelly, según la cual:

Ya se han esbozado los contornos que pueden dar lugar a identificar, dentro de la legislación, una verdadera categoría denominada Derecho Penal Económico. Teniendo aún en agenda ciertos proyectos que, de seguro, terminarán de integrar este conjunto. Tal es el caso de las modificaciones que se pretenden realizar al Código Penal y al Código de Comercio, así como la promulgación de un Código de Ordenamiento de Mercado.⁴¹

De otra parte, resulta conveniente señalar que el Tribunal Constitucional, en sentencia TC/0232/21, precisó el alcance del concepto de orden público económico, con lo que se cuenta con una buena base para la creación del Título en el Código Penal, que tutele este bien jurídico.

Con todo, en la Ley 550 de 19 de diciembre de 2014, que contiene el Nuevo Código Penal de la República Dominicana y que no entró en vigor, se desaprovecha la oportunidad de crear un título completo de los delitos contra el orden económico social y solo aparecen algunas figuras aisladas como la estafa piramidal (art.

39 *Ibid.*

40 Un estudio detallado del lavado de activos puede encontrarse en Hernández Q., Hernando A. «El lavado de activos: análisis comparativo de la legislación penal y administrativa de la República Dominicana y Colombia». En: *Revista Iuris Forum*, n.º 1, enero-junio, 2021. Santo Domingo: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 124-138.

41 Bonnelly, Manuel Ulises. La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos. *Op. cit.*, p. 71.

267) y la banca fraudulenta (art. 265), amén de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos ilícitos.

4. Aspectos particulares de los delitos contra el orden económico social

Por tratarse de comportamientos generalmente consagrados en forma previa por el derecho administrativo sancionador y por la dificultad de concretarlos en fórmulas precisas debido a los cambios permanentes de la economía, el legislador ha dotado a estos tipos penales de características especiales que, desde luego, motivan la permanente crítica de los autores. Así, se habla de que se trata de tipos penales en blanco y de peligro, las más de las veces con numerosos ingredientes normativos y subjetivos; en algunas ocasiones se sancionan conductas cortadas y además para su plena interpretación debe acudir a disposiciones por fuera del derecho penal. Veamos entonces, a continuación, algunos criterios en torno a estas especificidades.

4.1 Tipos penales de peligro

Como lo afirma Tiedemann, en el ámbito internacional se ha impuesto que la técnica de los delitos de peligro abstracto constituya la forma de reacción adecuada del derecho penal para la protección de los derechos supraindividuales, esto es, los de carácter colectivo⁴². Como ejemplo, se cita la regulación alemana de la contaminación de aguas (par. 324), la eliminación de desechos (par. 326) y la puesta en peligro del medio ambiente (par. 330). En cuanto al Código Penal colombiano

(Ley 599 de 2000), se resaltan los punibles de agiotaje (art. 301) el pánico económico (art. 302), la manipulación fraudulenta de valores y acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores (art. 317), la exportación e importación ficticia (art. 310); la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314) y las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315), entre otros.

La razón que se ha esgrimido para estructurar muchos de los tipos penales socioeconómicos como de peligro abstracto guarda relación con el enorme perjuicio colectivo que suele generar un ilícito de esta naturaleza y la urgencia de evitar un daño mayor a la colectividad, razón por la cual el legislador adelanta «las barreras de protección del derecho penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva»⁴³.

Con todo, autores como Tiedemann estiman que la introducción de esta técnica en la descripción de los tipos penales implica una considerable ampliación de la punibilidad, la cual solo es aceptada si el mero peligro abstracto es merecedor de la sanción⁴⁴.

En la República Dominicana podemos identificar como tipo penal de peligro abstracto el pánico financiero (Ley Monetaria y Financiera, art. 80), en el que no se requiere el resultado de la pérdida de la confianza; basta con difundir, en forma consciente por cualquier medio, falsos rumores u organizar campañas difamatorias relativas a la liquidez o solvencia de una o varias entidades de intermediación financiera y la estabilidad del mercado cambiario. Curiosamente, en el delito

42 Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico, introducción y parte general*. Lima: Grijley, p. 86.

43 Rodríguez Montañés, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21.

44 Tiedeman, Klaus. Poder económico y delito. *Op. cit.*, p. 36.

de pánico bursátil del artículo 351, numeral 1, se exige que las acciones comentadas *comprometan la estabilidad del mercado*, es decir, se utiliza la técnica del tipo penal de resultado.

En el punible de utilización indebida de información privilegiada (Ley Monetaria y Financiera, art. 80, literal b), en la primera parte se trata de un tipo penal de peligro en donde no se exige que la divulgación o revelación de cualquier información de carácter reservado o confidencial produzca un resultado. En la segunda parte cuando se utiliza el verbo rector «aprovecharse» de tales informaciones para su lucro personal, se está exigiendo un resultado, luego el tipo penal será de esa característica.

En el numeral 4 del artículo 351 de la Ley de Mercado de Valores (Ley 249-17), cuando se sanciona el ejercicio ilegal de la actividad financiera, no se exige ningún resultado negativo, siendo suficiente para concretar el punible que los sujetos calificados o un sujeto indeterminado *realice actividades propias del mercado de valores, sin contar con la debida autorización de la autoridad competente*.

En la desviación de bienes del artículo 352 de la Ley de Mercado de Valores, se mezclan situaciones de peligro y de resultado, pues la norma señala que realizan este comportamiento los sujetos activos calificados que dispongan para sí o para un tercero de los bienes recibidos de un cliente o de sus valores, para fines distintos a los ordenados o contratados por este *causándole o no con ello un daño patrimonial*.

En el artículo 354 de la Ley del Mercado

de Valores (divulgación de información), se sanciona el difundir la información falsa sobre valores o la situación financiera, administrativa, económica o jurídica de un emisor, a través de prospectos de emisión, suplementos, folletos, reportes, revelación de eventos, hechos relevantes y demás documentos informativos y, en general, de cualquier medio masivo de comunicación. Como puede verse, no se exige ningún resultado y para ser sancionado penalmente basta la realización de la acción. Igual situación se presenta en los numerales 2 y 3 de la norma.

4.2 Utilización de ingredientes normativos

En ocasiones no resulta posible para el legislador definir en forma clara el comportamiento que desea sancionar, razón por la cual debe cualificar la conducta con la utilización de expresiones cuya interpretación requiere juicios de valor. Estas expresiones han sido conocidas por la doctrina como ingredientes normativos que en algunos casos son de carácter jurídico y en otros, de contenido extrajurídico⁴⁵.

Así, en la legislación de la República Dominicana, en el tipo penal de pánico financiero consagrado en la Ley Monetaria y Financiera, en el artículo 80, literal a, encontramos expresiones como *persona física o jurídica, falsos rumores, campañas difamatorias, liquidez o solvencia, entidades de intermediación financiera y estabilidad del mercado cambiario* (literal a); *datos, antecedentes, libros, estados de cuentas* (literal d); *balance, estado financiero* (literal e), *disposición de bienes* (literal f, numeral 4) y *contratos* (literal f, numeral 8).

45 Reyes Echandía, Alfonso. Derecho penal: parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 157.

Algunas de estas expresiones se identifican a través de normas jurídicas como la propia Ley Monetaria y Financiera (ingredientes normativos jurídicos) y otras por criterios culturales o éticos (ingredientes normativos extrajurídicos).

Similar situación es pregonable del numeral b del mismo artículo 80, en cuanto a la utilización indebida de información privilegiada⁴⁶, con la expresión *carácter reservado o confidencial*. También en la Ley 249-17 de Mercado de Valores se encuentran algunos ejemplos en el artículo 352 (desviación de bienes), al hablar de los *bienes recibidos de un cliente o de sus valores*, y el artículo 353 (delitos de acción pública a instancia privada), al mencionar la *adquisición forzosa de acciones de una sociedad anónima o títulos de crédito*.

En cuanto a los sujetos activos que menciona la Ley Monetaria y Financiera en el artículo 80, también es preciso acudir al propio Estatuto o a otras normas jurídicas para identificar quienes son *las autoridades, funcionarios y personal de la Administración Monetaria y Financiera, así como los funcionarios, empleados, accionistas, directores, administradores y funcionarios de las entidades de intermediación financiera* (literal a); *los miembros del Consejo de Directores, funcionarios, auditores y empleados de las entidades financieras* (literal d), o *los accionistas, directores, gerentes, funcionarios y empleados* (literal f).

4.3 Utilización recurrente de ingredientes subjetivos

En ocasiones el legislador, con el fin de dar mayor claridad al tipo penal incluye expresiones

que sugieren una intención o propósito especial del sujeto activo, el cual es independiente del dolo. Tal es el caso del delito de agiotaje en el artículo 301 del Código Penal colombiano, en el que se exige que la maniobra fraudulenta que realiza el sujeto activo se efectúe con «el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad...». Similar comentario se puede pregonar del artículo 317, que sanciona al que «realice transacciones *con la intención de producir* una apariencia de mayor liquidez respecto de determinada acción, valor, o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores o efectúe maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos...»⁴⁷.

La utilización de estos ingredientes subjetivos puede servir para aclarar comportamientos que a primera vista parecen delictuales, pero que, al estudiar el caso en concreto y establecerse que el fin perseguido por el autor no es el señalado en la norma, resultan atípicas. Una situación que evidencia la anterior consideración se relaciona con el proceso adelantado en Buenaventura (Colombia) en 1999, cuando un ciudadano remitió un mensaje con información mentirosa en el que se afirmaba que una importante entidad financiera podría ser intervenida, lo cual generó el retiro de cerca de treinta y cuatro mil millones de pesos de dicha entidad en un solo día. El comportamiento fue investigado de inmediato como un delito de pánico económico. Como quiera que el antiguo artículo 232 del Estatuto de Penas (pánico económico) incluía entonces la expresión *con el propósito de* alterar el precio de los artículos de primera

46 La información privilegiada está definida en la Ley 19-2000, derogada y sustituida por la Ley 249-17: «Para los efectos de esta ley, se entenderá por información privilegiada el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores objeto de oferta pública, mientras tal información no se haya hecho de conocimiento público».

47 Cursivas añadidas.

necesidad, materias primas, *acciones y valores*, y en el proceso no se pudo probar que esa era la intención del emisor del mensaje, el juzgado que conoció del caso absolvió al procesado.

En la Ley Monetaria y Financiera de la República Dominicana esta práctica es también recurrente. Por ejemplo, en el artículo 80, literal b, el aprovechamiento de la información sobre las operaciones de la Administración o sobre los asuntos comunicados a esta, deben ser *para su lucro*. Se echa de menos que también pueda ser para beneficio de un tercero, como en el caso colombiano.

La situación comentada se presenta también en el literal d del artículo 80 comentado, cuando se refiere a que la alteración, desfiguración u ocultamiento de datos o antecedentes, libros, estados de cuentas, correspondencias u otros documentos se realice «*con el fin de obstaculizar, dificultar, desviar o evadir la fiscalización que corresponda efectuar a la Superintendencia de Bancos*»⁴⁸. Si tal no ha sido la finalidad, no se podrá encausar a la persona por este delito.

Igual predicado se presenta en el literal e, cuando se refiere a los sujetos activos calificados que hayan «elaborado, aprobado o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso, o que hubieren ejecutado o aprobado operaciones *para encubrir* la situación de la institución»⁴⁹.

Otro claro ejemplo de esta técnica legislativa se encuentra en el artículo 353 de la Ley de Mercado de Valores, cuando se refiere a los sujetos activos que «paguen, entreguen o proporcionen cualquier contraprestación, por

sí o a través de otra persona, por encima del precio que en el mercado tiene el valor, en favor de una persona o grupo de personas determinado que acepten su oferta o de quienes estos designen, *con la finalidad* de adquirir el control o dominio de la sociedad cotizada». Si ese no es el propósito, no existe el delito.

4.4 Tipos penales en blanco

Es conocido que la mayoría de los tipos penales contra el orden económico social son tipos penales en blanco. Lo anterior, debido a los cambios que puede suelen presentarse en la economía y que tornarían en ineficaces algunas descripciones legales de contenido penal cuando se presente alguna modificación en esta materia. Algunos ejemplos en el Código colombiano serían el delito de usura (art. 305), el acaparamiento (art. 297); la especulación (art. 298); el agiotaje (art. 301); la usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306); la sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales (309); las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315); la captación masiva y habitual de dineros (art. 316), la urbanización ilegal (art. 318); la omisión de control (art. 325), y la omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dineros en efectivo (art. 325A), entre otros.

En la República Dominicana, de la Ley de Mercado de Valores (Ley 249-17), se puede citar el delito de divulgación o utilización de información privilegiada (art. 351, numeral 2), cuando habla de información de carácter

48 Cursivas añadidas.

49 Cursivas añadidas.

privilegiado, reservado o confidencial, criterios que deben interpretarse utilizando los conceptos contenidos en el artículo 3, numerales 18, 19 y 16, de la misma ley, en donde se concretan estos términos de la siguiente forma:

1. Información privilegiada. Es la información referida a uno o varios participantes del mercado, a sus negocios, a sus valores de oferta pública o al mercado que pueda afectar su posición jurídica, económica o financiera, cuando no sea de dominio público.
2. Información reservada. Es la información privilegiada que se encuentra fuera del acceso público, debido a que su difusión puede poner en riesgo la estabilidad o seguridad financiera del mercado de valores o sus participantes.
3. Información confidencial. Es la información que por su naturaleza o posible impacto debe ser manejada con estricta discreción, por parte del mercado de valores, los funcionarios y el personal de la Superintendencia.

A esta misma clase de tipos penales pertenece el ejercicio ilegal de la actividad financiera reglada en el numeral 4 del artículo 351 de la Ley 249-17, cuando sanciona a quien, a sabiendas, realice «actividades propias del mercado de valores [...] sin contar con la debida autorización de la autoridad competente». En este caso, es necesario precisar cuáles son las actividades propias del mercado de valores y quién es la autoridad competente para conceder la autorización pertinente, criterios que deben llenarse acudiendo a otros mandatos de la misma ley.

Similar situación es pregonable del literal c del artículo 80 de la Ley Monetaria y Financiera, que remite, de manera expresa, al artículo 25 del mismo Estatuto para sancionar infracciones a la emisión monetaria.

En cuanto al delito de lavado de activos del artículo 3.º de la Ley 155-17, en su numeral 1, nos encontramos también frente a un tipo penal en blanco cuando amenaza sanción para quien «convierta, transfiera o transporte bienes, a sabiendas de que son el producto de cualquiera de los delitos precedentes...», evento en el cual es necesario acudir al numeral 11 del artículo 2.º de la misma ley, en donde se define qué se entiende por infracción precedente o determinante del lavado de activos.

Con todo, y a pesar de las reiteradas críticas de la doctrina en torno a la violación del principio de certeza y de legalidad con la utilización de los tipos penales en blanco y los de peligro, se debe tener claro, para el caso colombiano, que la Corte Constitucional ha otorgado su aval a esta forma de estructuración de algunos punibles, argumentando la libertad que tiene el Congreso de la República en la creación de conductas de contenido penal, siempre y cuando se respete estrictamente el principio de legalidad⁵⁰.

4.5 La utilización de personas jurídicas para la comisión de delitos socioeconómicos

Por último, pero no por ello de menor trascendencia, es prudente reseñar que una característica de los delitos socioeconómicos es la dificultad para su persecución y sanción, toda vez que los responsables de tales delitos,

50 Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017. M. P. María Victoria Calle Correa.

con gran frecuencia, se camuflan tras personas jurídicas.

Para superar la dificultad comentada, un buen número de países, con criterios más prácticos que dogmáticos, han venido consagrando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente cuando se trata de delitos contra el orden económico social y contra el medioambiente. Así han procedido, por ejemplo: Italia, Chile, Argentina, Ecuador, Perú, Cuba y República Dominicana, entre otros. En el caso colombiano, han fracasado los proyectos que en ese sentido se han presentado desde 1888 (Proyecto Porras), pasando por el Proyecto de Código Penal de 1978, hasta recientes proyectos de ley que se han archivado sin discusión en el Congreso de la República en 2018, 2020 y 2021⁵¹.

En la República Dominicana, la Ley No. 155-17, que sanciona el lavado de activos, prescribe al respecto lo siguiente:

La persona jurídica que preste su nombre para adquirir activos o bienes producto de una infracción grave y de aquellas infracciones tipificadas en esta Ley será sancionada con la disolución, y con una multa de cuatrocientos a seiscientos salarios mínimos, y con el decomiso de todos los activos o bienes ilícitos, instrumentos y derechos sobre ellos (art. 4. numeral 10).

Referencias

Bajo Fernández, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

Bajo Fernández, Miguel. «Los delitos contra el orden económico social». En: *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, primer semestre 1982, pp. 8-16.

Bonnelly Vega, Manuel Ulises. *La extinción de dominio o confiscación civil de bienes ilícitos*. Santo Domingo: Manuel Ulises Bonnelly Vega, 2008.

Bonnelly Vega, Manuel Ulises. *Una aproximación al derecho penal económico dominicano, parte general*. Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2021.

Carlos de Oliveira, Ana Carolina. *Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales*. Barcelona: Atelier, 2023.

«Caso Banesto: la cárcel, final del trayecto». *El Mundo* [en línea], s. f. [consultado: 15 de noviembre de 2023]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/especiales/2002/07/economia/conde/cronologia.html>

García, Pablo. «Cronología de múltiples quiebras bancarias en República Dominicana». *El Dinero* [en línea]. 13 de marzo 2017 [consultado: 15 de noviembre de 2023]. Disponible en: <https://eldinero.com.do/38259>

García Caveró, Percy. *Derecho penal económico: parte general*, 4.ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

51 Hernández Quintero, Hernando A. «La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socioeconómicos: especial referencia a los delitos financieros y el lavado de activos». En: *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2020, pp. 32-35.

- Guinard Hernández, David. «La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal en la economía», en *Revista digital de Derecho Administrativo* [en línea], n.º 18, junio 2017, pp. 177-224. DOI: 10.18601/21452946.n18.09.
- Hernández Quintero, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 5.ª ed. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2008.
- Hernández Quintero, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 5.ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2022
- Hernández Quintero, Hernando A. «La responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en los delitos socioeconómicos: especial referencia a los delitos financieros y el lavado de activos». En: *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2020, pp. 11-39.
- Jaramillo Bustamante, Horacio. *Bancarrotas en la historia: lecciones económicas para todos*. Bogotá: TM Editores, 1997.
- Jorge Prats, Eduardo y Omar Victoria Contreras. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed. Santo Domingo: Ius Novum, 2012, p. 37.
- Miranda Gallino, Rafael. *Delitos contra el orden económico*. Buenos Aires: Pannnedille, 1979.
- Montaño Salazar, Alejandro. *Delitos financieros en México*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Restrepo, Juan Camilo y Antonio José Núñez. *Diálogos sobre las crisis financieras*, 2.ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké, 2009.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.
- Rodríguez Montañés, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Romero Soto, Luis E. «Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado». En: *Cambio Jurídico*, n.º 1. Bogotá, Universidad de los Andes, 1988, pp. 37-66.
- Ruiz Sánchez, Germán. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: Hernando A. Hernández Quintero, coord. *Cuadernos de derecho penal económico n.º 1*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2007, p. 63. Ibagué, Universidad de Ibagué, 2007, pp. 63-90.
- Sutherland, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Trad. de Rosa del Olmo. Caracas: Universidad Central de Caracas, 1969.
- Tiedemann, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985.
- Tiedemann, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.
- Varó, Vicente. *¿Para qué sirven realmente...? Los mercados financieros*. Barcelona: Paidós, 2013.
- Vervaele, John A. E. (2007). «Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero». En: *Reflexiones Jurídicas y Políticas 3: Estudios de derecho Penal Económico y Financiero*. Ibagué, Universidad de Ibagué, pp. 9-54.

El terreno conocido y las áreas menos exploradas de la usucapión

Bayoán Rodríguez Portalatín¹

Recibido: 15 de marzo de 2024 – Aceptado: 2 de junio de 2024

Resumen

La prescripción adquisitiva o usucapión es un mecanismo legal que permite adquirir la propiedad y otros derechos reales mediante una posesión prolongada y a partir de la reunión de ciertas condiciones. Actúa principalmente como medio para convertir situaciones de hecho en verdaderos derechos subjetivos, consolidándolos y contribuyendo con la seguridad jurídica. Este mecanismo se clasifica en dos tipos, la prescripción ordinaria y la prescripción abreviada, diferenciadas por los plazos legales y por la necesidad de buena fe y justo título. El presente artículo pretende examinar el espacio de aplicación de cada una, entre otros aspectos esenciales, partiendo de la jurisprudencia nacional y del derecho comparado.

Palabras clave: Posesión, propiedad, prescripción, derechos reales, derecho registral, usucapión.

Abstract

Acquisitive prescription or adverse possession is a legal mechanism that allows the acquisition of property and other rights through prolonged possession and under certain conditions. It acts mainly to convert de facto situations into actual subjective rights, consolidating them and contributing to legal certainty. This mechanism is classified into two types, ordinary and abbreviated prescription, differentiated by the prescriptive periods and the need for good faith and fair title. This article aims to examine the scope of application of each, among other aspects, based on national jurisprudence and comparative law.

Keywords: *Possession, ownership, prescription, property rights, registration law, adverse possession.*

¹ Licenciado en Derecho, cum laude, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo. Magíster en Derechos Fundamentales y Tutela Judicial Efectiva por la Universidad de Jaén, España. Magíster en Derecho Judicial por la Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo. Magíster en Derecho Inmobiliario por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo. Magíster en Derecho Administrativo y Gestión Pública por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Juez del Tribunal de Jurisdicción Original del Distrito Nacional (Octava Sala). Docente de Derecho Inmobiliario y de Práctica Forense Inmobiliaria en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Correo electrónico: ba.rodriquez@ce.pucmm.edu.do

I. Preliminar

El Libro Tercero de nuestro Código Civil se intitula «De los diferentes modos de adquirir la propiedad» y los artículos 711 y 712 enumeran cinco modalidades a ese fin: por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, por efecto de obligaciones, por accesión o incorporación, y por prescripción. Estos modos no constituyen una lista cerrada, como se admite desde hace mucho tiempo², pudiendo sobrevenir otras formas de adquirir la propiedad, pues el Código no describe la formación misma de la propiedad, sino sólo los modos en que se adquiere la propiedad de algo que ya se posee. El desarrollo de la propiedad intelectual revela, entonces, que la creación también es un modo de alcanzar la propiedad, dentro del amplio campo de las producciones del intelecto humano³. Asimismo, ha de entenderse que cuando el Código habla de la adquisición y transmisión de «la propiedad de los bienes», no se limita al derecho real de propiedad, sino que incluye otros derechos reales como la servidumbre y el usufructo.

La redacción de los artículos 711 y 712 sugiere varios criterios para clasificar los modos de adquisición, criterios que obedecen sustancialmente a los dos grandes tipos de situaciones jurídicas que pueden generar y transmitir derechos subjetivos: los hechos y actos jurídicos. Estos criterios se resumen como sigue:

1.º Si existe contraprestación patrimonial o económica a cargo de la persona que adquiere un derecho o un bien, hablamos de una adquisición a título oneroso, como el contrato

de venta; en cambio, si tal contraprestación no existe, la adquisición ocurre a *título gratuito*, como es el caso de la donación.

2.º Según el alcance de la transferencia en cuanto a los pasivos vinculados a la propiedad, pues si la adquisición ocurre a *título universal*, que consiste en la transmisión de un patrimonio o de una parte de un patrimonio, ella implica la adquisición de los pasivos. Es el caso de la devolución sucesoral o de la fusión de sociedades comerciales. Por el contrario, la adquisición ocurre a *título particular* sin que el adquirente responda por las deudas, pues solo recibe un bien o varios bienes específicos, a menos que con ellos le acompañe un derecho accesorio como una hipoteca. Esta adquisición puede ser el resultado de una venta, de una donación o de una permuta, por ejemplo.

3.º Si hay consentimiento para la transferencia, resultando la transferencia voluntaria de la propiedad producto de un contrato o de un acto unilateral. La validez de la transferencia está supeditada a la existencia de un consentimiento que debe ser libre e informado. Pero la propiedad puede ser transferida sin expresión de la voluntad de su titular, y así ocurre con la apertura de la sucesión, luego de la muerte del causante o de *cuius* o, por efecto de una decisión judicial, como la sentencia de adjudicación que interviene luego del embargo inmobiliario.

4.º Por acto *inter vivos*, producto de relaciones jurídicas realizadas entre personas vivas o por un hecho o un acto que surte sus efectos *mortis causa*, es decir, con el fallecimiento de una persona, como sucede con la sucesión

2 Acedo Penco, Ángel. *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. 4.ª Ed., (Madrid, Editorial Dykinson, SL. 2019), p. 17.

3 Terré François; Simler, Philippe. *Droit civil – Les biens*. 9a. Ed., (Paris, Dalloz. 2014), p. 317.

intestada (en defecto de un testamento válido) o con un testamento.

5.º Si se adquiere el derecho sin ningún causante, es decir, no se recibe de otro patrimonio sino que nace en el respectivo patrimonio de su titular.⁴ Es lo que se conoce como *modos originarios* y se opone a los *modos derivativos*, según los cuales el adquirente deriva el derecho de un predecesor y se convierte en propietario en las mismas condiciones preexistentes, soportando las mismas cargas y gravámenes que acarrea el bien jurídico. La prescripción adquisitiva y la accesión son ejemplos de modos originarios; los contratos y los testamentos son ejemplos de modos derivativos.

La clasificación entre modos originarios y derivativos se sigue mayormente en los sistemas jurídicos en los cuales existe la teoría del título y el modo, y que se inclinan más hacia los modos derivativos de traspaso de la propiedad. Esta teoría se mantiene en Alemania, Suiza y España y transitó, por consiguiente, hacia las antiguas colonias españolas de América, excepto República Dominicana, donde se impuso la legislación civil francesa desde 1822 hasta 1844, conservándose luego de la Independencia y hasta el presente. La teoría del título y del modo, en la transmisión de derechos, comprende la existencia de un acto jurídico orientado a dicha transmisión, y de otro acto para la entrega de la cosa de cuya propiedad se trata. Esta entrega es la denominada *tradición o traditio*, procedente del derecho romano como modo de hacer

efectiva y pública la oponibilidad hacia terceros de un acto cuyo objeto era un derecho real. Es decir, en esta técnica son indispensables dos actos jurídicos: un título (contrato, testamento o cualquier otro acto o negocio jurídico) y un modo, que es la *traditio* o entrega de la cosa. Este desplazamiento de la cosa era la prueba estándar de que el beneficiario, o el comprador, habían recibido la cosa, pues la mostraba en su poder a la vista de la comunidad.

En otros países, como Francia e Italia, se asumió un método diferente. A partir del Código Civil napoleónico bastaba el contrato para la transferencia de la propiedad; título y tradición quedaban incluidos en un solo acto jurídico, sin necesidad de ningún otro, aunque la cosa no se entregara inmediatamente. Terré y Simler comentan que de cualquier manera la tradición no operaba de la misma forma para todos los bienes pues era fácilmente concebible para los muebles, pero era más bien ficticia en los inmuebles. Consistía o bien en la entrega de las llaves o en la entrega del título de propiedad, o en la puesta del inmueble a disposición del comprador, sin ningún movimiento físico de la cosa enajenada⁶. La tradición se efectuaba entonces por la mera intervención del *animus*, si bien desde el siglo XIV la transferencia de la propiedad resultaba de una cláusula contractual denominada *dessaisine-saisine* (desposesión-posesión), destinada a reemplazar el acto físico de la tradición⁷. Los redactores del Código consideraron inútil este formalismo y simplificaron el método haciendo que la tradición se hiciera efectiva inmediatamente, aunque el

4 Ternera, Francisco. *Derechos Reales*. 4ª. Ed., (Bogotá, Editora Temis, 2015), p. 409.

5 Terré y Simler, *op. cit.*, p. 318.

6 *Op. cit.*, pp. 322-325

7 Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent; Gautier Pierre-Yves. *Droit des contrats spéciaux*. 8ª. Ed., (París, LGDJ-Lextenso, 2016), p. 180.

contrato no lo estipulara. Por ello es por lo que las diferencias entre ambos sistemas –uno con la tradición como requisito y otro en el que el contrato es suficiente– no eran tan evidentes, además de que el derecho francés tuvo que atenuar sus propias reglas, especialmente en función del interés general con la expansión de normas administrativas sobre el suelo, y en función del interés de terceros a través de la organización de la publicidad de los actos que transmiten y constituyen derechos reales. En el ordenamiento dominicano se reproduce una situación similar en virtud del sistema registral que se instauró en el año 1920 para los derechos reales inmobiliarios.

Por todo lo dicho, procederemos a examinar el tema central de este trabajo como modo originario, pues con la prescripción de derechos reales, como se apuntó, el adquirente no es causahabiente de nadie. En sentido estricto, causahabiente es sinónimo de heredero, pero en sentido lato nos referimos a que el adquirente de un derecho se subroga o sustituye a un titular anterior. En los modos originarios de adquisición ello no ocurre, pues el derecho real se constituye por primera vez cuando la persona lo obtiene y se convierte en titular inicial. La posesión tiene un rol protagónico en algunos de estos modos, como la ocupación (caso de los tesoros o de los productos de la caza y de la pesca,⁸ de acuerdo con el Código Civil y otras leyes), la **posesión de buena fe de un mueble corporal** (en virtud del principio de que en materia de muebles la posesión vale título) y la prescripción. A estos modos hay que agregar la adquisición por accesión y

por la creación intelectual, y esta última puede ubicarse dentro de la ocupación, pero con sus peculiaridades. El interés de la clasificación estriba en las distintas reglas que gobiernan cada modo, además de que solo algunos de ellos se dan sobre bienes muebles y otros sobre bienes inmuebles, únicamente.

II. La prescripción adquisitiva o usucapión. Su concepto, su ámbito y sus funciones

El cumplimiento de determinados plazos provoca dos grandes consecuencias jurídicas: la adquisición y la extinción de un derecho subjetivo. Es decir, un derecho se prescribe adquisitivamente o prescribe extintivamente, y la regla general es que la prescripción aplica siempre a menos que la ley disponga otra cosa. En otros términos, la prescripción es la regla y la imprescriptibilidad es la excepción. Pero el transcurso del tiempo no basta para prescribir, pues deben darse ciertas condiciones también de acuerdo con la ley, especialmente para la adquisición de un derecho (Código Civil, artículo 2219). La prescripción adquisitiva o usucapión ofrece un medio para adquirir la propiedad u otro derecho real, pero no los derechos personales. En cambio, la prescripción extintiva surte efectos sobre el derecho personal o de crédito, y solo sobre algunos derechos reales, como la hipoteca o la servidumbre, lo que coincide con el hecho de que algunos derechos subjetivos pueden conceptuarse como derechos ubicados en esa zona gris entre el derecho real y el derecho personal. La pérdida de un derecho se produce por la pasividad de su titular, es decir, por este no

8 Aunque el término *ocupación* es comúnmente utilizado para referirse al hecho de instalarse en un inmueble, y a veces de manera ilegal, ocupación abarca tanto muebles como inmuebles cuando se define jurídicamente como el modo natural y originario de adquirir la propiedad de ciertas cosas carentes de dueño. Y, en el derecho administrativo, se define como el modo legal de adquirir la propiedad de los animales silvestres objeto de caza o pesca (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en línea. Consultado el 5 de marzo del 2024).

ejererlo durante el plazo legal y la persona contra la que se ejerce puede invocar esa extinción.

La prescripción adquisitiva, por el contrario, requiere un ejercicio activo de quien pretende beneficiarse de ella, a través de una serie de actos y hechos jurídicos que debe ejecutar. Justamente, el vocablo latino *usucapio* combina el usar y el adquirir, y la adquisición de la propiedad se da por el uso de la cosa. Al respecto, nos dice Cornu que se adquiere la propiedad por la posesión (*possessio rei*) durante treinta años (según el Código francés, siendo esta la prescripción ordinaria) o por un período de diez años (llamada prescripción abreviada); o se puede adquirir otro derecho real, como el usufructo o ciertas servidumbres a través de la cuasi-posesión (*possessio juris*), que corresponde no a actos del *animus domini* (como la *possessio rei*), sino al ejercicio del derecho real en cuestión⁹. La posesión, como se ve, es indispensable para prescribir adquisitivamente; el Código Civil se ocupa de ella luego de establecer las disposiciones generales sobre la prescripción.

La usucapión puede ser invocada tanto por un ocupante que, por voluntad propia, ha tomado posesión del bien, como por una persona que lo ha adquirido a *non domino*, al haber contratado o recibido el bien de alguien que no tenía poder de disposición para enajenarlo y no podía, por tanto, transferir el derecho. Al preferir al poseedor que demuestra haber usucapido, la ley procura seguridad jurídica para un mecanismo de adquisición de la propiedad

que, por lo menos en el ordenamiento nacional, es más frecuente con inmuebles no registrados con el fin de dotarlos de un certificado de título de acuerdo con la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario. Y, en un sentido más amplio, la usucapión evita reclamaciones tardías y la proliferación de conflictos. En esa orientación, la jurisprudencia ha establecido que la prescripción adquisitiva tiene como objetivo «adjudicar derechos de propiedad por la inactividad de aquel a quien esta se opone, y que esta sanción tiene por finalidad limitar el derecho de accionar a un período razonable, para garantizar la situación jurídica creada por el acto o hecho que se impugna»¹⁰. En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha juzgado que la prescripción tiene una estrecha relación con principios constitucionales como el orden público, la seguridad jurídica y la convivencia pacífica¹¹. Y, además de desempeñar una función adquisitiva y de seguridad jurídica, la usucapión cumple también una función probatoria, pues ella proporciona al propietario una prueba indiscutible de su derecho, derivado no de alguna transferencia, si acaso la hubo, sino de una posesión libre de vicios.

III. ¿Cómo se hace efectiva la usucapión?

La usucapión se hace efectiva sobre los bienes muebles, y como principio general, basta la posesión de buena fe para alcanzar el título de propiedad. La ley no exige un periodo de tiempo específico para ello, aunque cierta continuidad sería necesaria para construir una apariencia legítima de posesión, sin perjuicio del mencionado principio del artículo 2279 del

9 Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 12ª. Ed., (París, Association Henri Capitant, 2018), p. 1680.

10 SCJ, Salas Reunidas, sentencia núm. 2 del 11/3/2021, BJ 1324.

11 TC/0199/13.

Código Civil. Tal continuidad, empero, no es una regla definida. En una sentencia de 1931, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) dijo que «si bien el poseedor de un mueble es reputado propietario del mismo, no lo es menos que la posesión que permite invocar el artículo 2279 del Código Civil debe reunir, salvo en lo que concierne a la duración (continuidad, ininterrupción), las condiciones requeridas por el artículo 2229 del mismo Código»¹². Para los inmuebles, por el contrario, es imperioso el transcurso de un plazo marcadamente amplio, aunque puede acortarse. Sin embargo, la propiedad no se adquiere automáticamente una vez transcurrido el tiempo legal para la prescripción y esta no ocurre de pleno derecho. De aquí que no se puede renunciar anticipadamente a la prescripción, pero se puede renunciar a la prescripción adquirida, de acuerdo con el artículo 2220 del Código Civil.

En el ordenamiento dominicano, y coexistiendo dos sistemas de propiedad de inmuebles, la prescripción adquisitiva se cristaliza en una de dos jurisdicciones: la civil y la inmobiliaria. En la civil, el poseedor puede iniciar una acción petitoria y demandar la declaratoria de prescripción adquisitiva de un inmueble, o bien, válidamente puede hacerla valer contra el demandante que procura reclamar la propiedad de una cosa, o hacerla valer contra quien le pleitea el derecho. En todo caso debe intervenir una sentencia irrevocable para obtener un derecho real sobre el bien jurídico en cuestión. En Francia existe un modo de validar el plazo de prescripción legal, y es lo que se conoce como acto de notoriedad adquisitiva. Constituye una prueba, no un título, y se trata de una escritura

notarial que permite probar que se cumplen las condiciones de la usucapión, y puede ser registrada. La escritura debe ir acompañada de todos los documentos que justifiquen la situación del poseedor, además de enumerar los actos realizados por este, y debe estar respaldada por dos testimonios que acrediten la posesión dentro del plazo de ley.

En realidad, este procedimiento judicial no ocurre en la práctica dominicana, pues no es habitual el empleo del sistema ministerial del Código Civil a ese fin. Si el esfuerzo puede realizarse, lo ideal y lo frecuente es iniciar el proceso de saneamiento ante los tribunales inmobiliarios, que bien llevado habrá de culminar con una sentencia de adjudicación. Con la ejecución de esta sentencia, el derecho de propiedad quedará entonces acreditado en un documento jurídicamente muy fuerte llamado **certificado de título** y accederá al sistema registral de la Ley núm. 108-05, formalmente publicitado y oponible a terceras personas, entre otras ventajas. El acceso a este sistema significa para el derecho de propiedad salir del sistema ministerial del Código Civil desde el punto de vista registral, aunque las reglas del derecho común no cesen en su aplicación, por cuanto la Ley núm. 108-05 no contiene disposiciones particulares para la contratación¹³ más que, y muy sucintamente, en lo relativo a la partición amigable de inmuebles registrados.

Para usucapir o prescribir adquisitivamente es imprescindible la reunión de ciertas condiciones, según se desprende del artículo 2219 del Código Civil. Como fundamento para el saneamiento de algún inmueble, siendo

12 SCJ, sentencia del 23/6/1931, BJ 258.

13 SCJ, 3ª. Sala, sentencia núm. 39 del 21/2/2018, BJ 1287.

este el supuesto más usual para adquirir la propiedad por este modo, tales condiciones resultan igualmente indispensables de acuerdo con el principio de legalidad registral, cuyo cumplimiento se encuentra a cargo de todos los órganos de la Jurisdicción Inmobiliaria. Con el objetivo de examinar esas condiciones, seguiremos un esquema dividido en cuatro aspectos: los bienes que pueden ser objeto de prescripción adquisitiva, las cualidades de la posesión, el plazo de la posesión y la prueba de la posesión.

IV. Bienes que pueden ser objeto de prescripción adquisitiva

Solo los derechos reales principales pueden ser adquiridos mediante usucapión, lo que excluye los derechos reales accesorios. Tampoco es posible usucapir los derechos de propiedad intelectual. Así, la usucapión tiene por objeto el derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, y también otros derechos reales como el usufructo y algunas servidumbres específicas. No es normal que se inicie un proceso judicial para obtener el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre un bien mueble, siendo que la sola posesión de buena fe equivale al título, como se ha dicho. En sentido contrario, la usucapión sobre bienes muebles será de interés cuando el poseedor no es de buena fe y precisará entonces demostrar una posesión legal.

Otra regla general parte del artículo 2226 del Código Civil: «No se puede prescribir el dominio de las cosas que no están en el comercio». Son las cosas de dominio público y que no

son susceptibles de apropiación particular. Ha de subrayarse aquí que la imprescriptibilidad es la extensión necesaria de la inalienabilidad: cuando no es posible la enajenación expresa y voluntaria, como en el caso de los bienes de dominio público, la imprescriptibilidad debe acompañar a la inalienabilidad (Constitución dominicana, artículos 15, 16 y 64; Ley núm. 108-05, artículo 106-II); de lo contrario, se corre el riesgo de que dichos bienes sean adquiridos por el paso del tiempo. Sin embargo, la imprescriptibilidad no está sistemáticamente vinculada a la inalienabilidad y un bien dado o legado bajo condición de inalienabilidad no necesariamente es imprescriptible.¹⁴ Por igual, los inmuebles registrados al amparo de la Ley núm. 108-05, cuyo derecho de propiedad se obtuvo mediante la prescripción adquisitiva comprobada y declarada por sentencia, no pueden ser objeto de una segunda usucapión (Principio IV de dicha Ley) ni sobre ellos pueden usucapirse otros derechos reales, como una servidumbre¹⁵.

Tampoco pueden usucapirse las universalidades jurídicas (una herencia, por ejemplo), ni las universalidades de hecho (como una empresa o un fondo de comercio), pues estas universalidades no son, como tales, susceptibles de posesión y sólo las cosas que las componen, previstas *ut singuli*, pueden poseerse de forma aislada¹⁶. En consecuencia, si una persona posee determinados bienes que forman parte de una herencia durante el período requerido para la usucapión, no puede usucapir otros bienes sobre los que no ha ejercido ningún control. No obstante,

14 Terré y Simler, *op. cit.*, pp. 369-70.

15 SCJ, 3.ª. Sala, sentencia núm. 25 del 16/7/2003, BJ 1112.

16 Read Ortiz, *Los medios de inadmisión en el proceso civil dominicano*, vol. 2, 1.ª. Ed., (Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, SRL, 2012), pp. 12-15; Terré y Simler, *op. cit.* 2014, p. 370.

un coheredero indiviso puede prescribir contra los demás coherederos (Código Civil, artículo 816), lo que presupone una posesión exclusiva e inequívoca sobre un bien o bienes determinados. Esta regla aparenta suscitar, en el contexto dominicano, el mismo debate que sobreviene con el artículo 815 en cuanto a la expiración del plazo para demandar la partición de los bienes de la comunidad matrimonial luego del divorcio, y los efectos que produce esa expiración aun si se tratase de inmuebles registrados¹⁷. Sin embargo, el artículo 816 habla de una verdadera usucapión, que no es el caso del artículo 815, pues la usucapión requiere de una posesión libre de vicios y en el sistema francés pudiese funcionar perfectamente, aun cuando se revela una extrema dificultad para que un coheredero prescriba adquisitivamente en el marco del artículo 816. Así, el principal desafío para el coheredero radica en probar una posesión inequívoca, pues cuando los actos de goce pueden explicarse de dos modos, como sucede en los casos de bienes indivisos, el equívoco existe como vicio de la posesión. Sobre estos bienes, cada copropietario tiene derecho de efectuar actos de posesión sobre la totalidad de la cosa, pero esos actos presentan un carácter ambiguo pues se realizan tanto en virtud de un derecho parcial de propiedad como en virtud del derecho exclusivo de un poseedor¹⁸.

V. Cualidades de la posesión

Los artículos 2228 al 2241 del Código Civil fijan varias condiciones que debe tener la posesión con miras a la usucapión, y que tienen su raíz en cinco cualidades básicas: continua e ininterrumpida, pacífica, pública, inequívoca y a

título de propietario. La interrelación entre estas cualidades provoca que ellas deban concurrir en su totalidad para una posesión útil y libre de vicios, y la ausencia de vicios, junto con el transcurso íntegro del plazo legal, dará lugar a que la posesión se convierta en derecho de propiedad. Veamos en detalle:

1.º La posesión ha de ser continua e ininterrumpida, esto es, que durante el tiempo de posesión no pueden intervenir causas de interrupción o suspensión que tornen ineficaz el plazo legal para usucapir. Recordemos que todos los plazos pueden dejar de correr de conformidad con los artículos 2242 al 2259 del Código Civil, y algunos hechos o actos imposibilitan el transcurso del tiempo necesario tanto para la prescripción adquisitiva como para la extintiva. En la adquisitiva, la interrupción o la suspensión deben ser de tal magnitud que impidan demostrar que el ejercicio de la posesión ha sido regular y continuo. Pero no se puede llegar al extremo de exigir el ejercicio de la posesión en todo momento, sino más bien una realización normal de actos materiales o jurídicos como los ejercería un propietario ordinario. Por ende, estas características se asocian con una posesión inequívoca y a título de propietario, pues si los actos de posesión son aislados o intermitentes puede presumirse que la intención o propósito de actuar como propietario (el *animus domini*) no es verdadero. Más adelante repararemos sobre las causas de interrupción o de suspensión del plazo para usucapir.

2.º La posesión debe ser pacífica y el artículo 2233 del CC lo establece así: «Los actos de violencia no pueden dar fundamento tampoco a

17 A propósito de la sentencia núm. SCJ-SR-23-0001 de las Salas Reunidas de la SCJ, del 22 de febrero del 2023.

18 Suprema Corte de Justicia, sentencia del 12/7/1957, BJ 564.

una posesión capaz de producir la prescripción. La posesión útil no empieza sino cuando ha cesado la violencia». El poseedor no debe haber recibido u obtenido el bien jurídico mediante vías de hecho, de manera que la posesión pacífica debe estar desprovista de cualquier forma de violencia material o moral, tanto en el momento de la aprehensión inicial de la cosa por el poseedor como durante todo el período de posesión. Así pues, el ladrón de una cosa nunca puede convertirse en su propietario por no haber entrado en posesión pacíficamente¹⁹.

La parte final del artículo 2233 sugiere que la violencia es un vicio temporal y que su cese implica el inicio o la reanudación de la posesión a favor de quien soportó la violencia. Ha de precisarse, entonces, que no basta una mera oposición o impugnación de parte de terceros para descartar el comportamiento pacífico del poseedor. Aquellos deberán probar no solo un hecho de violencia, sino también que esta ha sido injusta, lo que a su vez significa que la legítima resistencia –aun violenta– que haya ejercido el poseedor para defenderse de algún ataque o intento de despojo, no puede considerarse como vicio de la posesión.

3.º Cuando el Código Civil exige que la posesión sea **pública** quiere decir la posesión debe ser visible y conocida por todos aquellos en posición de hacerlo, especialmente cuando se posee un inmueble y la comunidad –vecinos, colindantes, autoridades locales– pueden acreditar este hecho.

4.º La posesión debe ser también inequívoca en el sentido de que el *animus domini* o la

intención de comportarse como propietario debe ser cierta, y los terceros deben considerar al poseedor como el verdadero propietario del bien. Que la posesión sea inequívoca no excluye la posibilidad de una posesión conjunta entre dos o más personas, pero la conducta de todas ellas debe evidenciar la intención de exclusividad en cuanto a perseguir un solo derecho de propiedad que podrá ser, eventualmente, compartido en un régimen de copropiedad ordinaria. Por esta razón la prescripción entre coherederos del mencionado artículo 816 del Código es tan difícil de caracterizar. Asimismo, la posesión es equívoca cuando los actos que constituyen la posesión pueden ser la manifestación de un derecho distinto del que es objeto la pretensión del poseedor; por ello, los que poseen por otro no prescriben nunca (artículo 2236) ni los actos de pura facultad ni los de simple tolerancia pueden ser fundamento de posesión o de prescripción (artículo 2232). En otros términos, hablamos de actos que se oponen a una posesión inequívoca, lo que significa que la posesión debe ser ejercida, concluyentemente, a título de propietario para considerarse útil.

5.º La posesión **ejercida a título de propietario** no es más que un recordatorio de la necesidad del *animus domini*²⁰. Se excluye así toda posesión a título precario o por detentación, pues el poseedor precario siempre posee por cuenta ajena y nunca por cuenta propia. El inquilino, el usufructuario, el depositario o el comodatario nunca prescriben adquisitivamente, ni tampoco sus herederos (Código Civil, artículo 2237), ya que poseen la cosa en virtud de un título que descarta

19 Cayol, Amandine (2021). *Conflit de propriété: la prescription trentenaire l'emporte sur le titre publié*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr

20 Cayol, *op. cit.*, 2021.

cualquier pretensión de propiedad de su parte. La «posesión provisional» de los bienes que pertenecieren a una persona declarada ausente impide igualmente la usucapión, pues esta posesión «tendrá el carácter de depósito, el cual dará a los nuevos poseedores la administración de los bienes del ausente, al que deberán rendirse cuentas si reapareciese o hubiese noticias suyas» (Código Civil, artículo 125). La posesión precaria no es suficiente para sanear un inmueble²¹.

Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia que menciona el artículo 2232 del Código tampoco pueden fundamentar ni la posesión ni la prescripción adquisitiva. Son actos de parte del propietario del terreno sobre el que se ejecutan, incluso en la forma de simples permisos que pueden ser expresos o tácitos, mediante los cuales se «tolera» que un tercero atraviese el inmueble o pueda aprovecharlo de alguna manera, pero sin que ello constituya una servidumbre de paso. Los actos de mera tolerancia no deben interpretarse como una renuncia a ningún derecho, sino como un acto de cortesía o indulgencia entre vecinos²².

Ahora bien, un poseedor a título precario puede convertirse en poseedor con vocación de propietario si opera una variación del título según lo previsto en el artículo 2238 del Código: «Sin embargo, las personas de que se hace mención en los artículos 2236 y 2237 pueden prescribir si el título de su posesión se ha variado por una causa promovida por un tercero, o por la contradicción que las mismas hayan opuesto al derecho del propietario.» La

misma disposición se encuentra en el artículo 2268 del actual Código Civil francés, pero con el vocablo «inversión de título». En estos supuestos, el poseedor precario puede adquirir la cosa de buena fe, creyendo sinceramente que la persona de quien la recibió era el verdadero dueño. La otra situación en la que se puede invertir o variar el título ocurre cuando el poseedor precario impugna el título del poseedor verdadero del bien y demuestra un cambio inequívoco en su situación que le ha permitido poseer el bien jurídico por sí mismo y no por cuenta de otro. En cualquiera de los escenarios, la jurisprudencia francesa ha exigido que la prueba de la inversión del título debe ser un acto notarial que refleje la voluntad del poseedor precario, o de ambos poseedores, y que se haya publicado en el registro de la propiedad (Registro Civil y Conservaduría de Hipotecas en el caso dominicano), cuya fecha cierta constituya entonces el punto de partida para computar el plazo de prescripción adquisitiva.

Pero la jurisprudencia dominicana ha sido más flexible. Guzmán Ariza cita una sentencia de la SCJ en la que se juzgó que una persona que ha comenzado a poseer por otro, en virtud de un acto que le ha otorgado este, puede adquirir por prescripción la propiedad si este último no le ha requerido el cumplimiento de las estipulaciones convenidas anteriormente y aquel, por más de cuarenta años, continúa la posesión material de la parcela. En la especie, el ocupante tenía la obligación de devolver el terreno en un plazo de seis meses, plazo durante el cual fue tolerada su posesión, y al vencerse ese plazo siguió

21 Suprema Corte de Justicia, 3.ª Sala, sentencia núm. 11 del 2/7/2014, BJ 1244. Por igual, los parceleros asentados por el Instituto Agrario Dominicano tienen una posesión precaria, según la sentencia núm. 10 del 4/2/2009, BJ 1179, de la misma Sala.

22 Terré y Simler, *op. cit.*, p. 370.

ocupando el inmueble por un lapso mayor al de la más larga prescripción. La Corte dijo que ni O. V. primero, ni luego sus herederos, ejercieron acto alguno, después de vencido el plazo de seis meses, tendiente a obtener la entrega de la parcela, lo que constituye, evidentemente, una negligencia de su parte, y no ya una tolerancia; lo que dio por resultado que se consolidara en favor de J. N. el derecho de propiedad sobre la referida parcela». Evidentemente, la posesión comprobada en ese caso fue útil y libre de vicios²³. El término «negligencia» que utilizó la Corte es el adecuado, pues no hubo ninguna transferencia voluntaria entre partes, sino una especie de abandono tácito del poseedor anterior y de sus causahabientes.

De todos modos, los supuestos del artículo 2238 son raros por la dificultad probatoria que aparejan, pues los poseedores precarios saben que la propiedad que se les ha dado tendrá que ser devuelta algún día, y en ese aspecto no tienen el *animus*. Esta disposición legal no aplica entonces para el caso del arrendatario que permanece en el local durante varias décadas al final del contrato, sin pagar el alquiler y sin que el arrendador reaccione²⁴, y aunque haya registrado un acto notarial pretendiendo la inversión del título.

VI. Plazo de la posesión

Interesa aquí examinar los artículos 2242 al 2269 del Código Civil y en este tenor veremos (1.º) la prescripción adquisitiva ordinaria; (2.º) la prescripción adquisitiva abreviada; (3.º) el cómputo del plazo y la acumulación de posesiones; y (4.º) la suspensión y la interrupción del plazo.

1.º El artículo 2262 dispone sobre **la prescripción ordinaria**, que en nuestro derecho requiere de un plazo de veinte años. La redacción de este artículo comienza de la siguiente forma: «Todas las acciones, tanto reales como personales, se prescriben por veinte años.» El cumplimiento de este plazo extingue el derecho de acción, y, desde la óptica de la prescripción adquisitiva, obliga al poseedor que pretenda ampararse en ella a decidir si la invoca o no. El transcurso del plazo no surte efectos de pleno derecho, pues el poseedor debe demostrar las cualidades que debe tener toda posesión útil.

El artículo 2262 continúa diciendo que quien alega la prescripción no está obligado «a presentar ningún título ni que pueda oponérsele la excepción que se deduce de la mala fe.» Con ello el Código distingue la prescripción ordinaria o veinteñal de la prescripción abreviada, para la que sí se exige «justo título» y «buena fe» según el artículo 2265, que no interesan en la prescripción ordinaria, como se verá más luego. La prescripción ordinaria siempre inicia con la aprehensión de la cosa, hecho que podrá evolucionar hacia una verdadera posesión capaz de fundamentar una adquisición legal, sea en beneficio del poseedor inicial o de algún otro que haya continuado la misma posesión de acuerdo con el artículo 2235. Tampoco debe la prescripción abreviada confundirse con la reducción del plazo que el mismo artículo 2262 del Código prevé respecto de los terrenos comuneros objeto de saneamiento catastral. Hay que precisar, de todas maneras, que la figura del terreno o sitio comunero inició su desaparición del ordenamiento nacional con

23 Sentencia del 4 de septiembre de 1972, BJ 742. En *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana (1908-2021)*, tomo III, 1.ª Ed., (Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2022), p. 1983.

24 De la Touanne, Sébastien. (2007). *La difficile prescription acquisitive du détenteur précaire*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr

la puesta en vigor de la Orden Ejecutiva núm. 511 de 1920, y para la década de 1950 este sistema particular de propiedad comunal se había extinguido²⁵. Por igual, el párrafo del artículo 2262 no es de utilidad hoy en día, pues el Código Civil se promulgó en el año 1884.

Con la traducción y adaptación del Código Civil napoleónico en República Dominicana, el plazo del artículo 2262 se mantuvo en treinta años, como lo sigue siendo en el texto francés en su actual artículo 2272 para los inmuebles. Pero en nuestro país, la Ley núm. 585 de 1941 modificó el artículo 2262 y redujo el plazo a veinte años, probablemente por las mismas razones por las que en Francia se critica la vigencia de un plazo tan largo en el siglo XXI. Ese plazo treintaañal se entendía en una época en la cual los medios de comunicación eran escasos y lentos, y el desplazamiento entre ciudades era difícil y costoso, situación que ha cambiado drásticamente. La Ley núm. 585, no obstante, mantuvo el plazo de treinta años para la prescripción adquisitiva de las servidumbres continuas y aparentes, de acuerdo con el artículo 690 del Código, lo que constituye una contradicción con el plazo del artículo 2262 pues con este se prescribe no sólo la propiedad individual de un bien inmueble, sino también otros derechos reales, pero la servidumbre queda sujeta a una posesión treintaañal. Mucho menos se pudiese adquirir una servidumbre por usucapión abreviada.

Aquí no debe perderse de vista que tales reglas son propias y exclusivas del sistema de posesión. Si bien la Ley núm. 108-05 en su artículo 21 remite al Código Civil en lo relativo al

plazo para prescribir según la posesión de que se trate y para el saneamiento de un inmueble, una vez el saneamiento concluye y se expide el primer certificado de título, no queda ningún derecho real fuera del asiento registral así creado. Ha de entenderse que, para inmuebles registrados por primera vez, la Ley núm. 108-05 soluciona la contradicción antes señalada pues su artículo 26-II dispone que en los asientos complementarios del primer registro se deben incorporar la totalidad de los derechos adjudicados en la sentencia y sus respectivos titulares. El sistema Torrens no tolera cargas o derechos ocultos que no estén debidamente registrados, pero la Ley núm. 108-05 convalida retroactivamente los derechos reales otorgados sobre el inmueble por el poseedor durante el plazo de prescripción.

2.º La **prescripción abreviada** del artículo 2265 del Código Civil aplica solo a un supuesto concreto. Ella presupone una adquisición a *non domino* de un inmueble o inmuebles específicos, y constituye un modo de adquisición al que la ley otorga validez por las necesidades del tráfico jurídico y del comercio²⁶. Hablamos de una situación generada por la apariencia en la que una persona que no es el poseedor verdadero de un inmueble (un *non domino*) lo transmite a otro que creía sinceramente que lo era. En esta operación existe un tercero con mejor derecho –el Código Civil le llama propietario, persona distinta de quien transmitió el inmueble– y el artículo 2265 tiene por objeto cubrir, frente a ese propietario, el defecto resultante de la adquisición a *non domino*, es decir, suplir la ausencia de derecho del transmitente de cara al adquirente. Pero

25 Vega Boyre, Wenceslao, «Historia de los terrenos comuneros de la República Dominicana». Revista Clío (Academia Dominicana de la Historia), edición núm. 162 (2000), pp. 81-108.

26 Acedo Penco, op. cit. 2019, p. 20.

la ventaja que confiere la ley tiene un alcance limitado y está sujeta no sólo a las condiciones generales de posesión real, útil y libre de vicios (artículo 2229), sino también a dos condiciones particulares: el justo título y la buena fe²⁷.

Esa ventaja consiste en que el plazo se reduce a cinco años si el verdadero propietario vive en el distrito judicial en cuya jurisdicción radica el inmueble, y a diez años si está domiciliado fuera de dicho distrito. Si este propietario se opone a la prescripción del adquirente, **este último podrá oponerle la prescripción abreviada si adquirió el inmueble con justo título y buena fe**. Estos dos elementos deben sumarse a las condiciones generales que requiere el artículo 2229 y la Ley núm. 108-05 lo reconoce plenamente cuando, en el citado artículo 21, nos envía al Código Civil y nos dice que «Para que la posesión sea causa de un derecho de propiedad, debe ser pública, pacífica, inequívoca e ininterrumpida por el tiempo fijado por el Código Civil según la posesión de que se trate». Empero, las prescripciones ordinaria y abreviada generan situaciones jurídicas diferentes que la jurisprudencia nacional ha advertido, aunque no con el rigor necesario en cuanto a delimitar el campo de actuación de cada una. Una decisión de la SCJ, de 1949, reparó en la incompatibilidad de ambas prescripciones, al juzgar que

Para la aplicación del artículo 2235 del Código Civil, que permite agregar a la propia posesión la de su causante, es preciso que los poseedores sucesivos se encuentren

en la misma situación jurídica en lo que respecta a la prescripción, de donde resulta que los años que serían útiles para la antigua prescripción de treinta años, que no exige justo título ni buena fe, no pueden servir para completar la prescripción abreviada del artículo 2265 del Código Civil, que reclama la reunión de esas dos condiciones.²⁸

Lo propio hace una decisión de 1956 sobre la necesidad de la buena fe²⁹, y más tarde, otra sentencia de la SCJ había examinado la posibilidad de la corta prescripción del artículo 2265 si las condiciones legales se hubiesen dado³⁰, pero como si ella funcionara en los mismos términos que la prescripción ordinaria. En suma, el artículo 2265 surte sus efectos cuando hay contestación a raíz de la adquisición recibida de un supuesto propietario –el *non dominio*. Si no existiese contestación, estaríamos en presencia de una mera continuación de una posesión previa.

El artículo 2265 no reemplaza el artículo 2262 del Código cuando algún adquirente pretenda beneficiarse de la prescripción más corta, pues cada texto legal contempla situaciones disímiles. El artículo 2262 no tiene aplicación únicamente cuando la posesión se inicia con la ocupación del terreno, sino también cuando el poseedor transfiere su derecho a un comprador, quien podrá sumar ese espacio de tiempo a su propia posesión. Recordemos que el artículo 2262 señala que quien alega la prescripción **no está obligado** a presentar ningún título, pero no excluye la posibilidad

27 Terré y Simler, *op. cit.*, p. 371.

28 SCJ, sentencia del 23 de noviembre del 1949, BJ 472, p. 973. Guzmán Ariza, *op. cit.*, p. 1985.

29 SCJ, sentencia del 30 de enero del 1956, BJ 546, p. 200. Guzmán Ariza, *op. cit.*, p. 1985.

30 Del 13 de octubre de 1973, BJ 755, p. 3242. Biaggi Lama, Juan Alfredo. *Un siglo de jurisprudencia en materia de tierras*, tomo II, 1ª. Ed., (Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, SRL. 2009), pp. 961-962.

de que lo haga. En la jurisprudencia y en la práctica local no se aprecia esa distinción y el justo título no equivale a cualquier acto jurídico elaborado en circunstancias habituales, como suele ser un acto de venta, sino que se trata de un concepto que funciona solo en el contexto antes descrito, frente a una adquisición a *non domino* y en caso de controversia.

Por esta razón es que el artículo 2262 expresamente prohíbe oponer la excepción que se deduce de la mala fe para la prescripción ordinaria, ya que si la posesión reúne todas las condiciones legales será suficiente para usucapir, aunque en un principio hubiese existido mala fe. Aquí cobra efectividad la función de seguridad jurídica y la función probatoria de la usucapición, previamente comentadas. Si no fuera así, la prescripción de veinte años tendría una órbita de actuación muy reducida, y si interviniera un acto traslativo del derecho a favor de quien promueva un saneamiento, o sencillamente este fuera sucesor del antiguo poseedor, bastaría con invocar la prescripción abreviada, aunque sin base legal para ello. Se impone, en ese orden, examinar los conceptos de justo título y buena fe.

Doctrina y jurisprudencia han considerado el justo título como aquel que, por sí mismo, puede transferir la propiedad a la parte que invoca la prescripción, sea de forma gratuita u onerosa. Una sentencia de la SCJ reproduce la misma noción a propósito del artículo 2265 del Código Civil: «El justo título debe consistir en un acto susceptible de transferir la propiedad,

tal como si la transferencia hubiera tenido lugar realmente, y si hubiera emanado del verdadero propietario; que la prescripción tiene por objeto suplir la falta del derecho de propiedad en el enagenador [sic]»³¹. En Francia, un fallo de la Corte de Casación, del 2015, confirma que dos elementos acumulativos son necesarios para caracterizar el justo título, y es que el acto debe, por un lado, ser traslativo de propiedad (lo que descarta contratos como el de arrendamiento o el comodato) y, por otro lado, emanar de una persona *distinta* al verdadero propietario del bien³². También se rechaza considerar como justo título los actos declarativos, como una partición o una transacción, aunque sería diferente si los bienes litigiosos han sido cedidos como condición de la transacción, operación que se asimila a la permuta³³. A decir de Terré y Simler, justo título es, *hipotéticamente*, un título falso (porque no emana del *verus dominus* o verdadero dueño) pero aparentemente válido³⁴. Por igual, el artículo 2267 del Código dispone que el título nulo por vicio en la forma no puede servir de base a la prescripción abreviada, y la jurisprudencia francesa ha extendido la solución a las nulidades de fondo.

La buena fe, como segunda condición, consiste en la creencia firme y sincera del poseedor de que su título le ha hecho adquirir efectivamente el derecho real que es su objeto. El artículo 2268 del Código Civil establece el principio general de que siempre se presume la buena fe y corresponde a quien alega lo contrario demostrar la mala fe. Aunque la prueba es libre, ella será difícil para quien refute una

31 SCJ, sentencia núm. 43 del 27 de mayo del 1983, BJ 870, p. 1413.

32 Cayol, Amandine. (2015). *Usucapion abrégée: notion de juste titre*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr

33 Read Ortiz, *op. cit.*, 2012, p. 31.

34 *Op. cit.*, pp. 372-373

adquisición amparada en la buena fe, pues vale concluir que, si el propietario hubiese sido diligente, nunca habría permitido que el nuevo adquirente desplegara una posesión útil y libre de vicios, por el espacio de tiempo abreviado según el Código. Más aún, el artículo 2269 dice que basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición.

En ese orden, la SCJ ha juzgado que la buena fe debe ser absoluta, en el sentido de que ella desaparece desde el momento en que el adquirente tenga conocimiento, por cualquier vía cuya existencia pueda ser establecida, de que el título que se propone obtener no procede de personas con derecho a conferirlo u otorgarlo. La concubina que reclama la prescripción abreviada sobre un terreno que su pareja le había transferido, pero era un bien de la comunidad matrimonial de este último, quien además lo había ocultado de la partición cuando se disolvió su matrimonio, no actúa de buena fe pues esa ocultación era un hecho que no podía ignorar³⁵.

3.º Cómputo del plazo y acumulación de posesiones. Para calcular el plazo de prescripción hay que seguir las disposiciones del Código Civil y precisar su punto de partida. En este último aspecto cobra especial importancia la acumulación de plazos que permite su artículo 2235.

La prescripción no se cuenta por horas, sino por días y se adquiere cuando pasa el último día de término, de acuerdo con los artículos 2260 y 2261 del Código. Aunque los plazos de prescripción se encuentran fijados en años

en el texto legal, ellos se cuentan por días, y el día en que comienza la posesión no se cuenta en el plazo (*dies a quo non computatur in termino, sed computatur dies ad quem*). De este modo, y a diferencia del dies a quo, el dies ad quem se incluye en el plazo, lo que significa que la prescripción se alcanza cuando haya transcurrido el último día, aunque sea festivo. La jurisprudencia explica que el plazo de la prescripción adquisitiva comienza a correr a partir de la posesión material del inmueble y que no se puede computar la prescripción a partir de un acto de venta, que constituye una prueba literal en principio y propio de una posesión teórica, sino que lo relevante es la posesión material³⁶.

Para el cómputo del plazo total para la prescripción, el Código permite sumar o acumular posesiones cuando un ulterior poseedor es quien inicia el proceso para usucapir, habiendo poseído por sí mismo como heredero, comprador, donatario, etcétera. La regla permite que una posesión útil no se pierda si el poseedor fallece o la transfiere voluntariamente a otro, y la posesión será continuada por el causahabiente. Así, el artículo 2235 dispone que «Para completar la prescripción se puede agregar a la propia posesión la de su causante, por cualquier concepto que se le haya sucedido, ya sea a título universal o particular, o a título lucrativo u oneroso.» De este modo, si A tiene una posesión útil sobre un inmueble por espacio de quince años y lo vende a B, este último solo requeriría cinco años más, poseyendo el inmueble legalmente, para completar los veinte

35 SCJ, sentencia del 30 de enero del 1956, BJ 546, p. 200, y sentencia del 12 de noviembre del 1975, BJ 780, p. 2218. Guzmán Ariza, Fabio. *Op. cit.*, p. 1985.

36 SCJ, 3.ª. Sala, sentencia núm. 7 del 27 de enero del 2016, BJ 1262.

años del artículo 2262. La SCJ ha dicho en ese sentido que los herederos, y en general, los causahabientes a título universal no comienzan una posesión nueva ni distinta de la de su causante, sino que continúan la posesión que tenía este, sin interrupción, con sus calidades y vicios, pues no tienen otros derechos que los mismos que tenía el poseedor anterior³⁷.

La situación es más compleja si se pretende sumar plazos de la prescripción ordinaria con la prescripción abreviada. Para estos casos, hay que tener en cuenta que el tiempo de posesión que contó para la prescripción corta puede contar después a efectos de la prescripción ordinaria, pero se excluye la inversa. Por ejemplo, si una persona se encuentra en condiciones de invocar la prescripción ordinaria y vende el inmueble, el comprador no puede beneficiarse de una unión de posesiones, sino solo para finalizar la misma prescripción veinteñal. Si debiera invocar la prescripción abreviada, entonces debe completar, por sí mismo, cualquier de los plazos del artículo 2265 según sea el caso.

4.º Interrupción y suspensión del plazo. Los artículos 2242 al 2259 desarrollan las causas que interrumpen o suspenden el curso de la prescripción. Ellas se observan en todos los casos, sean porque se extingue o se adquiere un derecho y, en este último escenario, para la posesión más larga o para las más breves. Y es que la posesión, como se advirtió antes, no debe sufrir del vicio de la discontinuidad. Se ha dicho así que cuando la posesión se interrumpe, no está viciada; simplemente no existe³⁸.

La interrupción y la suspensión, sin embargo, tienen consecuencias distintas. La interrupción pone fin de manera definitiva al cálculo del plazo para la prescripción, lo que significa que el periodo anterior a dicha interrupción queda sin efecto. Por lo tanto, si el plazo para la usucapión ordinaria se ve interrumpido después de diez años, será necesario comenzar una nueva posesión desde el principio, sin considerar los diez años ya contados. La suspensión, por el contrario, simplemente detiene el cómputo del plazo sin borrar el tiempo transcurrido, y cuando cesa la causa de suspensión, el plazo reanuda su curso.

También difieren las causas de una y otra, y el Código nos dice que la interrupción puede ocurrir natural o civilmente. La natural tiene lugar cuando se priva al poseedor del disfrute de la cosa por más de un año, bien sea por el antiguo propietario o aun por un tercero (artículo 2243). Consiste en la pérdida material del bien jurídico, pero el efecto interruptor no es instantáneo. Es decir, debe transcurrir un año pues durante este plazo el poseedor puede ejercer las acciones posesorias que el Código de Procedimiento Civil habilita de acuerdo con su artículo 23. De esta explicación se deduce que, como las acciones posesorias sólo se refieren a bienes inmuebles, el artículo 2243 no se aplica a los bienes muebles y, respecto a estos, la prescripción se interrumpe desde el momento en que se pierde la posesión de la cosa³⁹.

De su lado, la interrupción civil sucede por una citación judicial, un mandamiento o un embargo, notificado a aquel cuya prescripción

37 3.ª. Sala, sentencia núm. 72 del 31 de enero del 2020, BJ 1217.

38 Strickler, citado por Cayol, *op. cit.*, 2021.

39 Terré y Simler, *op cit.* p. 378.

se quiere impedir (artículo 2244 del Código Civil). La SCJ ha dicho que no es motivo de interrupción la notificación de un acto de alguacil en el cual el requirente hace saber al ocupante que el terreno que posee es de la propiedad del primero, pues ese acto no constituye ninguno de los actos que para la interrupción exige, limitativamente, el artículo 2244⁴⁰. Para la adquisición de un derecho, la interrupción civil no implica una pérdida material de la cosa y la interrupción no tiene efectos absolutos, sino relativos. Así pues, sólo el autor de la citación puede aprovecharse de ella y la citación sólo perjudica a la persona a quien va dirigida y a sus causahabientes. La interrupción se da también por el reconocimiento que haga el deudor o el poseedor del derecho de aquel contra quien prescribía (artículo 2248), y el reconocimiento es eficaz sea expreso o tácito, o provenga de un acto unilateral o bilateral, por ejemplo, si existe un contrato de arrendamiento que pone en evidencia que el tenedor del inmueble sólo tiene un título precario y no posee por cuenta propia, como se dispone en el artículo 2236 del Código. Esto nos conduce a entender que no solo el reconocimiento del derecho de otro interrumpe la marcha de la prescripción, sino también que la prescripción no puede reiniciarse en esta situación a menos que se produzca por variación del título, conforme lo vimos previamente.

La suspensión, de su lado, no permite que el plazo de prescripción comience o siga su

curso en función de las excepciones que fija la ley. El artículo 2251 del Código establece la regla general: la prescripción corre contra toda clase de personas a no ser que se encuentren comprendidas en alguna excepción establecida por una ley. En su homólogo francés (artículo 2234) se amplió la redacción y se incluyeron, como motivos de suspensión, el impedimento contractual y la fuerza mayor. Pero puede considerarse que el artículo 2251 del Código dominicano tiene amplio alcance y que abarca las situaciones imprevisibles e inevitables de la fuerza mayor. Por ejemplo, el Consejo del Poder Judicial suspendió todos los plazos procesales desde el 19 de marzo del 2020 debido al estado de emergencia autorizado por el Congreso Nacional por la pandemia del Covid-19, autorización fundamentada en la Ley Orgánica núm. 21-18 sobre regulación de los Estados de Excepción. Los plazos fueron reanudados en fecha 6 de julio del mismo año, y ese espacio de tiempo no puede computarse de cara a alguna invocación de prescripción, sea extintiva o adquisitiva.

Las demás excepciones que expresamente menciona el Código obedecen a circunstancias especiales como la minoría de edad o la interdicción del propietario, o si la prescripción se intenta invocar entre cónyuges, o contra el heredero beneficiario sobre los créditos que tenga contra la sucesión (artículos 2252, 2253 y 2258).

40 Sentencia del 27/4/1977, BJ 797, pp. 742-752. Guzmán Ariza, *op. cit.*, p. 1982. En el Código Civil francés, luego de la reforma de la Ley núm. 2008-561, el artículo 2241 excluye los actos o documentos no asimilables a una acción judicial como actos susceptibles de interrumpir la prescripción, tales como una carta, aun certificada, o una intimación de pago. El texto del actual artículo 2241 reza de la siguiente manera: «La demanda judicial, incluso en referimiento, interrumpe el plazo de prescripción, así como el plazo de caducidad. Lo mismo ocurre cuando se presenta ante una jurisdicción incompetente o cuando el acto de emplazamiento es anulado por vicio de procedimiento.» Si bien un simple requerimiento de pago demuestra la voluntad del acreedor de hacer valer su derecho, como se desprende de la redacción que conservamos en la ley dominicana, la Corte de Casación francesa rechaza la analogía y reitera que la lista de causas de interrupción de la prescripción es exhaustiva (sentencia del 18 mayo del 2022, recurso n° 20-23.204. Sitio web: <https://www.courdecassation.fr/decision/62848da1498a54057d102b62>. Acceso el 2 de marzo del 2024.

VII. Prueba de la posesión

La demostración de una posesión útil, legítima y libre de vicios, con la finalidad de usucapir, fue considerada por mucho tiempo una labor compleja y semejante a la *probatio diabolica*, como se les llamaba a aquellas diligencias probatorias tan difíciles que sólo el diablo podía efectuarlas. Esta afirmación se explicaba por la necesidad de rastrear e individualizar la cadena de transferencias que había tenido el bien jurídico, y había que probar no sólo el título de quien alegaba la prescripción, sino también el título anterior y el anterior a este, y así sucesivamente. Y es que el título que pueda exhibirse, entendido aquí en el sentido más amplio de la palabra, fuere un acto cualquiera o la calidad derivada de algún hecho jurídico (como la que tiene el sucesor por la muerte de su causante)⁴¹, no constituye por sí solo una prueba irrefutable para usucapir. En efecto, la posesión es el mejor medio de prueba porque constituye una presunción legal de propiedad cuando se cumplen las condiciones de la prescripción adquisitiva, incluso frente al acto jurídico que pueda oponérsele⁴².

Es cierto que la determinación del inicio de la posesión puede ser difícil, pero conviene recordar también que, siendo la posesión un hecho jurídico, **la prueba es libre** y puede aportarse por cualquier medio, siempre que sea lícito. La Ley núm. 108-05 lo señala en su principio IX, en ocasión del saneamiento, por su carácter de orden público y para «el esclarecimiento de la verdad y la sana administración de justicia». Su artículo 21 reitera

la libertad probatoria, aunque se prohíbe que la sentencia que adjudique la propiedad se base solo en testimonios. Por consiguiente, la persona que reclama un derecho de propiedad puede y debe ofrecer, además de la prueba testifical, actos jurídicos, fotografías u otras pruebas documentales, por ejemplo, y debe demostrar actos materiales y serios de posesión. A ese fin la Ley núm. 108-05 reputa como actos posesorios la existencia de mejoras en el terreno, su destinación a cualquier uso lucrativo, la percepción de frutos, y la materialización de los límites. Son actos que pueden ser demostrativos de las cualidades de la posesión que ya hemos visto –continua e ininterrumpida, pacífica, pública, inequívoca y a título de propietario– las que deben resultar también de los demás elementos probatorios y de las circunstancias del caso. A cada una de estas cualidades le corresponde un defecto particular: discontinuidad, violencia, clandestinidad, ambigüedad y precariedad. La ausencia de estos defectos, junto con el transcurso íntegro del plazo legal, dará lugar a que la posesión se convierta en derecho de propiedad. Pero no se trata de probar hechos negativos, sino de esforzarse por demostrar el dominio material de la cosa y la voluntad real de poseer el bien en calidad de propietario.

Por añadidura, y durante el saneamiento de un inmueble, el tribunal puede activamente procurar y ordenar la producción de elementos probatorios distintos a los que haya ofertado el reclamante o cualquier otra parte del proceso. Esta potestad se fundamenta en el referido

41 El artículo 115 del Reglamento General de los Tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria (Resolución núm. 787-2022) dispone que si el reclamante está en posesión de los terrenos reclamados, debe indicar por escrito el documento que sirve de base a esta posesión, y en caso de no existir dicho documento, la fecha o fechas en que él o sus causantes adquirieron la posesión; y si el reclamante no está en posesión del terreno, en la reclamación se hace constar claramente el interés que aquel pretende tener y la fecha y forma de adquisición.

42 Cayol, *op. cit.*, 2021.

principio IX de la Ley núm. 108-05 y en sus artículos 22 y 59. Particularmente este último permite que el juez celebre tantas audiencias como lo considere conveniente y se traslade al terreno tantas veces como fuere necesario. El traslado constituye la celebración de una audiencia en el inmueble, con presencia o citación de las partes, y posibilita que el tribunal recoja información provechosa para la averiguación de la verdad. A ese propósito, se podrá interrogar a los colindantes, vecinos u otras personas que se encuentren en el lugar y realizar las comprobaciones necesarias para que el juez depure técnica y jurídicamente los derechos reclamados sobre el inmueble objeto del proceso⁴³. Los resultados de esta labor quedan asentados en el acta de la audiencia correspondiente. La doctrina jurisprudencial además ha dicho que «Corresponde a los jueces del fondo apreciar los hechos que sirven para establecer la posesión y derivar de ellos presunciones para edificar su convicción. En uso de esa facultad también les corresponde comprobar la duración de una posesión, verificar el carácter de los hechos que la constituyen e investigar si esos hechos son o no susceptibles de hacer adquirir la propiedad por prescripción»⁴⁴.

VIII. Conclusiones

El estudio de la usucapión en la República Dominicana revela su importancia para la consolidación de un derecho de propiedad adquirido a través de una posesión legítima. De ello resulta su decisiva función probatoria, la que a su vez se proyecta hacia la defensa de la seguridad jurídica. El análisis de las características de la posesión y de los plazos

específicos para usucapir resalta la necesidad de delimitar con rigor la prescripción ordinaria y la abreviada, pues no en todos los casos se pueden invocar los cortos plazos del artículo 2265 del Código Civil.

Una implementación indiscriminada y sin base legal de la prescripción abreviada erosiona las ventajas que deberían resultar de la usucapión, ventajas que la doctrina de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional ha identificado. La distinción imprecisa entre estos dos tipos de usucapión afecta negativamente la operatividad de estos mecanismos legales en la práctica jurídica dominicana, y esa ha sido la realidad hasta la fecha. Es imprescindible clarificar y establecer un criterio uniforme sobre el tema, fundamentado en el propio Código Civil, cuyo texto, a pesar de tener numerosos arcaísmos por no haber sido suficientemente actualizado desde su promulgación, contiene reglas y premisas básicas que evidencian más lógica y razón que muchas leyes modernas.

Referencias

- ACEDO PENCO, Ángel. *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. 4.^a Edición. Madrid, Editorial Dykinson, SL. 2019.
- BIAGGI LAMA, Juan Alfredo. *Un siglo de jurisprudencia en materia de tierras (Tomo II)*. 1.^a Edición. Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, SRL. 2009.
- CAYOL, Amandine. (2015). *Usucapion abrégée: notion de juste titre*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr. Fecha de la consulta: 7 de marzo del 2024.

43 Reglamento General de los Tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria, artículos 117 y 119.

44 SCJ, 3.^a Sala, sentencia núm. 30 del 27/4/2011, BJ 1205, reiterada en la sentencia núm. 2 del 11/3/2021 de las Salas Reunidas, BJ 1324.

- _____. (2021). *Conflit de propriété: la prescription trentenaire l'emporte sur le titre publié*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr. Fecha de la consulta: 7 de marzo del 2024.
- CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 12.^a Edición. París, Association Henri Capitant. 2018.
- DE LA TOUANNE, Sébastien. (2007). *La difficile prescription acquisitive du détenteur précaire*. Dalloz Actualité. Sitio web: www.dalloz-actualite.fr. Fecha de la consulta: 9 de marzo del 2024.
- GUZMÁN ARIZA, Fabio. *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana (1908-2021)*. Tomo III.. Santo Domingo, Gaceta Judicial. 2022.
- MALAURIE, Phillipe; AYNÈS, Laurent; GAUTIER Pierre-Yves. *Droit des contrats spéciaux*. 8.^a Edición. París, LGDJ-Lextenso. 2016.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit civil – Les biens*. 9a. edición. París, Dalloz. 2014.
- READ ORTIZ, Alexis. *Los medios de inadmisión en el proceso civil dominicano (Vol. 2)*. Santo Domingo, Editora Jurídica Internacional, SRL. 2012.
- TERNERA, Francisco. *Derechos Reales*. 4.^a Edición. Bogotá, Editora Temis, 2015.
- VEGA BOYRE, Wenceslao. «Historia de los terrenos comuneros de la República Dominicana». *Revista Clío*, edición núm. 162, año 2000. Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia. Pp. 81-108.

Superposición de roles en el fideicomiso en garantía

Wilson Martínez¹

Recibido: 10 de junio de 2024 – Aceptado: 24 de junio de 2024

Resumen

actualmente se debate la posibilidad legal de que una persona sea al mismo tiempo el fiduciario y el acreedor garantizado en un fideicomiso en garantía. Este tipo de fideicomiso produce una simbiosis entre la relación que crea las obligaciones a garantizar y la relación que involucra al fideicomitente, fiduciario, beneficiario y fideicomisario. Hay división de criterios en aquellos casos en que el fiduciario y el acreedor garantizado son la misma persona, como ocurre con los intermediarios financieros que brindan financiamiento y reciben un certificado de garantía fiduciaria del fideicomiso que estos mismos administran a través de un departamento fiduciario. Las posiciones legales sobre este asunto varían en los países.

Palabras clave: Fideicomiso en garantía, superposición de roles, simbiosis, acreedor, deudor, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, beneficiario residual.

Abstract

The legal possibility of one person being, at the same time, the trustee and the secured creditor in a security trust is currently being debated. This type of trust produces a symbiosis between the relationship that creates the obligations to be guaranteed and the relationship that involves the settlor, trustee, beneficiary, and residual beneficiary. There is a division of criteria in those cases in which the trustee and the secured creditor are the same person, as occurs with financial intermediaries that provide financing and receive a fiduciary guarantee certificate from the trust that they themselves manage through a trust department. Legal positions on this matter vary between countries.

Keywords: Security trust, roles overlapping, symbiosis, creditor, debtor, settlor, trustee, beneficiary, remainder beneficiary.

¹ Abogado de la República Dominicana especializado en derecho de los negocios, con práctica profesional concentrada en desarrollo de infraestructura y proyectos de capital, negocios corporativos, fusiones y adquisiciones, negocios fiduciarios, inversión extranjera y solución de controversias. Licenciado en Derecho summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana (2015), máster en Derecho de los Negocios Corporativos por la misma institución (2017). Becario Chevening (2022-2023), candidato a la Maestría en Ciencias Inversión en Infraestructura y Finanzas de la University College London. Docente de Derecho para la Gestión de Negocios en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, y de Negocios Fiduciarios en la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Correo electrónico: wilsonmartinezperez@gmail.com

I. Aproximación general al problema jurídico sobre los roles de las partes en el contrato de fideicomiso en garantía

En la actualidad se suscitan importantes debates en torno a si en un fideicomiso en garantía es legalmente posible que las calidades de fiduciario y de acreedor garantizado recaigan sobre la misma persona. En otras palabras, se discute la posibilidad de que el fiduciario que administra un fideicomiso en garantía pueda ser el acreedor, o bien uno de los acreedores, a favor de quien el deudor aporta la propiedad de ciertos bienes para la constitución de un patrimonio separado que responderá por el cumplimiento de la obligación garantizada.

En esta modalidad de fideicomiso se produce una especie de «simbiosis» o «interacción» entre dos relaciones jurídicas independientes. Por un lado, está la relación contractual que da origen a las obligaciones que pretenden garantizarse, a la que podríamos denominar «relación principal», en la que participan, esencialmente, el acreedor y el deudor. Por otro lado, está también la relación que crea el fideicomiso, que denominaremos «relación fiduciaria», y que participan en ella el fideicomitente, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario. Estas relaciones interactúan en los siguientes puntos:

1. El deudor de la relación principal es el fideicomitente en la relación fiduciaria. Por lo general, el deudor es quien aporta los bienes que servirán de garantía al cumplimiento de las obligaciones por él asumidas frente al acreedor. Es posible, aunque no muy frecuente, que un tercero sea el que aporte los bienes que servirán de

garantía. En tal escenario, dicho tercero ocupará el rol de fideicomitente.

2. El acreedor de la relación principal funge como beneficiario en la relación fiduciaria. Como se dijo en el punto anterior, este tipo de fideicomiso se constituye, entre otras cosas, con el objeto particular de servir de garantía al acreedor por el cumplimiento de las obligaciones del deudor. En tal sentido, si el deudor incumple su obligación (de pagar una suma de dinero, por ejemplo), dicho acreedor recibirá, en forma de compensación de la deuda, el producto de la venta de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso. En tal sentido, el acreedor «se beneficia» de la estructura fiduciaria.

Hasta aquí estamos en terreno pacífico. Nadie discute la utilidad, ni mucho menos la legalidad, de que acreedor y deudor usen el fideicomiso como una alternativa a los esquemas tradicionales de garantía que, según se argumenta hoy, ya no responden adecuadamente a las necesidades de la contratación contemporánea.

Sin embargo, lo que sí genera importantes discusiones son aquellas ocasiones en las que en una misma persona coinciden las calidades de fiduciario y de acreedor garantizado. Este es el supuesto de las entidades de intermediación financiera (EIF) que, al otorgar un financiamiento, reciben un certificado de garantía fiduciaria emitido por un fideicomiso administrado por su propia fiduciaria, ya sea que esta opere como un departamento dentro de la EIF o bien como una filial del mismo conglomerado financiero al que pertenece la EIF².

2 De conformidad con el artículo 25 de la Ley núm. 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, modificado por el artículo 361 de la Ley núm. 249-17, sobre el Mercado de Valores, en nuestro ordenamiento existen dos tipos de fiduciarias: las que

Esta cuestión se ha planteado tanto en la doctrina como en la legislación comparada. De un lado, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que adoptan una posición completamente prohibitiva, aquellos que conservan un criterio intermedio y los que apoyan sin reservas la coincidencia de roles. Por otro lado, desde el punto de vista legal, los países que utilizan la figura del fideicomiso con propósito de garantía han adoptado posiciones diversas al respecto. En algunos países la ley que regula esta materia ha calificado como operación prohibida aquella en la que el fiduciario sea a la vez acreedor-beneficiario de un fideicomiso bajo su administración. En otros países se ha adoptado una posición también prohibitiva, pero se admiten excepciones, mientras que en otros países las leyes permiten que fiduciaria y acreedor-beneficiario sean la misma persona.

Iniciemos revisando cómo este tema ha sido regulado por el legislador dominicano para luego pasar revista a la doctrina y legislación extranjera sobre la materia.

II. ¿Cuál es el estado actual de la cuestión en el ordenamiento jurídico dominicano?

En ausencia de una verdadera doctrina fiduciaria en la República Dominicana, así como de precedentes judiciales que hayan sentado criterios relevantes sobre la materia, el estudio de esta problemática en nuestro medio jurídico debe centrarse, necesariamente,

en una revisión de las disposiciones legales vigentes que sean relevantes para la cuestión objeto de nuestro análisis. En ese sentido, debemos revisar los artículos 31, 40, 41 y 61 de la Ley núm. 189-11, del 16 de julio de 2011, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana (Ley 189-11), así como el artículo 19 del reglamento de aplicación de la referida ley. Veamos.

El artículo 31 de la Ley 189-11 establece cuáles operaciones son prohibidas a los fiduciarios. El literal f) de este artículo dispone que se considerará una operación prohibida al fiduciario «*adquirir para su beneficio por sí o por interpósita persona, los bienes dados en fideicomiso*»³.

La ley hace una distinción entre los roles de fiduciario-beneficiario y fiduciario-fideicomisario. Si se lee con cuidado, podremos notar que este texto no necesariamente prohíbe que el fiduciario sea al mismo tiempo beneficiario. Lo que parece estar prohibiendo es la coincidencia de las calidades de fiduciario y fideicomisario, toda vez que lo que será considerado como operación prohibida es que el fiduciario «*adquiera para su beneficio ... los bienes dados en fideicomiso*». Pero ¿qué relevancia práctica tiene esta distinción conceptual?

Si se analiza únicamente el artículo 40⁴ de la Ley 189-11 sobre los conceptos de fideicomisario y beneficiario, se podría concluir, erróneamente, que en nuestro medio jurídico tal distinción conceptual no debería inspirar ningún

operan bajo la misma personalidad jurídica de una EIF ya existente, es decir, en forma de «departamento fiduciario» dentro de un banco multiple, una asociación de ahorros y préstamos u otra entidad de intermediación financiera autorizada por la Autoridad Monetaria; y, las que son incorporadas como sociedades comerciales de objeto exclusivo, con personalidad jurídica propia; éste último tipo de fiduciarias pueden operar en forma de «filial» dentro de un conglomerado financiero o de forma independiente.

3 El subrayado es nuestro.

4 Artículo 40. Concepto de fideicomisario o beneficiario. Se entenderá por fideicomisario o beneficiario, la persona física o jurídica a favor de quien el o los fiduciarios administran los bienes dados en fideicomiso.

comentario. Sin embargo, si este artículo 40 se analiza conjuntamente al literal f, párrafo I, del artículo 13, *sobre el contenido mínimo del acto que crea el fideicomiso*, se notará que la ley sí quiso distinguir a estas partes contractuales. El artículo 13, al precisar cuál es el contenido mínimo del contrato de fideicomiso, establece que el acto podrá incluir la «distinción entre beneficiario y fideicomisario, en los casos en que el que ostenta el disfrute del fideicomiso difiere del que ha de quedarse con el residual una vez finalizado el fideicomiso (...)».

En tal sentido, si se parte de que el fideicomisario es un «beneficiario residual», es decir, el que se queda con los bienes una vez finalizado el fideicomiso -según se aclara en el artículo 13-, al analizar nuevamente el texto del literal f del artículo 31, se podría concluir que lo que la ley prohíbe es la superposición de las calidades de fiduciario y fideicomisario, no así las de fiduciario y beneficiario. Dicho de otro modo, lo que la ley procura evitar no es que el fiduciario si posee al mismo tiempo la calidad de beneficiario reciba el «producto» de los bienes fideicomitados para la cancelación de su acreencia, sino que lo prohibido parecería ser que la fiduciaria, siendo al mismo tiempo fideicomisaria, reciba el «bien en sí mismo». Nos atrevemos a decir que, en gran medida, al hacer esta distinción entre recibir «el producto del bien» en lugar del «bien en sí mismo», el legislador ha pretendido reducir el peligro de posibles pactos comisorios, considerados

nulos por el artículo 2078⁵ de Código Civil Dominicano.

Analicemos ahora el párrafo I del artículo 31 de la Ley, el cual transcribimos a continuación:

Párrafo I. En principio **los fiduciarios no podrán estipularse como fideicomisarios.** De llegar a coincidir tales calidades, el o los fiduciarios no podrán recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista⁶.

Como vemos, este párrafo confirma nuestra tesis de que la prohibición está dirigida más bien al doble rol de fiduciario-fideicomisario y no así al de fiduciario-beneficiario. Además, este párrafo agrega un elemento nuevo al análisis. Según se puede observar, esta disposición, al reconocer la posibilidad de que fiduciario y fideicomisario sean la misma persona, solamente suspende la entrega de beneficios al fiduciario-fideicomisario mientras la coincidencia subsista. Al disponer de esta manera, este párrafo facilita la interpretación de que la circunstancia de superposición de roles bien podría solucionarse mediante la sustitución provisional del fiduciario mientras se lleva a cabo el proceso realización de la garantía⁷.

El artículo 61 de la Ley, luego de definir el fideicomiso en garantía, aclara que el fideicomisario, quien tendrá la calidad de acreedor, podrá requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de los bienes de acuerdo con lo previsto en el contrato. A continuación, lo transcribimos:

5 Artículo 2078. No puede el acreedor, por falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de que pueda hacer ordenar en justicia se le entregue como pago hasta la debida concurrencia, según tasación hecha por peritos, o que se venda en pública subasta. Cualquier cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella, sin las formalidades expresadas se considerará nula

6 El subrayado es nuestro, así como en los siguientes párrafos citados.

7 Se sugiere al lector tomar en consideración, al estudiar los artículos que han sido citados, que la Ley 189-11 usa, a veces de manera indistinta, los conceptos de beneficiario y fideicomisario, lo que podría provocar confusión.

Artículo 61. Fideicomiso en garantía. En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitado están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor, puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo.

Finalmente, en cuanto a la regulación nacional, debemos revisar el párrafo I del artículo 19 del Reglamento de Aplicación de la Ley 189-11, núm. 95-12. Lo transcribimos a continuación:

Párrafo I: Para la constitución de un fideicomiso en garantía, no deberá coincidir en una misma persona la condición de fiduciario y fideicomisario o beneficiario, como lo estipula el Artículo 31 de la Ley No. 189-11, ni existir relación de dependencia o subordinación del fiduciario frente al fideicomisario o beneficiario.

Llama la atención que esta disposición contradice las disposiciones del artículo 31, toda vez que, al disponer que no podrán coincidir en la misma persona no solo el fiduciario y el fideicomisario, sino que también prohíbe la coincidencia del fiduciario y el beneficiario, cosa que no hace la ley según hemos expuesto anteriormente. Igualmente, este párrafo va más allá de lo que dispone la ley, con lo cual la contradice, como se ha dicho, al prohibir, además, aquellos fideicomisos de garantía en los que exista

relación de dependencia o subordinación del fiduciario frente al fideicomisario o beneficiario. Esta última prohibición no está contemplada en ninguna parte de la ley.

III. ¿Qué ha dicho la doctrina especializada?

Frente a este debate, la doctrina está dividida. Algunos autores han expresado que semejante hipótesis, la que plantea la coincidencia de los roles de fiduciario y beneficiario, dejaría sin sentido al fideicomiso pues el fiduciario ya no sería alguien de confianza del deudor (fideicomitente), sino que sería su acreedor, lo que podría conducir a un sinnúmero de desviaciones⁸. Otros, sin embargo, entienden que es válido el fideicomiso cuando fiduciaria y acreedor son la misma persona ya que, según afirman, no se produce aquí ninguna incompatibilidad de fondo y, en la mayoría de los casos, no existe una prohibición clara de la superposición de roles⁹.

Los autores que han asumido una postura prohibitiva frente a la posibilidad de fiduciario y acreedor sean la misma persona argumentan que¹⁰:

- I. Se produce un conflicto de interés por parte del fiduciario debido a que, por un lado, administrará el fideicomiso con el fin de garantizar el pago de una acreencia de la que es titular. En todo momento, tendrán más peso sus intereses particulares que los que debe tutelar en su calidad de fiduciario.

8 Favier Dubois, Eduardo M. «Fideicomiso de garantía: ¿sí o no?», citado por Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014. Pág. 400.

9 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003. Pág. 30.

10 Cfr. Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F., Buenos Aires, 2014, pág. 401.

- II. Este tipo de contratación podría constituir un acto jurídico contrario a las buenas costumbres pues, si es ejercida por un fiduciario-acreedor desinteresado por la salud patrimonial del fideicomitente-deudor, podría prestarse a abusos que es conveniente evitar.
- III. Esta alternativa contradice el estándar generalizado en materia fiduciaria de que el fiduciario no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos, so pena de comprometer su responsabilidad civil.

Dentro de esta doctrina prohibitiva destacan los argumentos del argentino Molina Sandoval quien considera que «aun cuando la ley no los prohíba expresamente, esta posibilidad luce incompatible con la sistemática del fideicomiso. Parece contradictorio con la teleología del fideicomiso que una misma persona (física o jurídica) ocupe la posición de fiduciario y beneficiario». En cuanto al conflicto de interés, este autor ha dicho que en esta circunstancia «el conflicto de interés existe, ya que resulta lógico que el fiduciario, en sus funciones de tal, interprete y ejecute las pautas contractuales de la manera que le sea más beneficiosa a sus propios intereses»; «(...) ante dos posibilidades igualmente válidas, siempre se inclinará por la más ventajosa a sus intereses como acreedor»¹¹.

Por otra parte, quienes defienden la posibilidad de que fiduciario y acreedor garantizado recaigan en la misma persona, argumentan lo siguiente:

- I. Si bien se ha estandarizado una prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos, esto no impide que este liquide el bien fideicomitido y, con el «producto» de dicho bien, cancele sus propias acreencias.
- II. Al fiduciario no se le produce un conflicto de intereses entre sus roles de acreedor y fiduciario pues, en ambas calidades, lo que este siempre procura con su administración es responder por las acreencias. Igualmente, en esta circunstancia de superposición de roles, se beneficia la dinámica del fideicomiso en tanto las soluciones que se procuran benefician al deudor de la reducción de tiempos y costos.
- III. En las distintas legislaciones se ponen a disposición del fideicomitente-deudor los mecanismos de prevención y resarcimiento ante cualquier abuso cometido por el fiduciario, con lo que se pretende nivelar la balanza.

De los autores que defienden la coincidencia de roles¹² -que son la mayoría-, destacamos los argumentos de Carregal¹³, pues entendemos que ha sido quien de manera más sistemática y abarcadora ha defendido esta posibilidad.

Al analizar la posibilidad de superposición de roles, Carregal señala que «el beneficio derivado de la doble actuación está a la vista: reduce los costos de constitución y administración de las

11 Cfr. Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso* ... Ob. Cit., pág. 406.

12 Entre quienes admiten esta coincidencia de roles pueden mencionarse, por ser los más destacados, los siguientes: Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría* ... cit.; Freire, Bettina V. *El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Editora Abaco. Madrid, 1997; Torres Cavallo, Javier. "Fideicomiso de garantía", en Maury (Dir.) y Grzona (Coor.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004; entre otros.

13 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*. Heliasta. Buenos Aires, 2008.

garantías como medio eficiente para expandir el crédito a costos más accesibles»¹⁴.

Frente al argumento de la doctrina prohibitiva que sostiene que esta coincidencia implicaría la apropiación ilegítima por parte del fiduciario del bien objeto de la garantía, Carregal responde de la manera siguiente:

Dicho objeto no puede prosperar. (...) el fiduciario está obligado, en caso de mora de la obligación garantizada, a disponer la venta de los bienes afectados o a proceder de otro modo para obtener los recursos necesarios ... (por ejemplo, destinarlos a locación o reclamar los pagos correspondientes si se tratase de créditos o de otros derechos cedidos con igual propósito. En definitiva, **el fiduciario no podrá adquirirlos para sí pues no puede entregarlos lisa y llanamente al beneficiario**, pues en este caso se estaría contrariando un principio jurídico esencial que se entiende vigente por analogía con lo dispuesto para la prenda ...¹⁵

Con relación a este último punto que señala Carregal, entendemos que se refiere al pacto comisorio que ya hemos comentado.

Resulta interesante destacar que, con relación a nuestra tesis de que el artículo 31 de la Ley 189-11, sobre las operaciones prohibidas, parecería estar prohibiendo solamente el doble rol fiduciario-fideicomisario, Carregal hace un planteamiento que nos sirve de sustento. Según este autor no existen impedimentos legales ni conflictos de intereses que impidan

la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado, mientras éste no sea a su vez el fideicomisario»¹⁶. Nuestro planteamiento es precisamente que la ley dominicana, según se puede interpretar de la lectura conjunta de los artículos 13, párrafo I, literal f, y 31, literal f y párrafo I de este mismo artículo, dirige su prohibición hacia la coincidencia de los roles de fiduciario y fideicomisario.

Con relación al conflicto entre los intereses del fiduciario-creedor y fideicomitente-deudor, este autor señala que «antes que contrapuestos, los intereses del fiduciario-creedor y del fideicomitente-deudor pueden considerarse convergentes en el fideicomiso de garantía, puesto que a ambos interesa que, ante un supuesto incumplimiento, la cosa se venda por el mejor precio posible»¹⁷.

Carregal cita además una decisión del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Argentina, que admitió el doble carácter del fiduciario. Por su relevancia en este análisis, a continuación, transcribimos un fragmento:

(...) cabe destacar que en el caso particular el Banco Hipotecario ha acumulado dos roles que conforme las previsiones de la ley 24.441 resultan independientes (fiduciario y beneficiario) entendiendo, (...) que para el caso de las posiciones de fiduciante y fiduciario la ley indica expresamente que el primero es persona distinta del segundo, vedando la posibilidad de que una persona se constituya en fiduciario de sus propios

14 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 232.

15 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 270.

16 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 235.

17 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 236.

bienes; prescripción que en cambio no existe en el texto legal en el caso del fiduciario y beneficiario, por lo que puede concluirse que la confusión entre estas personas no está vedada ... Conforme lo sostiene esta Sala el fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando, como se desprende de la escritura de constitución del mismo obrante en autos, se haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento y el destino de los posibles remanentes, no siendo óbice al respecto la prohibición del artículo 7 de la ley 24.441.¹⁸

IV. ¿Cómo se regula la superposición de roles en el derecho comparado?

Como hemos visto, esta problemática no se limita a nuestro país. A nivel internacional, este tema ha sido el objeto de importantes discusiones públicas que han provocado reformas y adaptaciones de la normativa que regula la materia. En la actualidad, las legislaciones de los países de la región están divididas entre las que asumen una posición prohibitiva, las que permiten la coincidencia con excepciones y las que admiten sin reservas que fiduciario y acreedor sean la misma persona. Para provecho de nuestro análisis revisaremos aquellos casos en los que se han dado las soluciones más efectivas y que podrían servir de modelo ante una posible reforma a la ley dominicana.

Iniciemos con el caso de México. En un principio, en ese país las entidades de intermediación

financiera usaron el fideicomiso para garantizar a sí mismas los préstamos que otorgaban sus departamentos de crédito. Luego, esta práctica fue prohibida por decreto del 30 de agosto de 1933 que dispuso la nulidad del fideicomiso en favor del fiduciario. Sin embargo, lo que resulta interesante para este análisis es que, más adelante, mediante la inclusión de un párrafo al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en mayo de 1996, se reestableció el uso de este tipo de herramienta. Dicho párrafo, todavía vigente en ese país, dispuso lo siguiente: «la institución bancaria podrá ser fideicomisaria de los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas».

Según vemos, México transcurrió desde la admisión total hasta su prohibición absoluta. Posteriormente, aun manteniendo un estándar prohibitivo, creó una excepción que habilitó específicamente a las «instituciones bancarias» a ser fideicomisarias de los fideicomisos que estén bajo su administración. En tales casos, la excepción está condicionada a que las partes prevean en el contrato un mecanismo objetivo para la sustitución fiduciaria en caso de que surjan conflictos durante la materialización de la garantía. Deben destacarse dos aspectos: en primer lugar, que la excepción

18 Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago de Estero, Sala Civil y Comercial, dictada el 17 de noviembre de 2005, citado por Carregal, Mario A. Fideicomiso. *Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 246.

habilita solamente a las fiduciarias que sean instituciones bancarias. Desde nuestro punto de vista, esto se debe a que por el nivel de fiscalización al que está sometida una EIF, es poco probable que esta se valga de su doble calidad de fiduciario-acreedor para defraudar terceros, visto además el alto riesgo reputacional al que estaría sometida. En segundo lugar, resaltamos que esta solución de la sustitución fiduciaria que plantea la ley mexicana parecería ser compatible con el mandato del párrafo I del artículo 31 de nuestra ley el cual, como vimos anteriormente, sugiere una salida similar.

Analicemos ahora la ley uruguaya de fideicomiso núm. 17.703 del 2003. En dicha ley se prevé la posibilidad de celebrarse fideicomisos unilaterales, en los que fideicomitente y fiduciario sean la misma persona, siempre que se trate de fideicomisos financieros. Esto queda recogido en su artículo 25 al disponer que «el fideicomiso financiero podrá constituirse por acto unilateral, en el que coincidan las personas del fideicomitente y del fiduciario ...». Además, esta ley prevé la eventualidad de que el beneficiario actúe como fiduciario cuando se trate de fideicomisos en garantía a favor de entidades financieras. Esta circunstancia está prevista en el artículo 9, literal b, el cual dispone que queda prohibido, siendo absolutamente nulo, «el fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomisos en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera».

Podemos observar que tanto la ley mexicana como la uruguaya, si bien en sentido general prohíben la coincidencia de roles, coinciden en exceptuar tal eventualidad cuando se trate de fideicomisos en garantía y cuando el beneficiario/fideicomisario sea una EIF.

Por otro lado, conviene destacar la postura asumida por el legislador de Francia que, bien es sabido, es el país de donde proviene nuestro derecho. Sobre esta cuestión, la ley francesa de fideicomiso, de octubre de 2007, ha asumido la admisión sin reservas de la coincidencia de roles. Al respecto, dispone lo siguiente: «el fiduciante o el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fiducia».

Veamos un ejemplo adicional de la tendencia internacional hacia la habilitación de la superposición de roles cuando el fiduciario-acreedor sea una entidad financiera y se trate de fideicomisos en garantía. Nos referimos al proyecto de Código Civil Unificado de la República de Argentina, del 1998, el cual dispone en su artículo 1,446 lo siguiente: «Si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria. En este caso puede aplicar al pago de los créditos garantizados las sumas de dinero que ingresen al patrimonio fiduciario, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos (...)».

V. Conclusiones

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La Ley 189-11 reconoce la posibilidad de que coincidan en la misma persona los roles de fiduciario y beneficiario, sin embargo, prohíbe la coincidencia en una misma persona de las calidades de fiduciario y fideicomisario pues califica esta última superposición como una operación prohibida. Se observó además que el Reglamento de Aplicación de dicha ley, núm. 95-12, contiene una disposición, en el párrafo I del artículo 19, que va más allá de la Ley

al prohibir ambas coincidencias, tanto la de fiduciario-fideicomisario como la de fiduciario-beneficiario.

2. La doctrina sobre la materia está dividida. Por un lado, hay autores que asumen una posición negatoria, de prohibición total a la coincidencia de roles y, por otro lado, hay una parte de la doctrina que defiende la posibilidad de que fiduciario y beneficiario/fideicomisario sean la misma persona siempre y cuando se trate de una EIF, por entenderse que en tales casos, el nivel de regulación al que están sometidas estas entidades, así como alto nivel de aversión al riesgo reputacional, hacen poco probable que en ellas se articulen, por esta vía, estrategias defraudatorias.
3. En legislaciones extranjeras se han ofrecido soluciones a esta cuestión. Por un lado, en México, esta coincidencia se ha permitido cuando se trate de instituciones bancarias y siempre que las partes prevean en el acto constitutivo un mecanismo de sustitución fiduciaria en caso de que surjan conflictos de intereses. Por otro lado, la ley uruguaya asume una prohibición general a la coincidencia de roles, pero contempla una excepción cuando estas calidades coincidentes recaigan sobre una entidad financiera y siempre que se trate de un fideicomiso en garantía.
4. Finalmente, en el ordenamiento jurídico dominicano, si bien hay base para reconocer o alegar que la ley permite la coincidencia de los roles de fiduciario y beneficiario, se hace necesaria una reforma legal que aclare el tratamiento

de esta circunstancia. Dicha reforma debería procurar, entre otras cosas, aclarar la diferencia entre los roles de beneficiario y fideicomisario. Esta distinción, -que ya está contenida de forma dispersa en la ley vigente-, junto con otras precisiones en cuanto a contenido mínimo de cláusulas contractuales, posibilitaría que las EIF sean al mismo tiempo fiduciarias y acreedores garantizados siempre que, al momento de realizar la garantía, no se queden para su beneficio con el bien dado en garantía. En tal sentido, el acreedor, en todo caso, deberá entenderse como beneficiario pues solo podrá recibir el producto de la venta del bien dado en garantía y no el bien en sí mismo.

Por otro lado, ante este escenario, la solución de México, que plantea la sustitución fiduciaria, puede generar en nuestro medio la suficiente confianza para que las EIF que participan en el negocio fiduciario a través de un departamento fiduciario o por medio de una filial de su grupo financiero puedan, con la seguridad jurídica adecuada, aumentar su cartera de financiamiento a proyectos que son desarrollados a través de fideicomisos.

Referencias

- Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*. Heliasta. Buenos Aires, 2008.
- Favier Dubois, Eduardo M. «Fideicomiso de garantía: ¿sí o no?», citado por Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014.

Freire, Bettina V. *El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Editora Abaco. Madrid, 1997.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003.

Maury, Beatriz Alicia (Dir.) y Grzona, Daniel Alejandro (Coor.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014.

Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago de Estero, Sala Civil y Comercial, dictada el 17 de noviembre de 2005.

Buena administración y reparación administrativa de daños sin intervención judicial

Víctor A. León Morel¹

Recibido: 10 de abril de 2024 – Aceptado: 20 de agosto de 2024

Resumen

En el desarrollo del presente artículo analizamos la posibilidad de que la Administración Pública pueda admitir y decidir los reclamos en responsabilidad patrimonial sin que el administrado necesariamente tenga que ir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico dominicano.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial, sede administrativa, derecho administrativo, jurisdicción contenciosa administrativa, sentencia.

Abstract

In this article, the author analyzes the possibility of the Public Administration to admit and decide their own civil liability without the requirement for the plaintiff to file a lawsuit in the administrative courts, from the perspective of the Dominican legal system.

Keywords: *Civil liability, administrative forum, administrative law, administrative courts, judgement.*

¹ Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Maestría en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Panthéon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional. Doctorando en Derecho por la Universidad del Externado en Colombia.

«El estudio de la responsabilidad civil es el más bello aporte al derecho civil»²

I. Introducción

Uno de los grandes desafíos que produjo el Estado de Derecho con la revolución francesa fue la creación de una rama distinta del Derecho que maneja todos los aspectos de la Administración Pública, limitando sus actuaciones.

El principio de justicia retenida permitía a la Administración resolver los conflictos administrativos de manera unilateral, sin que existiera una jurisdicción contenciosa administrativa que pudiera resolverlos de forma imparcial y objetiva.

Debido a esto, la mayoría de los doctrinarios administrativistas reconocen que el origen del derecho administrativo se vincula a la creación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tomando como *leading case* el famoso **fallo Blanco** de 1873, del Tribunal de Conflictos de Francia, que constituyó también el origen jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial. En dicha sentencia, el tribunal estableció tres elementos importantes: 1) que el Estado podía ser responsable por los daños causados a los individuos, en virtud del hecho de las personas que emplea en los servicios públicos; 2) que este tipo de responsabilidad no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular, sino que requería de reglas especiales; y 3) que

esta responsabilidad no es general ni absoluta, y que sus reglas especiales varían según las necesidades del servicio y la de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

En el caso dominicano, la profesora Rosina De La Cruz Alvarado, pionera en la materia, ha señalado que:

... a partir del 27 de febrero de 1844 y hasta el 4 de agosto de 1947, el sistema dominicano, a falta de legislación expresa en ese sentido, fue el de unidad de jurisdicción. Los tribunales judiciales eran competentes para conocer tanto los litigios entre los particulares como los asuntos contenciosos administrativos. Esta competencia general cesaba en los casos para los cuales la ley había establecido tribunales administrativos especiales. Entre estos, el tribunal más importante era el Consejo de Aduanas que comportaba dos grados de jurisdicción.³

Con la aprobación de Ley No. 1494 que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del 9 de agosto de 1947, se genera un hito importante, pero insuficiente, para la responsabilidad patrimonial, pues si bien crea esta jurisdicción especializada, no refiere en materia de derecho sustantivo ninguno de sus artículos a este tipo de responsabilidad, aludiendo incluso a una excepción de su competencia en asuntos de índole civil.

Muy posteriormente, surgen tres cambios normativos significativos y esenciales⁴,

2 Citado de la obra «Responsabilidad patrimonial del Estado: contractual y extracontractual», Guillermo Sánchez Luque, prologuista, Tirant lo blanch, Bogotá, D.C. 2023.

3 RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo A., «Derecho administrativo dominicano y principios generales», Ponencia preparada para la reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Valladolid, España. Septiembre 2008, P. 105, disponible en línea en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Huertas-Derecho-administrativo-dominicano-y-principios-generales.pdf>

4 Es importante precisar que hay otras normas que refieren a la responsabilidad patrimonial, como la 41-08, pero desde nuestra opinión no tienen la misma importancia que las mencionadas.

específicamente en las últimas dos décadas que consagran la responsabilidad patrimonial en República Dominicana:

1. La Ley 13-07.
2. La Constitución dominicana del 26 de enero de 2010.
3. La Ley 107-13.

Estas normas, junto a la jurisprudencia relativamente reciente de la Suprema Corte de Justicia, y la escasa doctrina local, constituyen el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial en la República Dominicana.

El presente artículo propone disociar de manera absoluta el paradigma responsabilidad patrimonial-jurisdicción, analizando las ventajas para que sea adoptado un sistema en el cual no sea necesario acudir a los tribunales para que sea otorgada la responsabilidad patrimonial en sede administrativa.

II. El principio de buena administración como fundamento esencial la responsabilidad patrimonial en sede administrativa

La Ley 107-13 contempla una serie de principios esenciales en las relaciones de las personas con la Administración, como su nombre lo indica. Específicamente, el artículo 4 de dicha norma consagra una serie de derechos reconocidos a las personas, denominados de forma general como **derecho a la buena administración**. Este derecho a la buena administración comprende 32 acápites, entre los más relevantes al presente escrito se encuentran el derecho a la tutela administrativa efectiva, resolución justa de las actuaciones administrativas, respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas, a una indemnización justa en los casos de lesiones

de bienes o derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración, entre otros.

Este derecho a la buena administración, conforme a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional constituye un nuevo derecho fundamental, estableciendo la sentencia TC/0322/14, lo siguiente:

Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas”. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración”. Como tal, el reconocimiento normativo del derecho fundamental a la buena administración ha partido de la Recomendación n.º R (80) 2, adoptada por el Comité de ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia tanto comunitaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena administración «atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea. Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional.

De igual forma, en la trascendental Ley 107-13, se incluyeron disposiciones acordes a la reparación integral del daño ocasionado por actuaciones administrativas, como el artículo 3.17, que contempla el **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».

Imaginemos un caso donde la responsabilidad patrimonial es evidente, debido a una actuación u omisión antijurídica. ¿Realmente es necesario que ese proceso deba judicializarse para que el administrado reciba la justa reparación por los daños causados? Pensemos en un caso reciente y de relevancia notoria, en la tragedia del pasado 18 de noviembre, con la muerte de varias personas producto del derrumbe del desnivel de la avenida 27 de febrero. En este caso, no hay dudas de que el Estado era responsable de mantener la edificación en un estado óptimo o, en su defecto, cerrar el paso, a fines de evitar una tragedia como en efecto ocurrió.

No resulta lógico ni razonable que no exista un mecanismo legal que permita que los familiares afectados no puedan acudir directamente a la Administración y recibir una justa indemnización por los daños causados.

Es bien sabido por quienes ejercemos la profesión que los procesos jurisdiccionales son lentos, burocráticos y costosos, más aún ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Por estas razones, no todas las personas que sufren daños ocasionados por la Administración

proceden a demandar ante los tribunales y, por ende, permanecen sin recibir una reparación adecuada.

Por último, no es casualidad que el artículo 57 de la Ley 107-13 disponga expresamente que parte esencial del derecho a la buena administración consiste en el derecho de las personas a ser indemnizadas, lo que implica que obtener la misma no debería ser un proceso lento, burocrático, tedioso, ni excesivamente oneroso para el administrado.

En síntesis, el derecho fundamental a la buena administración concretizaría los principios de celeridad y economía procesal a fines de que ni la Administración pública ni el administrado tengan que incurrir en gastos económicos ni de tiempo para obtener su derecho a la reparación.

III. La responsabilidad patrimonial se consagra como un procedimiento en sede administrativa, no jurisdiccional

El artículo 1 de la Ley 107-13, dispone que esa norma tiene por objeto regular los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración pública, los principios que sirven de sustento a esas relaciones y las normas de procedimiento administrativo que rigen a la actividad administrativa.

De modo que dicha normativa no contempla el proceso jurisdiccional ante los Tribunales de la República, sino más bien los procedimientos que puede agotar el administrado para resguardar, proteger y restaurar sus derechos en sede administrativa.

En cuanto a este tipo de procedimientos, el Tribunal Constitucional ha precisado que «los recursos en sede administrativa —en cualquiera de sus modalidades— no pueden ser equiparados a la vía judicial, pues estos

son incoados ante la propia Administración, es decir, ante la autoridad respecto de la cual el presunto afectado procura la tutela»⁵.

Así lo reafirma la doctrina, al establecer el marco que regula la Ley 107-13, que no solo se ocupa de establecer el procedimiento que habrá de seguirse para el dictado de actos administrativos, la aprobación de reglamentos, planes o programas sino que también regula lo relativo a las reglas que deben observarse por parte de la Administración pública en ejercicio de su potestad sancionadora, la revisión de actos y recursos administrativos, el régimen de los órganos colegiados, la simplificación administrativa y descarga burocrática y la responsabilidad de los entes públicos y del personal a su servicio⁶.

El profesor José Ignacio Hernández, al reseñar la Ley 107-13, expresa que esta norma aplica, de esa manera, a la Administración Pública con el sentido amplio que la expresión tiene en el artículo 2. En concreto, la Ley regula los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, lo cual abarca al procedimiento administrativo, el acto administrativo y en general, los derechos del ciudadano frente a la Administración⁷.

De igual forma, el profesor Eduardo Jorge Prats refiere que con la Ley 107-13 comenzamos a caminar por el sendero del control interno de la actividad administrativa⁸.

Los artículos 57 y siguientes de la Ley 107-13 disponen lo siguiente sobre la responsabilidad patrimonial:

Artículo. 57. Responsabilidad subjetiva. El derecho fundamental a la buena administración comprende el derecho de las personas a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia de una acción u omisión administrativa antijurídica. Corresponde a la Administración la prueba de la corrección de su actuación.

En vista de todo lo anterior, el legislador incluyó a la responsabilidad patrimonial dentro de una Ley de procedimientos administrativos, es decir, en sede administrativa.

También es importante resaltar que la Ley refiere a un «reclamación» y a un «derecho a reclamar» y no a una demanda, pues indudablemente se prefiere que sea la Administración quien decida con celeridad y eficacia, si existe responsabilidad patrimonial y posteriormente decida cuantificar los daños causados.

IV. Los mecanismos para implementar la responsabilidad patrimonial en sede administrativa: *lege ferenda*

Uno de los primeros casos que trabajé como abogado fue precisamente un incumplimiento contractual y responsabilidad patrimonial del Estado. En negociaciones con los abogados internos del ente administrativo, estos reconocían que la institución había cometido una falta y que debían compensar a mi

5 Tribunal Constitucional Dominicano, sentencia TC/0141/23, de fecha 29 de marzo de 2023.

6 ARRIAGA CHECO, Nelson, «Administración Pública, Procedimiento Administrativo, Buena Administración y Ley 107-13», 5 de febrero 2015, disponible en línea en: <https://acento.com.do/opinion/administracion-publica-procedimiento-administrativo-buena-administracion-y-ley-107-13-8219165.html>

7 HERNÁNDEZ G. José Ignacio, «Una moderna legislación a favor de la buena Administración», disponible en línea en: <https://abogadosdq.com/la-nueva-ley-107-13-de-republica-dominicana/#:~:text=El%20pasado%20de%20agosto,el%20marco%20del%20procedimiento%20administrativo>

8 JORGE PRATS, Eduardo, «La ley del control jurisdiccional de la Administración», 23 de junio de 2023, disponible en línea en: <https://acento.com.do/opinion/la-ley-del-control-jurisdiccional-de-la-administracion-9216263.html>

cliente, pero que no existía ningún mecanismo extrajudicial para poder compensarla, es decir, que era necesario que un juez les condenará a pagar los montos que estos reconocían adeudar.

Es decir, que, en vista del principio de juridicidad o legalidad administrativa, no existía ninguna facultad legal para otorgar la justa indemnización que era reclamada en sede administrativa.

Ciertamente el artículo 148 de nuestra Constitución contempla una reserva de ley para que sea el legislador quien regule el procedimiento en casos de responsabilidad patrimonial. Lo anterior implica que sería necesaria la aprobación de una Ley que contemple el procedimiento para que la Administración pueda conocer los casos de responsabilidad patrimonial en sede administrativa. Está ley pudiera contemplar varias posibilidades desde nuestra opinión.

Primero, la posibilidad de que quien decida la reclamación sea el ente administrativo que ha causado los daños, a través de algún departamento interno o su incumbente principal.

El otro mecanismo sería la atribución expresa para conocer las reclamaciones en responsabilidad patrimonial en sede administrativa a un determinado órgano del Estado, conformando una especie de unidad especial a esos fines, preferiblemente formando un órgano colegiado.

Respecto a los parámetros para fijar la indemnización, entendemos que, al no existir baremos comparables en otras materias, salvo en materia procesal penal en casos de prisión injusta, la Administración tiene libertad de

fijarla dentro de lo razonable y acorde al daño causado. En cuanto al origen de los fondos, la Ley podrá contemplar una asignación a cada ente público para cubrir con eventuales gastos por daños ocasionados.

De igual forma, entendemos que dicha acción debe ser comunicada al Procurador General Administrativo para que presente, en un plazo breve, un dictamen sobre la existencia o no de Responsabilidad Patrimonial y su liquidación, ejerciendo una especie de control ad intra, ante posibles casos de corrupción entre funcionarios y supuestas víctimas de perjuicios inexistentes.

También es importante resaltar que ninguna de estas posibilidades eximiría a las partes de acudir de forma posterior a la jurisdicción contenciosa administrativa para cuestionar la decisión de la Administración, conforme al mandato del artículo 139 de la Constitución. Pero lo ideal es que en ciertos casos y bajo ciertos controles, la Administración pueda decidir si existe responsabilidad a modo propio y, posteriormente, pueda liquidar y pagar esos daños.

V. Conclusiones y recomendaciones

El magistrado presidente de la Suprema Corte de Justicia, Luis Henry Molina, en un discurso de rendición de cuentas expresaba que en República Dominicana las cifras de casos litigiosos eran excesivamente altas, haciendo una comparación con el sistema norteamericano en donde el 10 % de los procesos se judicializaban; a diferencia nuestra que está rondando el 85 %. Esto ha provocado una congestión en los tribunales de la República, lo que a su vez se traduce en procesos más lentos y costosos para el Estado y para las personas.

Debido a esto, debemos dejar atrás el paradigma de que para que exista responsabilidad patrimonial tiene que haber una sentencia que así lo contemple, y empezar a reconocer que, en ciertos casos, no es preferible que el ciudadano tenga que demandar para que la Administración reconozca esta posibilidad.

En Colombia, la profesora María Juliana Santaella Cuberos comenta que esta posibilidad implica una concepción tradicional del concepto de responsabilidad que se encuentra- muchas veces de manera inconsciente- arraigado a la cultura jurídica colombiana, y que conlleva a la necesidad indiscutible de un juez para que sea declarada; un sistema judicial colapsado, en gran parte, como consecuencia de la idea de una relación inescindible entre juez y responsabilidad, que pide a gritos una solución real, y una posibilidad consistente en el desarrollo de una actividad administrativa, tan tradicional como ignorada y malentendida, de resolución de litigios y controversias, en este caso, relativos a la responsabilidad del Estado⁹.

Para concluir, entiendo que algunas o muchas personas no estarán de acuerdo con este artículo y con la posibilidad de admitir que el legislador incorpore un procedimiento de responsabilidad patrimonial en sede administrativa. A todos estos, les dejo las preguntas que realiza la profesora Santaella: ¿Por qué supeditar el cumplimiento de un deber del Estado, es decir, el cumplimiento de sus fines esenciales, a la orden de un juez o de quien ejerza función jurisdiccional? ¿No es la Administración pública un sujeto de derecho capaz de tomar decisiones sustanciales para el cumplimiento de sus fines? ¿Por qué en

otros eventos sí resulta ser la Administración lo suficientemente capaz como para resolver asuntos de tal importancia, como, por ejemplo, el procedimiento administrativo sancionador, en el cual se impone una sanción administrativa?

Referencias

ARRIAGA CHECO, Nelson, «*Administración Pública, Procedimiento Administrativo, Buena Administración y Ley 107-13*», 5 de febrero 2015, disponible en línea en: <https://acento.com.do/opinion/administracion-publica-procedimiento-administrativo-buena-administracion-y-ley-107-13-8219165.html>

HERNÁNDEZ G. José Ignacio, «Una moderna legislación a favor de la buena Administración», disponible en línea en: <https://abogadosdq.com/la-nueva-ley-107-13-de-republica-dominicana/#:~:text=El%20pasado%206%20de%20agosto,el%20marco%20del%20procedimiento%20administrativo>

JORGE PRATS, Eduardo, «La ley del control jurisdiccional de la Administración», 23 de junio de 2023, disponible en línea en: <https://acento.com.do/opinion/la-ley-del-control-jurisdiccional-de-la-administracion-9216263.html>

SANTAELLA CUBEROS, María Juliana, «*La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad del Estado, de una posibilidad ignorada al porcedimiento administrativo de reparación de perjuicios*», agosto 2021, Universidad del Externado, Bogotá, p. 28-29.

⁹ SANTAELLA CUBEROS, María Juliana, «*La reparación administrativa de perjuicios en la responsabilidad del Estado, de una posibilidad ignorada al procedimiento administrativo de reparación de perjuicios*», agosto 2021, Universidad del Externado, Bogotá, p. 28-29.

SANCHEZ LUQUE, Guillermo, «Responsabilidad patrimonial del Estado: contractual y extracontractual», Tirant lo blanch, Bogotá, D.C. 2023.

RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo A., «Derecho administrativo dominicano y principios generales», Ponencia preparada para la reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Valladolid, España. Septiembre 2008, P. 105, disponible en línea en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Huertas-Derecho-administrativo-dominicano-y-principios-generales.pdf>

REPÚBLICA DOMINICANA, *Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010* [en línea]. Disponible en: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf>

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

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC/0141/23, de fecha 29 de marzo de 2023.

Receptividad congresual de las exhortaciones del Tribunal Constitucional

Rosina Ramírez Ramírez¹ y Rawill de Jesús Guzmán Rosario²

Recibido: 22 de enero de 2024 – Aceptado: 15 de mayo de 2024

Resumen

Las sentencias exhortativas son una forma de interacción interorgánica mediante la cual el Tribunal Constitucional motiva al Congreso Nacional a legislar para evitar un vacío jurídico por causa de la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma, o la consolidación de un vacío existente en virtud de una omisión legislativa. Ante el aumento discreto de este tipo de sentencia atípica, este estudio se propone sistematizar la jurisprudencia constitucional de la materia, detallando el grado de especificación y el plazo establecido por el Tribunal Constitucional cuando dicta una sentencia exhortativa, al tiempo que también abordará el grado de receptividad congresual de estas exhortaciones.

Palabras clave: sentencias exhortativas, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, precedente constitucional, proyecto de ley.

Abstract

Exhortative rulings are a form of interaction between different branches of the government, by which the Constitutional Court motivates the National Congress to legislate to avoid the creation of a legal vacuum caused by a declaration of unconstitutionality of a certain legal norm, or the consolidation of an existent vacuum caused by a legislative omission. Considering the discreet increase in the use of this type of ruling, this paper aims to systematize the constitutional case law on this matter, detailing the degree of specification and deadline established by the Constitutional Court when it dictates an exhortative ruling, and addresses the degree of responsiveness from Congress towards these exhortations.

Keywords: *Exhortative rulings, National Congress, Constitutional Court, constitutional precedent, bill.*

1 Licenciada en derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Ha sido integrante y parte de la directiva de la Asociación de Estudiantes de Derecho, PUCMM Debate y la Asociación de Ideas Políticas. Actualmente es asistente legal de la firma Zuleta Asesoría Legal. Dominicana. Correo electrónico: rxr0001@ce.pucmm.edu.do

2 Licenciado en derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, institución de la cual es profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado, así como magíster en derecho por la Universidad de Georgetown. Actualmente es letrado del Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Dominicano. Correo electrónico: ra.guzman@ce.pucmm.edu.do

I. Análisis teórico del legislador positivo con el legislador negativo

1. Tribunal Constitucional: su rol de legislador negativo y las sentencias exhortativas

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, desde su concepción, estuvo ideado como un mecanismo del sistema de frenos y contrapesos para limitar las facultades de los órganos con poder legislativo, teniendo como parámetro las disposiciones constitucionales. Cada vez más en los Estados alrededor del mundo, este control es ejercido por un órgano extrapoder, al cual se le ha encargado expresamente la preservación de la supremacía constitucional por medio de la contraposición de una norma inferior con la Constitución. En el caso de la República Dominicana, esta tarea recae sobre el Tribunal Constitucional a partir de la reforma constitucional de 2010, en los términos de su artículo 184.

El Tribunal Constitucional no entra en el esquema tradicional tripartito de la división de poderes, el cual comprende al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, sino que se coloca fuera de esa esfera y se encarga de ejercer una supervisión externa a todos ellos; el objeto de este estudio es la supervisión al primero mencionado. Así las cosas, en relación con el Poder Legislativo, particularmente con su órgano por excelencia (según el artículo 93.1.q constitucional), el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional actúa a través de las acciones

directas de inconstitucionalidad. En ocasión de estas, el tribunal examina si una determinada disposición normativa emanada del Congreso Nacional es conforme o no con la Constitución. En caso de no serlo, entonces acoge la acción y expulsa la misma del ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 45 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

Al actuar de esta manera, la doctrina ha llamado al Tribunal Constitucional como un «legislador negativo», es decir, aquel encargado de eliminar ciertas normas por ser inconstitucionales; en comparación con el Congreso Nacional que es el «legislador positivo», es decir, que crea las leyes. Ahora bien, esta facultad le ha merecido a la jurisdicción constitucional la crítica de la «dificultad contramayoritaria», en virtud de la cual se cuestiona la legitimidad de una decisión tomada por un grupo reducido de jueces (quienes no han sido elegidos popularmente) que se sobrepone a una decisión de un grupo más numeroso de legisladores (que sí han sido elegidos popularmente)³. A esto se le suman otras críticas, especialmente la relativa a que existen riesgos antidemocráticos en el ejercicio excesivo del control jurisdiccional de constitucionalidad, llegando al punto de suplantar al legislador e incluso al constituyente por medio de sentencias constitucionales, lo que en otros estudios se ha catalogado bajo diversas denominaciones (con distintos significados): juristocracia, empoderamiento judicial, activismo judicial, judicialización de la política, etc.⁴

3 Noguera, Albert, «¿Democratizando la justicia constitucional?», en Oñati Socio-Legal Series, núm. 2, vol. 1, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2011, pp. 1-27, en 7-8. Disponible en línea: <https://opo.ijs.net/index.php/osls/article/download/9/178> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

4 Brewer-Carías, Allan, Democracia y Justicia Constitucional: el Tema de la Democracia en la Discusión sobre la Legitimidad de la Justicia Constitucional y sobre el Reconocimiento de las Sentencias de los Tribunales Constitucionales en otras Jurisdicciones, Estados Unidos, 2022, p. 5. Disponible en línea: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/03/Brewer.-JUSTICIA-CONSTITUCIONAL-Y-DEMOCRACIA.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023]; y Hernández, José, «La Tentación Autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina», en Revista Iuris Forum, núm. 1, Santo Domingo, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2021, pp. 59-80. Disponible en línea: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/Documents/revista-iruris/RevistaIurisForum-Numero-1.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Una de las alternativas que se idearon en la Ley núm. 137-11 para evitar que el tribunal se excediera de su labor tradicional de legislador negativo, fue incorporar desde la práctica constitucional comparada la figura de las sentencias exhortativas, la cual consta en el párrafo III del artículo 47 de esa ley. De esta manera, se buscó establecer una interacción interorgánica, particularmente entre Tribunal Constitucional y Congreso Nacional.

Las sentencias exhortativas⁵ pueden ser definidas como aquellas decisiones excepcionales en las cuales el tribunal invita «(...) sea al legislador, sea al ejecutivo para que regule el tema mediante los mecanismos que el ordenamiento jurídico le concede, sea la ley *stricto sensu* o alguna norma inferior cuando se refiere al Poder Ejecutivo (decretos, reglamentos)»⁶. Es importante destacar que el citado artículo 47 de la ley consagra las distintas modalidades de sentencias interpretativas. Por esa razón, la propia jurisprudencia considera a las sentencias exhortativas como un tipo de sentencia interpretativa⁷, aunque no es una consideración pacífica en la doctrina, pues algunos autores entienden que ambas se diferencian en el órgano que recae la función de llevar a cabo el cambio normativo⁸. Para fines de este estudio, basta considerar a las sentencias exhortativas como sentencias atípicas, es decir, como decisiones constitucionales las cuales no se limitan a la mera acogida o rechazo de una acción directa.

Así las cosas, las sentencias exhortativas funcionan en dos etapas: primero, el Tribunal Constitucional identifica la inconstitucionalidad de algún precepto legal, lo cual tradicionalmente hace de manera diferida⁹; aunque también puede darse el escenario de que lo identificado sea una inconstitucionalidad por omisión, en el caso de que el legislador no haya desarrollado una reserva de ley. Es importante aclarar respecto a la inconstitucionalidad diferida, en el primer escenario, se da con el objetivo de que la norma reputada de inconstitucional se mantenga en el ordenamiento jurídico por un espacio de tiempo para que: 1) no se genere un vacío normativo inmediato el cual podría ser lesivo para la sociedad, y 2) el legislador tenga un tiempo razonable para reaccionar. En cualquiera de estas dos alternativas (inconstitucionalidad de una norma o inconstitucionalidad por omisión), el tribunal exhorta al Congreso Nacional a legislar, sea para cubrir el vacío normativo creado a partir de la inconstitucionalidad de algún precepto existente, o con la finalidad de cubrir el vacío normativo derivado por la inercia legislativa y detectado jurisprudencialmente. La segunda etapa consiste en la reacción por el Congreso Nacional a esa exhortación, cuestión a desarrollarse en el próximo acápite.

Cuando se lleva a cabo el dictamen de una sentencia exhortativa, lo ideal es que el Tribunal Constitucional motive de manera suficiente su decisión, sin restringir irrazonablemente la libertad de configuración legislativa; de manera tal que no solo se legitime la decisión dictada,

5 Es importante destacar que este estudio se concentra exclusivamente en las exhortaciones dirigidas al Congreso Nacional.

6 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0110/13, de 4 de julio de 2013, § 10.14.

7 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0189/15, de 15 de julio de 2015, § 9.11.

8 Reyes-Torres, Amaury, «Sentencias Exhortativas y Margen de Acción Legislativa», en Blog de Abogados SDQ, 2015. Disponible en línea: [Sentencias Exhortativas y Margen de Acción Legislativa – AbogadoSDQ – Contribuyendo con el desarrollo del derecho](#) [consulta en 1 de diciembre de 2023].

9 V. p.e. República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0234/14, de 25 de septiembre de 2014, § 10.13.

sino también, se otorgue al legislador unos parámetros básicos para la creación de la nueva norma¹⁰. En caso contrario, se puede dar un mandato muy abierto que permita que el legislador, por segunda vez, incurra en la aprobación de una ley inconstitucional; agravando de manera importante la seguridad jurídica por los constantes cambios normativos traídos por las decisiones legislativas y las decisiones jurisprudenciales.

Las sentencias exhortativas buscan evitar que el Tribunal Constitucional acuda a otro tipo de decisiones, como las sentencias aditivas o las reductoras, en las cuales directamente realiza un cambio normativo. Por el contrario, en las exhortativas, el tribunal constata una inconstitucionalidad o una omisión legislativa¹¹, pero le da espacio al legislador para que sea él quien repare la norma, o la cree en caso de omisión, siguiendo las pautas que constan en la propia sentencia. En distintas decisiones el tribunal ha reconocido su interés en autorrestringirse para no mutar a un legislador positivo. En palabras de la jurisprudencia constitucional: «(...) la jurisdicción constitucional puede controlar los límites en que opera el Parlamento o el Congreso Nacional, sin sustituir su genuina función en la producción de leyes generales encargadas por la Constitución»¹².

En consecuencia, un primer argumento que sostiene a las sentencias exhortativas es relativo a la contribución de estas a la consolidación de la separación de los poderes en el sentido de que se deja en manos del Congreso Nacional la configuración legislativa, solo dándole pautas para que la nueva norma no choque con el texto constitucional al igual que la primera expulsada del ordenamiento jurídico¹³. En otras palabras, se pretende lograr una «reparación bilateral» de la norma inconstitucional, en la cual intervienen la jurisdicción constitucional y el órgano legislativo; de manera tal que el Tribunal Constitucional no sea un mero legislador negativo, pero tampoco repare *eo ipso* la norma¹⁴.

Ahora bien, algunos autores estiman que el dictamen de sentencias exhortativas convierte a una jurisdicción constitucional en un cuasi legislador positivo, por entender que el mismo promueve activamente la creación de normas¹⁵. Sin embargo, parece más razonable la posición de que una sentencia exhortativa acerca más a una jurisdicción constitucional a la figura de legislador negativo que a la del legislador positivo, pues la misma se limita a recomendar al Congreso Nacional a legislar sobre un tema¹⁶.

Habiendo hecho esta aclaración, conviene explicar un segundo argumento mediante el

10 Cfr. Reyes-Torres, Amaury, *op. cit.*

11 V. República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0189/15, de 15 de julio de 2015, p. 15.

12 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0549/20, de 29 de diciembre de 2020, p. 33.

13 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0447/21, de 26 de noviembre de 2021, § 11.32.

14 Eto Cruz, Gerardo, «El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial», en Eto Cruz, Gerardo (coord.), *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2014, Tomo II, pp. 513-526, en 513. Disponible en línea: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo2.pdf [consulta en 1 de diciembre de 2023]; y Trovão do Rosário, Pedro, «Tribunal Constitucional: un Legislador Negativo o Positivo», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, pp. 713-740, en 736-737. Disponible en línea: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

15 Sagüés, Néstor Pedro, «Las Sentencias Constitucionales Exhortativas», en *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006, pp. 189-202, en 200-201. Disponible en línea: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040109.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

16 Trovão do Rosário, Pedro, *op. cit.*, p. 734.

cual se justifica este tipo de sentencias. Desde una visión de corte más jurídico-política, se razona que la configuración normativa en ocasión de regulaciones particulares a veces es más conveniente que la haga un órgano de naturaleza política (como el Congreso Nacional) en vez de uno de naturaleza jurisdiccional (como el Tribunal Constitucional). Así, se busca desplazar la responsabilidad política al legislador en ocasión de aquellas normas en las cuales «(...) el juicio escapa de la racionalidad jurídica y se desplaza a la razonabilidad y oportunidad política, dominada por la evaluación de circunstancias de necesidad, oportunidad o conveniencia»¹⁷. Nueva vez, el interés es no judicializar la política, sino limitar al tribunal para realizar la determinación de la inconstitucionalidad de una norma, permitiéndole al Congreso Nacional repararla con una nueva decisión razonablemente seleccionada, mientras sea lógicamente diferente a la anterior.

La doctrina ha clasificado estas sentencias en distintas categorías dependiendo del tipo de inconstitucionalidad identificada y la manera en que se pide al Congreso Nacional reaccionar. Así, Néstor Pedro Sagüés divide las sentencias exhortativas en tres renglones¹⁸: 1) de delegación, 2) de inconstitucionalidad simple, y 3) de inconstitucionalidad precaria. En la primera categoría se dan directrices al legislador para que cree una norma sustitutiva de la declarada inconstitucional; en la segunda se constata la inconstitucionalidad de una norma, pero no se expulsa inmediatamente la misma del ordenamiento jurídico, sino que se

requiere al legislador sustituirla; y, en la tercera, se identifica una norma de constitucionalidad precaria, ante lo cual el legislador debe actuar y enmendarla.

Una última precisión cuya discusión debe ser introducida en este acápite es el nivel de obligatoriedad de una exhortación constitucional. Se trata de una cuestión abierta a interpretación, pues la legislación no es clara al respecto; al tiempo que la doctrina al respecto tampoco es pacífica. Algunos autores postulan las exhortaciones como meras recomendaciones no vinculantes, otros estiman que es necesario reaccionar ante las mismas para evitar un vacío jurídico, y otros entienden que la inexistencia de consecuencias que recaigan directamente sobre el Congreso no elimina la responsabilidad de este de responder estas exhortaciones de manera obligatoria por provenir de un mandato del máximo intérprete de la Constitución. El criterio que sostiene esta investigación será expuesto en detalle en los próximos apartados.

2. Congreso Nacional: su rol de legislador positivo y el respeto a la supremacía constitucional

Al contrario de los órganos jurisdiccionales, el Congreso Nacional se encuentra inherentemente relacionado con el poder político y la creación de legislaciones en el país. Según establece la Constitución en su artículo 93, el Congreso tiene atribuciones de control y fiscalización, al igual que la función de legislar en representación del pueblo. La

17 Sarmiento, Juan Pablo, «Control Constitucional y Oportunidad Política, entre las Sentencias Exhortativas y Omisiones Legislativas desde la Experiencia Colombiana», en *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 21, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2023, pp. 111-141. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002023000100111&script=sci_arttext [consulta en 1 de diciembre de 2023].

18 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 194-195.

potestad de crear norma que le es otorgada a este órgano cabeza del Poder Legislativo, si bien conlleva esa responsabilidad de crearlas, contiene también una limitación importante: el respeto a la supremacía constitucional.

La noción de supremacía de la Constitución es aplicada para todas y cada una de las normas del país, y la misma es definida por el Tribunal Constitucional como «(...) un valor o principio del derecho constitucional que superpone la Constitución de un Estado en un estrato jerárquicamente superior al de todo el sistema jurídico del mismo, considerándola como ley suprema, la cual rige su ordenamiento legal»¹⁹. En ese mismo sentido, establece la Carta Magna en su artículo 6 que «Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución»²⁰.

Por otro lado, en lo referente a la creación y aprobación de cada una de las legislaciones que se incorporan en nuestro sistema jurídico, existe un procedimiento a seguir en el Congreso Nacional, el cual se compone de forma bicameral por un Senado y una Cámara de Diputados. Esto no solo se hace bajo las normativas internas de ambos órganos, sino que se sigue lo establecido en la Constitución. En los artículos 96 al 113 constitucionales se detalla claramente la facultad del Congreso a tener iniciativa en la formación de leyes y se explica minuciosamente el proceso que debe seguir para la presentación, correcta discusión y aprobación de una ley determinada.

En lo que respecta a la regulación interna, según el Manual de Técnica Legislativa emitido por la Cámara de Diputados, el proceso de creación de normas inicia con la elaboración de un proyecto de ley. Los procesos por llevar a cabo para las iniciativas legislativas se hacen una vez se ha estudiado la demanda social e incidencia de lo que versará una nueva normativa en específico. En ese sentido, se le unen la comprensión general del tema, los análisis de impacto y el estudio de los antecedentes, tanto legislativos como de iniciativas presentadas en las comisiones de cámaras, opiniones de doctrinarios y consulta de decisiones jurisprudenciales²¹. Es en esta última fase en donde existe la necesidad de observación de las disposiciones constitucionales por parte del Congreso Nacional a la hora de crear leyes, a los fines de que las mismas puedan ser aplicables y permanezcan en el ordenamiento jurídico.

De manera específica, dentro de la composición del Congreso, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado existe en su subdivisión interna una Oficina Técnica Legislativa²² y un Departamento Técnico de Revisión Legislativa²³, respectivamente. Ambas cuentan con características y funciones similares: revisar de forma metódica que exista una buena base legal, se haga un uso correcto de la lingüística y se respete la Constitución. La existencia de estas oficinas demuestra que existe un esfuerzo por respetar la supremacía constitucional, en tanto las mismas observan

19 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0212/20, de 14 de agosto de 2020, § 4.1.

20 República Dominicana, Constitución de la República, de 13 de junio del 2015, Gaceta Oficial núm. 10805 de 10 de julio de 2015. Artículo 6.

21 Cámara de Diputados de la República Dominicana, Manual de Técnica Legislativa, Santo Domingo, 2017.

22 Cámara de Diputados de la República Dominicana, Reglamento de la Cámara de Diputados, Santo Domingo, 2004. V. artículo 13, numeral 1.2.

23 Senado de la República Dominicana, Reglamento del Senado de la República, Santo Domingo, 2010. V. artículo 121, literal b.

si el proyecto está dispuesto en contra de la Constitución e indican, en caso de contrariarla, de qué modo se puede legislar sin vulnerar la Carta Magna²⁴, lo cual responde directamente a lo establecido en los artículos 96 al 113 de esta norma suprema.

El proceso de creación de normativas, descrito de forma resumida, abarca una amplia labor por parte de las cámaras legislativas, el cual, una vez agotado, puede resultar o no en una nueva ley. Esta función permite que a este órgano se le atribuya la característica de legislador positivo. Esa denominación se le otorga en contrario a las jurisdicciones constitucionales, que tal como se establecía en el acápite anterior, se consideran legisladores negativos, debiendo tenerse presente que esa función de interpretación constitucional establecida a las cortes son también revisiones relevantes para un Congreso Nacional²⁵, toda vez que los textos normativos que no respeten la Carta Magna serán anulados. De forma legal es posible percibir que existe en las cámaras legislativas, por tanto, un margen de acción que se ve limitado por la Constitución y, en caso de que se confirme la existencia en el ordenamiento de una regla de derecho que la contradiga, es necesario reivindicar esa norma infraconstitucional.

Es evidente que el Poder Legislativo no debe implementar los mismos razonamientos utilizados en el ámbito judicial, considerando las grandes diferencias entre un área y otra,

en especial en los métodos de toma de decisiones²⁶ en ambos poderes. Sin embargo, a través de los años y en virtud de las sentencias exhortativas, se hace visible la necesidad del respeto a la supremacía constitucional, toda vez que el Tribunal Constitucional excluye del ordenamiento jurídico las normas que no se hacen en atención a la misma. Dentro de estas decisiones precedentemente explicadas, en ocasiones son invocadas en las sentencias denominadas exhortativas, las cuales son emitidas por el más alto tribunal del país en materia de constitucionalidad y, mediante estas, se llama al Congreso Nacional a emitir una nueva ley, en cuanto aplique, siempre que se adapten a los cánones constitucionales, para evitar ir en contra de la Carta Sustantiva. Si bien consideramos que existe un régimen de previsión dentro de las cámaras del Congreso, existe un margen de error en donde se hace necesaria la receptividad congresual de las sentencias exhortativas que disponga el Tribunal Constitucional.

Tal y como expresa su nombre, las sentencias exhortativas en nuestro país representan una petición por parte del Tribunal Constitucional hacia el Congreso Nacional. Por tanto, la decisión usualmente otorga un plazo en el que se acciona para subsanar la inconstitucionalidad de una determinada norma que, si no se cumple una vez culmine el tiempo indicado por la sentencia, normalmente conlleva un vacío legal. De este modo, el Tribunal Constitucional

24 Cámara de Diputados de la República Dominicana, Reglamento de la Cámara de Diputados, op. cit. V. artículo 160.

25 Lovera Parmo, Domingo, y Vargas Maldonado, Catalina, «El Congreso Nacional y la Interpretación Constitucional en el Proceso Legislativo: Criterios y Momentos», en Revista Chilena de Derecho, núm. 3, vol. 48, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, pp. 79-105. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021012000079#fn26 [consulta en 1 de diciembre de 2023].

26 Ibídem.

respetar esa división de poderes, sin ordenar o inmiscuirse de modo directo en el Congreso o, en efecto, en el Poder Legislativo²⁷.

En este sentido, en aras de preservar el principio de supremacía constitucional, la nueva legislación sustitutiva creada por el Congreso Nacional, en atención a una sentencia exhortativa, debe disponer normas que no revivan los errores de la legislación declarada inconstitucional, normalmente de manera diferida. De esta manera, las sentencias exhortativas dan «(...) al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativos, posibilitando que el legislador cumpla su función constitucional (...)»²⁸. En otras palabras, se le da una segunda oportunidad al Congreso para que legisle sobre la misma materia, pero esta vez sin incurrir en violaciones constitucionales.

Para legislar de manera constitucionalmente apropiada, se espera que los legisladores emitan normas más razonablemente justificadas con el interés de que no sobrevenga una nueva declaratoria de inconstitucionalidad²⁹, lo cual podría afectar la legitimidad del órgano legislativo. En esa segunda etapa de las sentencias exhortativas, en la que se repara la norma por parte del legislador, se espera que el Congreso Nacional asuma su compromiso de respetar el orden constitucional, sin lo cual

no puede hablarse de una reparación bilateral³⁰, como se adelantó en el apartado anterior.

Ahora bien, la reacción del legislador presenta dos situaciones que deberían considerarse: 1) el nivel de determinación de la sentencia exhortativa; y 2) el régimen de consecuencias del diseño institucional de la reparación bilateral. El primer escenario hace referencia a que una sentencia exhortativa no indique al legislador pautas para crear la nueva norma, sino que se limita a explicar por qué la norma anterior es inconstitucional y a recomendar la creación de una nueva legislación, la cual podrá ser razonablemente establecida en virtud del margen de la configuración normativa del legislador. Ahora bien, en ocasiones el tribunal es más específico y da una guía más clara, con el interés de indicarle al legislador cuáles regulaciones podrían ser declaradas inconstitucionales incluso cuando sean diferentes a la primera norma. En todo caso, mientras mayor sean las indicaciones de la jurisdicción constitucional, menor será el campo de acción del legislador y, consecuentemente, la reparación bilateral será menos. El interés es encontrar un punto medio en el cual se vele por la supremacía constitucional sin cerrar la configuración normativa del legislador.

27 Rosario García, Vladimir, «Las Sentencias Exhortativas: dificultades en la Ejecución y Posibles Soluciones», en Gaceta Judicial, núm. 376, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2018. Disponible en línea: <https://app.vlex.com/#vid/839612138> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

28 Nogueira Alcalá, Humberto, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», en Revista Ius et Praxis, núm. 1, Talca, Universidad de Talca, 2004, pp. 113-158. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005 [consulta en 1 de diciembre de 2023].

29 Niembro Ortega, Roberto, y Ramírez Ordás, Fernando, «El Control de Constitucionalidad Deliberativo. El Ciudadano ante la Justicia Constitucional, la Acción Pública de Inconstitucionalidad y la Legitimidad Democrática del Control Judicial al Legislador», en Revista de Derecho del Estado, núm. 51, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 437-441. Disponible en línea: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7602/10848> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

30 Castro Cruzatt, Karin, «El Tribunal Constitucional Y Las Exhortaciones Al Legislador: El Caso Peruano», en Revista de Derecho del Estado, núm. 27, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 153-176, en 173-174. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1967529 [consulta en 1 de diciembre de 2023].

El segundo escenario es un tema indicado en el apartado anterior, relativo a cuál es el nivel de vinculatoriedad de una sentencia exhortativa para el Congreso Nacional y, en consecuencia, cuáles son las posibles sanciones que se establecerán a este último de no cumplir con la exhortación. Es importante que aquí no se pone en duda el carácter de «definitiva e irrevocable» de una sentencia constitucional, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 184 constitucional; sino que se está analizando hasta qué punto es necesario que el legislador atienda una «exhortación».

Hasta el momento, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional establecen al vacío legal (en virtud de una declaratoria en inconstitucionalidad, sea inmediata o diferida) como la única consecuencia de importancia, sin que sobre el Congreso Nacional pese alguna otra consecuencia de corte jurídico. Esto demuestra por qué, cuando las exhortaciones no son correspondidas, se estiman que no poseen eficacia, aunque no se ponga en duda su validez³¹. Naturalmente, la consecuencia política de no prestar atención a una exhortación constitucional tendrá sus repercusiones propias, a las cuales también se les debería tomar en cuenta.

II. Análisis práctico de las sentencias exhortativas dictadas por el Tribunal Constitucional

1. Detalle de la totalidad de las sentencias exhortativas emitidas

Después de haber expuesto los conceptos teóricos importantes en torno a la participación del Tribunal Constitucional y del Congreso Nacional en ocasión de una sentencia exhortativa, conviene precisar cuáles han sido las decisiones emitidas hasta el momento por la jurisdicción constitucional con esta naturaleza. Así las cosas, se procederá a describir de manera detallada las sentencias exhortativas dirigidas al Congreso Nacional y emitidas por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en ocasión del conocimiento de acciones directas de inconstitucionalidad³², desde su establecimiento hasta octubre de 2023 (fecha de conclusión del levantamiento de datos de esta investigación), lo cual se hará incluyendo tres renglones: 1) el texto legislativo anterior declarado inconstitucional a través de ellas (o la omisión legislativa), 2) el texto legislativo posterior aprobado congresualmente ante la exhortación (en caso de haber), y 3) el grado de ejecución de parte del Congreso Nacional³³. En la siguiente tabla se hace el citado detalle:

31 Cfr. Sarmiento, Juan Pablo, *op. cit.*

32 Para fines metodológicos, conviene aclarar que no se han tomado en cuenta las sentencias exhortativas que aisladamente se han dictado en ocasión de otros procesos constitucionales, como los recursos de revisión de sentencia de amparo (véase, por ejemplo, la Sentencia TC/0221/16, de 14 de junio de 2016). Esto se debe a que, para alcanzar una mayor precisión del objeto de estudio, se delimitó la investigación y revisión con respecto a todas las sentencias que resolvieron acciones directas de inconstitucionalidad desde el inicio de funciones del Tribunal Constitucional hasta octubre de 2023, para así identificar cuáles de ellas se correspondían con la clasificación de sentencia exhortativa.

33 Para definir el grado de ejecución de una exhortación constitucional por parte del Congreso Nacional se han usado 4 criterios:

- 1) satisfactorio: la exhortación se ejecutó en el tiempo previsto;
- 2) tardío: la exhortación se ejecutó, pero no el tiempo previsto;
- 3) pendiente: la exhortación no ha sido ejecutada, pero el plazo sigue abierto;
- 4) no satisfactorio: la exhortación no ha sido ejecutada, habiéndose vencido el plazo dispuesto a tales fines.

Tabla 1 *Detalle de sentencias exhortativas emitidas*

Sentencia	Texto legal anterior	Texto legal posterior	Grado de ejecución
TC/0110/13	Resolución núm. 14379-5, dictada por la PGR, que regulaba el otorgamiento de la fuerza pública.	Ley núm. 396-19 que regula el otorgamiento de la fuerza pública para llevar a cabo las medidas conservatorias y ejecutorias.	Tardío
TC/0234/14	Artículo 6.h de la Ley núm. 385-98 que crea la Corporación del Acueducto y Alcantarillado de La Romana, y el artículo 2.h del Reglamento Interno del Consejo de directores de la COAAROM ³⁴ .	Sin legislación.	No satisfactorio
TC/0274/13	Ley núm. 91-83, que creaba el Colegio de Abogados de la República.	Ley núm. 3-19, que instituye el Colegio de Abogados de la República Dominicana.	Satisfactorio
TC/0189/15	Omisión legislativa absoluta en torno al régimen legal de los indultos presidenciales.	Sin legislación.	Pendiente
TC/0189/15	Artículo 5.II.c de la Ley núm. 491-08, que modifica los artículos 5, 12 y 20 de la Ley núm. 3726-53, sobre Procedimiento de Casación ³⁵ .	Ley núm. 2-23, sobre Recurso de Casación ³⁶ .	Tardío

Es importante precisar que este estudio hace un análisis objetivo en torno al grado de ejecución congresual de las exhortaciones constitucionales, razón por la cual se ha tomado un parámetro medible cuantitativamente como el tiempo de ejecución. Otros parámetros, como la adecuación o no del cumplimiento de la exhortación, implican una observación más subjetiva del objeto de estudio, la cual podría ser examinada en investigaciones futuras.

34 Estas normas disponían que los legisladores de la provincia de La Romana eran miembros del Consejo de directores de la COAAROM.

35 Esta norma disponía el requisito casacional de que la cuantía de la condena judicial debía superar los 200 salarios mínimos.

36 Esta norma dispuso el requisito casacional de que la cuantía de la condena judicial debe superar los 50 salarios mínimos.

TC/0113/21	Omisión legislativa absoluta en torno al régimen legal de los referendos ³⁷ ; así como sobre otros asuntos en torno a los cuales hay reserva de ley ³⁸ .	Sin legislación.	No satisfactorio ³⁹
TC/0317/21	Artículo 41 de la Ley núm. 358-05, de protección general de los derechos del consumidor o usuario ⁴⁰ .	Sin legislación.	No satisfactorio
TC/0447/21	Artículo 2.II de la Ley núm. 511-05, que declara la provincia de El Seibo como provincia ecoturística ⁴¹ .	Sin legislación ⁴² .	No satisfactorio
TC/0267/23	Artículo 767 del Código Civil ⁴³ .	Sin legislación.	Pendiente

37 Ahora bien, es importante apuntar que, en el dispositivo de esta sentencia, el tribunal usa un lenguaje más contundente que una mera exhortación, pues le «ordena» al Congreso Nacional a legislar sobre esta materia. Esto da origen a un debate en torno al carácter exhortativo o no de esta sentencia, ante el cual se ha optado por computarla como exhortativa en virtud de la realidad de que la misma incluye recomendación de legislar sobre otras materias. Cuando al tribunal se le presentó otro escenario similar de omisión legislativa, este optó pura y simplemente por dictar una sentencia exhortativa (V. Sentencia TC/0189/15), sin acudir a términos más coercitivos como «ordenar».

38 Esto generó una situación atípica, pues se exhortó la creación de algunas legislaciones sobre temas que no constituían el objeto central de la acción directa originalmente interpuesta.

39 Si bien con respecto a los referendos no se ha legislado, parcialmente se ha cumplido con esta exhortación en lo que corresponde a algunos de los asuntos en torno a los cuales hay reserva de ley; en todo caso, se ha computado como «no satisfactorio» considerando que la principal indicación no ha sido acogida y varias de las específicas quedan pendientes.

40 Esta norma disponía la obligación a la Dirección General de Aduanas de exigir el etiquetado en español de los productos de consumo importados.

41 Esta norma disponía que los legisladores de la provincia de El Seibo eran miembros del Consejo de Desarrollo Ecoturístico de la provincia El Seibo.

42 Si bien no hay legislación de respuesta a la exhortación de la Sentencia TC/0447/21, fue posible identificar un proyecto de ley (disponible en línea: <https://memoriahistorica.senadord.gob.do/server/api/core/bitstreams/bed42518-5a20-463e-8ddd-838f05d348f6/content#:~:text=la%20Ley%20n%C3%BAm.-,511%2D%2D05%2C%20del%2022%20de%20noviembre%20de%202005%2C%20que,la%20provincia%20de%20El%20Seibo> [consulta en 1 de diciembre de 2023]), con su informe favorable del Dirección Técnica de Revisión Legislativa (también disponible en línea: <https://memoriahistorica.senadord.gob.do/items/4824d6b0-9fcb-47ed-ac4e-d92f2d42841b> [consulta en 1 de diciembre de 2023]), en el cual se hace referencia a la sentencia constitucional (aunque sin referirse directamente a la exhortación), y se dispone una nueva conformación del Consejo de Desarrollo Ecoturístico de la provincia El Seibo. En igual sentido, fue posible identificar la Ley núm. 10-23, que declara a la provincia El Seibo como polo turístico, en la que se hace referencia a la Ley núm. 511-05, pero no a la exhortación hecha con respecto a la misma. En todo caso, fue posible visualizar cómo en legislaciones análogas (como la Ley núm. 9-23 que modifica la Ley núm. 77-02, del 19 de julio de 2002, que declara la provincia Hato Mayor, como Provincia Ecoturística) se hacía una conformación de un consejo de desarrollo ecoturístico provincial sin incluir legislador, y se hacía referencia expresa a la Sentencia TC/0447/21.

43 Esta norma dispone que el/la cónyuge superviviente es sucesor/a irregular.

Considerando que en la actualidad no existen numerosas sentencias exhortativas, dentro de nuestra jurisprudencia podemos encontrar algunas que son referentes en cuanto el tema. En ese sentido, conviene desarrollar algunos de los casos anteriormente mencionados para comprender con mayor claridad cómo es la receptividad congresual de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional. Un primer ejemplo clave es la Sentencia TC/0274/13, que versa sobre la inconstitucionalidad de la Ley núm. 91 de 1983 que creó el Colegio de Abogados de la República. En esa sentencia se resolvió una acción directa de inconstitucionalidad en virtud de la cual se alegaba una violación de los artículos 46 y 41.1 de la Constitución de 1994 al aprobar la referida ley pues hubo en su formación vicios de procedimiento.

El tribunal determinó la acogida de la referida acción pues la ley fue aprobada en discordancia con la Constitución, toda vez que fue conocida y aprobada fuera de la legislatura correspondiente, violando lo dispuesto en la regulación constitucional al efecto. Por tanto, el tribunal declaró la norma impugnada no conforme a la Carta Sustantiva disponiendo que: «los efectos de la anterior declaración de inconstitucionalidad queden diferidos y exhorta al Congreso Nacional, para que, dentro de la función legislativa que le es propia, emita una nueva ley que enmiende la situación de inconstitucionalidad (...)»⁴⁴. Es relevante indicar que no existía en ese caso en cuestión un plazo de acción para el Congreso, siendo en el año 2019 cuando es aprobada una

legislación sustitutiva al respecto. La Ley núm. 3-19 subsana la vulneración de la anterior de 1983 y, en la misma, el legislador en tres de sus considerandos reconoce la exhortación establecida en la Sentencia TC/0274/13, sus motivos y conjuntamente, la responsabilidad ineludible de las cámaras legislativas de emitir una nueva legislación. Por último, reconoce la vinculatoriedad de los fallos del Tribunal Constitucional que le es conferido por el artículo 184 constitucional⁴⁵.

Por otro lado, es ideal abordar para fines ilustrativos la Sentencia TC/0489/15, otra decisión exhortativa emitida en respuesta a una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la Ley núm. 491-08, que modificó los artículos 5, 12 y 20 de la Ley núm. 3726, de 1953 sobre el Procedimiento de Casación. Dicha sentencia fue citada anteriormente como una con ejecución tardía y es que, si bien la exhortación se ejecutó, no se hizo en el tiempo previsto. En su decisión, el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución el artículo 5, Párrafo II, acápite c), de la Ley núm. 491-08 (relativo al monto mínimo envuelto en el litigio para acudir en casación) y otorgó un plazo de un año para que el Congreso Nacional establezca una legislación equilibrada en torno al monto requerido para recurrir en casación⁴⁶.

A diferencia de la sentencia anterior, el Tribunal consideró oportuno determinar un plazo, el cual no debía ser mayor de un año para subsanar la vulneración de la norma que fue considerada inconstitucional⁴⁷. La Ley núm.

44 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0274/13, de 26 de diciembre de 2013, p. 29.

45 República Dominicana, Ley núm. 3-19, de 10 de enero del 2019, Gaceta Oficial núm. 10929 de 24 de enero de 2019. V. considerando cuarto, p.6.

46 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0489/15, de 6 de noviembre de 2015, p. 29.

47 Si bien en la referida sentencia se hace constar una inconstitucionalidad diferida por un año, el plazo establecido en la exhortación fue «a partir de la notificación de la presente sentencia»; por lo que el año de la inconstitucionalidad diferida no exige prorrogar el inicio del cómputo del plazo para calcular el grado de ejecución en cuanto al tiempo de la exhortación constitucional.

2-23 sobre el Recurso de Casación⁴⁸ en su quinto considerando menciona lo establecido en la Sentencia TC/0489/15, en donde si bien demuestra que el Congreso acoge la exhortación y su fundamentación, dicha norma fue aprobada en 2023, cuando habían transcurrido más de siete años de haber sido dictada la sentencia que otorgaba un año para la emisión de una normativa que no resultara inconstitucional.

A diferencia de las decisiones anteriormente mencionadas, sentencias como la TC/0189/15 no han tenido el mismo impacto o receptividad por parte de los legisladores. Esta decisión, a pesar de no declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, exhorta al Congreso Nacional a subsanar un vacío normativo que existe acerca del indulto; el cual se mantiene vigente. Sin embargo, por tratarse de una sentencia fallada sin establecer un plazo en el cual deberá emitirse una nueva ley para completar el marco jurídico del indulto, debe esta categorizarse como pendiente por ejecutar pues no se ha vencido plazo alguno.

Por último, es prudente abordar las sentencias TC/0447/21 y TC/0234/14, las cuales no han tenido una ejecución satisfactoria pues, respecto a ambas, el tiempo oportuno para emitir la legislación prudente culminó. En primer lugar, la Sentencia TC/0447/21 versa sobre la Ley núm. 511-05, que declara la provincia El Seibo como provincia ecoturística. La misma decide sobre el párrafo II, del artículo 2, determinando que este no es conforme con la Constitución. Por tanto, el Tribunal Constitucional exhortó,

otorgando un plazo no mayor a un año, al Congreso Nacional para modificar esa norma legal. Este caso cuenta con una particularidad debido a que, a pesar no emitir una normativa que culminará con el vacío legal acarreado por la declaración de inconstitucional, sí existe un proyecto de ley en las cámaras legislativas⁴⁹; lo cual, por lo menos, demuestra el conocimiento sobre el plazo y la relevancia de cumplir con las exhortaciones pues, se nombra en sus considerandos la citada sentencia.

Finalmente, la Sentencia TC/0234/14 aborda la inconstitucionalidad del acápite h) del artículo núm. 6 de la Ley núm. 385-98, que crea la Corporación del Acueducto y Alcantarillado de la Romana (COAAROM), del veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), y el literal h) del artículo núm. 2 del Reglamento Interno del Consejo de directores de la COAAROM. En la acción únicamente fue exhortado el Congreso Nacional a adecuar la legislación a la Carta Suprema en un plazo de dos años, lo cual, a la fecha, no ha sido cumplido pues no se ha emitido legislación alguna.

2. Patrones de la receptividad congresual de las exhortaciones

A partir del estudio de las nueve sentencias exhortativas identificadas fue posible establecer una serie de patrones en la receptividad congresual de las mismas. Para obtener las conclusiones que se establecerán en lo que resta de esta investigación se extrajeron datos relevantes de cada una de esas decisiones a

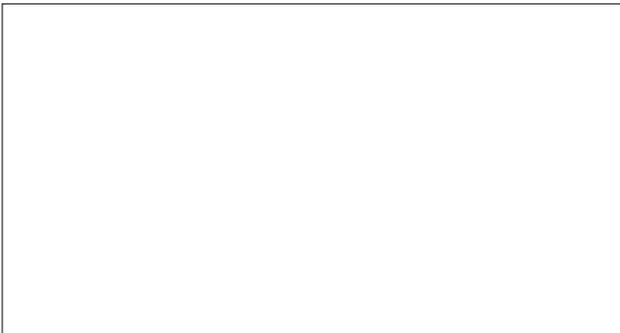
48 República Dominicana, Ley núm. 2-23, de 10 de enero del 2023, Gaceta Oficial núm. 11095 de 17 de enero de 2023.

49 Este proyecto se encuentra disponible en línea: <https://memoriahistorica.senadord.gob.do/server/api/core/bitstreams/bed42518-5a20-463e-8ddd-838f05d348f6/content#:~:text=la%20Ley%20núm.-,511%2D%2D05%2C%20del%2022%20de%20noviembre%20de%202005%2C%20que,la%20provincia%20de%20El%20Seibo> [consulta el 1 de diciembre de 2023].

partir de la definición de una serie de variables medibles, para así determinar cuál es el comportamiento judicial que la jurisdicción constitucional ha demostrado en ocasión del dictamen de sentencias exhortativas. Así, se ha estructurado una base de datos a partir de la cual se crearon los gráficos y porcentajes que se expresarán a continuación. De manera puntual, se abordarán 4 aspectos: 1) la frecuencia con la cual el tribunal ha dictado este tipo de sentencias; 2) el plazo que se suele conceder al Congreso para aprobar la legislación sustitutiva y su grado de cumplimiento; 3) el nivel de determinación con el cual el Tribunal Constitucional ha exhortado; 4) la receptividad congresual propiamente dicha.

En lo que respecta la frecuencia de las sentencias exhortativas, la misma consta en el siguiente gráfico:

Figura 1. *Frecuencia de las sentencias exhortativas*

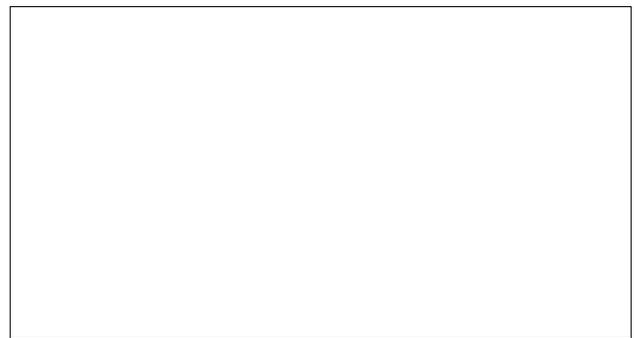


Ante todo, es posible advertir que este tipo de decisiones han sido muy excepcionales en comparación con las más de 700 sentencias que han sido dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de acción directa de inconstitucionalidad durante el período estudiado. Respecto a su evolución temporal, prácticamente la mitad de las sentencias exhortativas fueron dictadas en los primeros cuatro años de funciones del tribunal, para

luego dejar un lapso de cinco años sin emplear las mismas; siendo finalmente retomada esta práctica en 2021, desde este momento se ha vuelto a acudir a las exhortaciones hacia el legislador.

La distribución proporcional del plazo concedido al Congreso para aprobar la legislación exhortada se puede encontrar en el siguiente gráfico:

Figura 2. *Distribución de plazos al Congreso*



De manera inicial, se aprecia en los plazos que constan en las sentencias exhortativas no son fijos y comunes para todas las decisiones; sin embargo, cada una de ellas establece un plazo que se ajusta a uno de los siguientes tres criterios: abierto, un año o dos años para su observancia. Del gráfico anterior pueden extraerse varias conclusiones. En primer lugar, es mucho más probable que el Tribunal Constitucional dicte una exhortación indicando expresamente un plazo en el cual la misma debe ejecutarse, a diferencia de dejar el mismo abierto o indefinido. La justificación del establecimiento de un período de acción es motivar de manera más influyente al legislador para que actúe y evite que su inacción genere un vacío jurídico o perpetúe uno existente. Esto se debe a que, en más de dos tercios de las ocasiones en las cuales el tribunal ha dictado una sentencia exhortativa, también ha declarado la inconstitucionalidad diferida

de una norma o bien constatado una omisión legislativa. De tal manera, si bien se ha argumentado que las exhortaciones no son de obligatorio cumplimiento, la jurisdicción constitucional ha buscado mecanismos para procurar la reacción del legislador, como evitar un vacío jurídico.

Cuando ha optado por establecer un plazo específico de tiempo, el tribunal ha preferido conceder dos años (45 % de los casos) en relación con un año (33 % de los casos). Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional no ha aclarado un parámetro sobre el cual determina una mayor o menor cantidad de tiempo, por lo que se puede estimar que es una cuestión sujeta a la libre apreciación jurisdiccional. Finalmente, debe apuntarse que los plazos «abiertos» solo han sucedido en dos ocasiones, dejando a la libertad del legislador cuándo reaccionar; algo que podría considerarse poco factible pues una eventual inercia legislativa podría afectar la finalidad misma de la sentencia exhortativa.

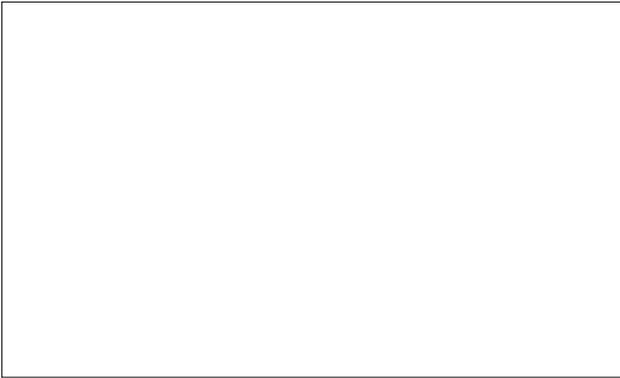
Los datos demuestran que la disposición de un plazo específico no ha incidido en una reacción temporalmente oportuna de las exhortaciones. Así, dentro de las tres decisiones que han dado lugar a nuevas legislaciones solo una fue ejecutada apegada al plazo otorgado y la misma contaba con un plazo considerado abierto, toda vez que establecía debía ejecutarse únicamente en un «plazo razonable»⁵⁰; ahora

bien, incluso en este escenario, el Congreso tardó alrededor de cinco años en legislar. En los dos casos restantes las exhortaciones han sido cumplidas de manera tardía⁵¹; puntualmente, en ambas ocasiones el Congreso Nacional tardó más de seis años entre el dictamen de la sentencia exhortativa y la aprobación de la legislación sustitutiva. Si bien estas dos exhortaciones fueron acogidas por las cámaras legislativas, el hecho que no se hiciera en el tiempo establecido provocó que durante el lapso transcurrido existiera un vacío legal sobre la norma expulsada del ordenamiento jurídico.

El grado de especificación de una exhortación se refiere al detalle con el cual el Tribunal Constitucional le exhorta al Congreso Nacional que legisle; es decir, hasta qué punto le indica cómo debe legislar y cómo limita su libertad en la creación de una nueva norma. Previo a graficar este punto, debe aclararse que se ha creado la siguiente escala según el grado de especificación: 1) general: no se dan parámetros para la nueva norma (más allá de la inconstitucionalidad de la anterior); 2) intermedio: se dan algunos parámetros para la nueva norma (limitando puntualmente la libertad de la configuración normativa del legislador); y 3) específico: se dan parámetros particulares para la nueva norma (imponiéndose al legislador cómo debe llevar a cabo la configuración normativa). Una vez entendidos estos conceptos, se presenta la gráfica al efecto:

50 República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0274/13, *op. cit.*

51 V. República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0110/13, *op. cit.*; y República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0489/15, *op. cit.* Es importante hacer notar, como se adelantó previamente, que el plazo para calcular el grado de ejecución de una exhortación constitucional en cuanto al tiempo se ha computado desde que la exhortación misma es ordenada (en ambas sentencias en análisis expresamente se indica por dispositivo que la exhortación comenzaba a correr a partir de la notificación de la sentencia).

Figura 3. *Grado de especificación o guidance*

Lo graficado demuestra que el grado de especificación o *guidance* ha sido bastante variable, predominando ligeramente el intermedio y el general; dejándose el específico para solo dos ocasiones. De manera que puede concluirse que, a la hora de exhortar, el tribunal ha optado por hacerlo de manera menos específica, para permitir precisamente la dinámica de una sentencia bilateral, en la cual el Congreso Nacional tenga un rango de actuación para la configuración normativa.

En ese sentido, de las sentencias analizadas es prudente mencionar un caso para cada uno de los grados de especificación de las exhortaciones. En primer lugar, la Sentencia TC/0189/15 tiene un detalle general, pues el tribunal no ofrece parámetros ni concretos ni generales que deban seguir las cámaras legislativas en torno a la regulación del indulto; por el contrario, se declara la inconstitucionalidad por incumplimiento de las atribuciones constitucionales del Congreso Nacional y se otorga un plazo para que el mismo aborde la omisión legislativa que dio lugar a la acción. En segundo lugar, la Sentencia TC/0267/23 cuenta con un grado intermedio pues exhorta al Congreso a que legisle sobre el artículo del Código Civil declarado no conforme a la

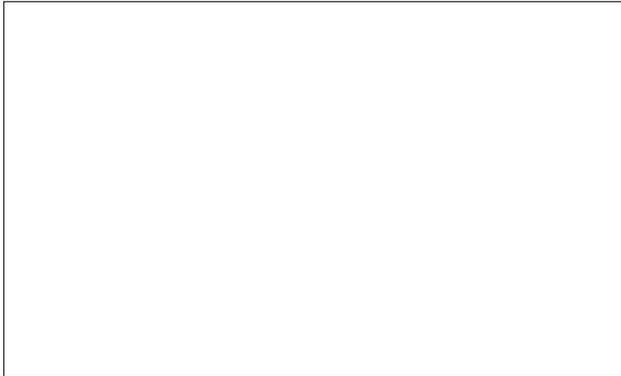
Constitución, pero, al hacerlo, si bien fija en torno a qué debe legislar (reconocimiento del cónyuge supérstite y/o pareja consensual como heredero regular), no establece de manera exacta cómo debe hacerlo el Congreso (no se le impone un orden de sucesión sobre la persona descrita).

Por último, se encuentra el caso de una decisión con un nivel específico de detalle, la Sentencia TC/0317/21, mediante la cual el tribunal establece un criterio exacto a seguir por las cámaras legislativas en la próxima norma que emitan en torno a la regulación del idioma del etiquetado de los productos importados. Así, en el dispositivo de la sentencia se establece de manera precisa que la modificación legislativa debería ser en el sentido de que un nuevo etiquetado en español, de los productos importados con etiquetado en otro idioma, puede suceder después de su entrada al país, pero antes de su comercialización en el mismo.

En todo caso, es importante observar que el grado de especificación no tiene un impacto significativo en la receptividad congresual, pues los tres casos en los que se respondió a la exhortación pertenecen cada uno a una de las categorías de *guidance*: general (TC/0274/13), intermedio (TC/0110/13) y específico (TC/0489/15). De ahí que no pueda sostenerse la tesis de que dejarle más o menos campo de acción al legislador influya en el hecho de que este acoja una exhortación o no.

Por último, se graficará el objetivo esencial de esta investigación, el cual versa sobre el grado de receptividad congresual de las sentencias exhortativas:

Figura 4. *Grado de receptividad congresual de las sentencias exhortativas*



Los fallos exhortativos han sido recibidos por el Congreso Nacional en muy pocas ocasiones; de hecho, solo en un tercio de ellas, siendo la mayor parte de este de manera tardía, como se vio más arriba. Los dos tercios restantes se dividen entre aquellas ocasiones en las cuales no han sido acogidas las exhortaciones que tenían un plazo específico (con un 45 %), y, finalmente, los casos puntuales en los que el plazo sigue abierto, sea por ser indefinido o por no haberse concluido un plazo específico, y tampoco han sido acogidas las exhortaciones.

Esta baja receptividad congresual de las exhortaciones está actualmente afectando nuestro ordenamiento jurídico, pues se manifiesta una falta de regulación que solo puede ser subsanada por el Congreso Nacional. Al respecto, expresa una máxima jurídica que «una justicia tardía equivale una justicia denegada» y es que, en estos casos, si bien puede ser eventualmente subsanado el vacío jurídico por una ley aprobada en virtud de las sentencias exhortativas, para todas las situaciones e individuos que necesiten orientarse en sus procesos sobre lo que disponía la antigua norma, provoca una confusión e incertidumbre jurídica.

A pesar del bajo nivel de receptividad congresual de las exhortaciones, de la lectura de la parte considerativa de las leyes que fueron aprobadas en ocasión de una exhortación previa se pudo advertir que el Congreso Nacional ha admitido la necesidad de responder a una exhortación. De hecho, el legislador ha hecho referencia expresa a las sentencias exhortativas correspondientes en las tres ocasiones que fueron acogidas las mismas, al punto de asumir en dos de ellas el criterio que las mismas son de necesario cumplimiento. Esto profundiza, aunque no concluye, el debate en torno al nivel de vinculatoriedad de las sentencias exhortativas. De manera concreta: 1) en la Ley núm. 396-19, que regula el otorgamiento de la fuerza pública para llevar a cabo las medidas conservatorias y ejecutorias, el Congreso hizo referencia a la decisión de la Sentencia TC/0110/13 y al artículo 184 constitucional (sobre el valor del precedente constitucional); 2) en la Ley núm. 3-19, que instituye el Colegio de Abogados de la República Dominicana, el Congreso recordó la decisión de la Sentencia TC/0274/13, al tiempo que dijo expresamente que «(...) es responsabilidad ineludible del Congreso Nacional legislar, a los fines de dar cumplimiento a la exhortación contenida en la Sentencia TC/274-2013»; y 3) en la Ley núm. 2-23, sobre Recurso de Casación, se hace alusión a la Sentencia TC/0489/15, sin referirse expresamente al valor del precedente constitucional.

Ahora bien, más allá de este aparente autorreconocimiento por parte del Congreso Nacional de la necesidad de responder a una exhortación, ¿cuál podría ser la consecuencia jurídica de la ausencia de respuesta congresual? Existen autores que consideran que la omisión de las sentencias exhortativas por el Tribunal

Constitucional representa «un supuesto de inconstitucionalidad por omisión de origen jurisprudencial»⁵². En esa denominación existe una clasificación tridimensional, en la cual la omisión de las sentencias exhortativas se caracteriza por ser ocasionada debido a que el Congreso Nacional decide ignorar decisiones que cuentan con un rango constitucional⁵³.

Partiendo de esto, algunos podrían plantear que, si las cámaras legislativas recurrentemente omiten referirse a las exhortaciones del Tribunal Constitucional, al menos en el tiempo prudente, podría considerarse una violación a la vinculatoriedad del precedente constitucional, establecida en el artículo 184 de la Constitución de la República Dominicana. Sin embargo, para poder llegar a esta conclusión, como se puede inferir de lo argumentado más arriba, primero debería discutirse la naturaleza jurídica de una sentencia exhortativa, es decir, su grado de vinculatoriedad. Esta investigación ha sostenido que las sentencias exhortativas son precisamente eso: una recomendación o invitación al legislador; por lo que sería contraproducente derivar consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Ahora bien, esto no es óbice para afirmar que el Congreso tiene una responsabilidad funcional de legislar, a lo cual puede agregarse una responsabilidad moral o política, máxime ante la existencia de vacíos jurídicos inoportunos, tanto los derivados de declaratorias de inconstitucionalidad como de ausencia de acción legislativa. Por lo que sí podría plantearse la posibilidad de reconocer una omisión legislativa ante el incumplimiento de

una reserva de ley o en el escenario hipotético de que se haya cubierto esa reserva de ley y el producto legislativo haya sido posteriormente expulsado del ordenamiento a través de una sentencia constitucional (al efecto, exhortativa) sin que mediara un reemplazo oportuno (pues se materializaría el problema de raíz: ausencia de legislación sobre un tema con reserva de ley).

En todo caso, no partimos de que el Congreso de manera lineal y consecutiva responda de igual forma a todas las sentencias exhortativas emitidas, pues, cada una de las decisiones conlleva un proceso de receptividad diferente toda vez que versan sobre normativas distintas y se les otorga diversos plazos para emitir las nuevas leyes que sustituyen las expulsadas del ordenamiento jurídico debido a su inconstitucionalidad. Sin embargo, y aún con los puntos distintivos de cada fallo, es necesario lograr que de forma gradual el Congreso Nacional responda de forma positiva las exhortaciones y manifiesten esa receptividad con la mayor acción: la creación de leyes en beneficio de la sociedad y en respeto a la supremacía constitucional.

Conclusión

A lo largo de la redacción de este texto fueron observados diversos detalles que van desde lo general a lo específico respecto al funcionamiento e interacción interorgánica entre el Tribunal Constitucional y el Congreso Nacional. Las sentencias exhortativas y su receptividad por parte de las cámaras legislativas permiten que exista la reparación bilateral descrita, la cual sirve para que sean

52 Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, p. 514.

53 Eto Cruz, Gerardo, «Inconstitucionalidad por Omisión e Inconvencionalidad por Omisión: Algunas Reflexiones y Antídotos para Enfrentar estos Males Contemporáneos», en *Revista Justicia Electoral*, núm. 16, vol. 1, Ciudad de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, pp. 305-343. Disponible en línea: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

subsanas las normas que adolecen de vicios de inconstitucionalidad.

A pesar de que en la actualidad el grado de receptividad congresual de las sentencias exhortativas no representa un gran porcentaje, es necesario seguir observando cómo evoluciona en el tiempo la interacción entre las decisiones del Tribunal Constitucional y el órgano legislativo. Esto no demerita el valor operacional de las sentencias exhortativas, pues, independientemente de que las mismas constituyen recomendaciones, estas decisiones tienen una importante fuerza de persuasión al provenir del máximo intérprete de la Constitución, sobre todo cuando esta procura evitar la creación de un vacío jurídico o la consolidación de uno existente.

En igual sentido, se encontraron otros hallazgos en esta investigación. En primer lugar, el uso de las sentencias exhortativas ha fluctuado en el tiempo, sin seguir un patrón específico. En segundo lugar, el plazo que el Tribunal Constitucional suele ofrecer al Congreso para que legisle ha tendido a ser de uno a dos años, aunque en ocasiones ha dejado un plazo abierto, lo cual no es recomendable pues podría motivar la inercia legislativa. Por demás, sería recomendable que el tribunal defina un parámetro sobre el cual basa un mayor o menor plazo a estos fines. También es necesario apuntar que, ante la eventualidad de que una inconstitucionalidad diferida empiece a surtir efecto (por el paso del plazo ofrecido), se mantiene la necesidad de que el Congreso responda a una exhortación jurisdiccional, pues, en caso contrario, se perpetuaría un

vacío jurídico que causaría mayores perjuicios mientras más se extienda en el tiempo.

En tercer lugar, el grado de especificación con que el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso a legislar es variable, yendo desde la ausencia de indicaciones más allá de la mera declaratoria de inconstitucionalidad de una norma anterior, hasta las indicaciones precisas sobre cómo la nueva norma debe ser creada. Sobre este punto es preciso recomendar que el Tribunal Constitucional permita al Congreso tener un margen de acción legislativa, pues esa es la esencia misma de la reparación bilateral, aunque es ciertamente conveniente explicarles a las cámaras legislativas qué alternativas podrían causar una nueva inconstitucional en la eventual norma sustitutiva.

Los resultados obtenidos en esta investigación, en torno al bajo nivel de receptividad congresual, motivan a que deben redoblarse los esfuerzos para hacer posible una mayor interacción entre el Congreso y el Tribunal Constitucional. En este sentido, representa un acto de gran importancia el primer encuentro realizado entre el Tribunal Constitucional y el Senado de la República Dominicana, pues ese tipo de espacio podría facilitar una mayor sinergia entre ambos órganos constitucionales. Puntualmente, se debe destacar la propuesta del magistrado emérito Justo Pedro Castellanos Khoury de crear una comisión bicameral para atender los mandatos y exhortaciones del Tribunal Constitucional, la cual podría estar conectada con la Unidad de Seguimiento de Ejecución de Sentencias (USES) del referido tribunal.

Referencias

- Brewer-Carías, Allan, *Democracia y Justicia Constitucional: el Tema de la Democracia en la Discusión sobre la Legitimidad de la Justicia Constitucional y sobre el Reconocimiento de las Sentencias de los Tribunales Constitucionales en otras Jurisdicciones*, Estados Unidos, 2022. Disponible en línea: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2022/03/Brewer.-JUSTICIA-CONSTITUCIONAL-Y-DEMOCRACIA.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].
- Castro Cruzatt, Karin, «El Tribunal Constitucional y Las Exhortaciones Al Legislador: El Caso Peruano», en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 27, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 153-176. Disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1967529 [consulta en 1 de diciembre de 2023].
- Eto Cruz, Gerardo, «El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial», en Eto Cruz, Gerardo (coord.), *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2014, Tomo II, pp. 513-526. Disponible en línea: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo2.pdf [consulta en 1 de diciembre de 2023].
- Eto Cruz, Gerardo, «Inconstitucionalidad por Omisión e Inconvencionalidad por Omisión: Algunas Reflexiones y Antídotos para Enfrentar estos Males Contemporáneos», en *Revista Justicia Electoral*, núm. 16, vol. 1, Ciudad de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, pp. 305-343. Disponible en línea: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].
- Hernández, José, «La Tentación Autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina», en *Revista Iuris Forum*, núm. 1, Santo Domingo, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2021, pp. 59-80. Disponible en línea: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/Documents/revista-iuris/RevistaIurisForum-Numero-1.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].
- Lovera Parmo, Domingo, y Vargas Maldonado, Catalina, «El Congreso Nacional y la Interpretación Constitucional en el Proceso Legislativo: Criterios y Momentos», en *Revista Chilena de Derecho*, núm. 3, vol. 48, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021, pp. 79-105. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021012000079#fn26 [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Niembro Ortega, Roberto, y Ramírez Ordás, Fernando, «El Control de Constitucionalidad Deliberativo. El Ciudadano ante la Justicia Constitucional, la Acción Pública de Inconstitucionalidad y la Legitimidad Democrática del Control Judicial al Legislador», en Revista de Derecho del Estado, núm. 51, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 437-441. Disponible en línea: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7602/10848> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Nogueira Alcalá, Humberto, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», en Revista Ius et Praxis, núm. 1, Talca, Universidad de Talca, 2004, pp. 113-158. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005 [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Noguera, Albert, «¿Democratizando la justicia constitucional?», en Oñati Socio-Legal Series, núm. 2, vol. 1, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2011, pp. 1-27. Disponible en línea: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/download/9/178> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Reyes-Torres, Amaury, «Sentencias Exhortativas y Margen de Acción Legislativa», en Blog de Abogados SDQ, 2015. Disponible en línea: [Sentencias Exhortativas y Margen de Acción Legislativa – AbogadoSDQ – Contribuyendo con el desarrollo del derecho](https://www.abogadosdq.com/blog/sentencias-exhortativas-y-margen-de-accion-legislativa-abogado-sdq-contribuyendo-con-el-desarrollo-del-derecho) [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Rosario García, Vladimir, «Las Sentencias Exhortativas: dificultades en la Ejecución y Posibles Soluciones», en *Gaceta Judicial*, núm. 376, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2018. Disponible en línea: <https://app.vlex.com/#vid/839612138> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Sagües, Néstor Pedro, «Las Sentencias Constitucionales Exhortativas», en Revista Estudios Constitucionales, núm. 2, vol. 4, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006, pp. 189-202. Disponible en línea: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040109.pdf> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Sarmiento, Juan Pablo, «Control Constitucional y Oportunidad Política, entre las Sentencias Exhortativas y Omisiones Legislativas desde la Experiencia Colombiana», en *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 21, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2023, pp. 111-141. Disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002023000100111&script=sci_arttext [consulta en 1 de diciembre de 2023].

Trovão do Rosário, Pedro, «Tribunal Constitucional: un Legislador Negativo o Positivo», en Revista de Derecho UNED, núm. 16, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, pp. 713-740. Disponible en línea: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389> [consulta en 1 de diciembre de 2023].

República Dominicana, Constitución de la República, de 13 de junio del 2015, Gaceta Oficial núm. 10805 de 10 de julio de 2015.

Senado de la República Dominicana, Reglamento del Senado de la República, Santo Domingo, 2010.

Cámara de Diputados de la República Dominicana, Manual de Técnica Legislativa, Santo Domingo, 2017.

Cámara de Diputados de la República Dominicana, Reglamento de la Cámara de Diputados, Santo Domingo, 2004.

República Dominicana, Ley núm. 2-23, de 10 de enero del 2023, sobre recurso de casación, Gaceta Oficial núm. 11095 de 17 de enero de 2023.

República Dominicana, Ley núm. 3-19, de 10 de enero del 2019, que crea el Colegio de Abogados de la República Dominicana, Gaceta Oficial núm. 10929 de 24 de enero de 2019.

República Dominicana, Ley núm. 396-19, de 12 de septiembre del 2019, que regula el otorgamiento de la fuerza pública para llevar a cabo las medidas conservatorias y ejecutorias, Gaceta Oficial núm. 10956 de 26 de septiembre de 2019.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0110/13, de 4 de julio de 2013.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0274/13, de 26 de diciembre de 2013.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0234/14, de 25 de septiembre de 2014.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0189/15, de 15 de julio de 2015.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0489/15, de 6 de noviembre de 2015.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0212/20, de 14 de agosto de 2020.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0549/20, de 29 de diciembre de 2020.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0113/21, de 20 de enero de 2021.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0317/21, de 22 de septiembre de 2021.

República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0447/21, de 26 de noviembre de 2021.

La responsabilidad del Ministerio Público por los daños de la prisión preventiva terminada por vencimiento del plazo máximo de la investigación, archivo por falta de pruebas y prescripción de la acción penal

Julio Ernesto Ortiz Peguero¹

Recibido: 24 de abril de 2024– Aceptado: 14 de agosto de 2024

Resumen

El presente trabajo analiza la posibilidad de acreditar la responsabilidad del Ministerio Público por la prisión preventiva sufrida luego de un proceso penal culminado en prescripción, archivo por falta de pruebas y vencimiento del plazo máximo de la investigación, con el fin de establecer si se encontrase en la obligación de indemnizar por el daño causado. Para ello se examinará el fundamento y presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva, luego se expondrán las condiciones que permiten acreditar la responsabilidad patrimonial y si dicho régimen aplica para el Ministerio Público. Finalmente, se estudiará si en las situaciones ya explicadas, existen las circunstancias que permitirían retener su responsabilidad.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial, prisión preventiva, Ministerio Público, presunción de inocencia, derecho a la libertad.

Abstract

The present work analyzes the possibility of accrediting the responsibility of the Public Prosecutor's Office for the preventive detention suffered after a criminal process culminating in prescription, archiving due to lack of evidence and expiration of the maximum period of the investigation, to establish if exist the obligation to compensate for the damage caused. To do this, first, the application of preventive detention will be examined, then the conditions that allow accreditation of the responsibility will be explained and if said regime applies to the Public Prosecutor's Office. Finally, if in the situations already explained, the circumstances exist that would allow it to retain its responsibility.

Keywords: *Responsibility, Public Prosecutor's Office, preventive detention, presumption of innocence, right to freedom.*

¹ Bachiller del Colegio Santa Teresa en 2021. Actualmente estudiante de Derecho, (cuarto de año de carrera), de la PUCMM y Analista Junior en Sanciones de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. Correo de contacto: julio-ernesto02@hotmail.com

I. Introducción: Sobre el derecho a la libertad y seguridad personal: Su violación derivada del exceso de la prisión preventiva

El derecho a la libertad es, sin lugar a duda, la prerrogativa más fundamental para la consecución de la dignidad humana, empatando e incluso, según la perspectiva filosófica bajo la cual se mire, superando a la vida. En efecto, de nada le sirve a un hombre estar vivo si vive encadenado, pues en la condena de una celda su espíritu se hace efímero y la muerte una realidad material esperando la mera formalidad del deceso físico. De tal suerte que todo Estado constitucional, como es el caso de la República Dominicana, que pretenda consolidarse sobre la idea del respeto a la dignidad humana, es decir, esa noción de la persona siendo un fin estatal que legitima y vincula todos los poderes públicos², debe necesariamente garantizar el albedrío del ser humano, ya que no se logra vivir dignamente en la medida que no se puede ser libre.

Un ser humano encarcelado no puede cumplir sus anhelos, menos realizarse e imposiblemente ejercer eficazmente sus libertades. Por tanto, si las cadenas significan su privación, necesariamente ellas son marchitas de la dignidad, por cuanto las prerrogativas no son más que riegos que permiten su aparición³. Es decir, en su ausencia un individuo no consigue vivir dignamente. De ahí que resultaría paradójico afirmar que el norte estatal es «la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los

medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva»⁴, teniendo a todos esclavizados. Es por ello por lo que la constitución consagra en su artículo 40 el derecho a la libertad y seguridad personal.

No obstante, como todo derecho fundamental, la libertad no es absoluta. Bien nos dice el artículo 74.4 constitucional que «los poderes públicos interpretan...en caso de conflictos entre derechos fundamentales, procuraran armonizar los bienes e intereses protegidos por la constitución». ¿Cuándo podría el ser libre colisionar con otras prerrogativas constitucionales? Simple, si se utiliza el albedrío para realizar un conjunto de conductas que afectan bienes jurídicos. Dicho de forma más llana, cuando se instrumentalice para vulnerar la seguridad y la autonomía de la propia sociedad, lo que ameritaría que sea reducido a prisión para poder restaurar la paz social.

Una simple ponderación nos dice que en la hipótesis de cualquier individuo que cometa conductas penalmente relevantes, pesa más la prerrogativa de la víctima a ser resarcida por el daño, el del pueblo a vivir en paz y seguro, que el del infractor de las normas a ser libre luego de usar ese arbitrio para dañar a otro, pues se salvaguardan mayor número de bienes constitucionales. Este posible conflicto queda zanjado por la propia constitución cuando consagra nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito... No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales»⁵. Sobre esto,

2 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0059/13 de fecha 15 de abril del 2015.

3 Ver artículo 38 de la Constitución dominicana.

4 Ver artículo 8 de la Constitución dominicana.

5 Ver constitución dominicana en su artículo 40.1 y 40.10.

el Tribunal Constitucional alemán ha dicho que «la detención de una persona en prisión sólo podrá ser ordenada y mantenida en virtud de la ley y por cuestiones del bienestar general de la sociedad [que pesa más que el derecho particular] si se requiere [tal acción]»⁶.

Conforme lo anterior, el derecho a la libertad de un ser humano cede cuando aquel comete infracciones penales, castigadas con encarcelamiento por el juez competente, en razón del bienestar colectivo, salvo caso de flagrante delito. Lo anterior se sostiene con más fuerza si consideramos los artículos 40.14 y 40.17 que establecen, respectivamente, que nadie es penalmente responsable por el hecho de otro» y «la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad». En tal sentido, un individuo puede ser sometido a prisión únicamente, en principio, por sus acciones penalmente relevantes. De tal suerte que, de forma excepcional, podrá ser encarcelado por efecto de una medida cautelar⁷. En palabras del propio Tribunal Constitucional dominicano «la limitación al derecho a la libertad personal del penado es proporcional al fin que se pretende si su finalidad es la resocialización del mismo, la prevención general, la seguridad colectiva y el interés social»⁸.

No obstante, si cualquier acusación bastase para tener la potestad de privar a un ciudadano de su libertad, debiendo vivir encadenado hasta que una sentencia lo liberte, el derecho a ser libre sería uno condicionado a la voluntad del fiscal, del poder público. El funcionario podría

sentirse tentado a acusar de forma arbitraria, para luego no llevar a juicio nadie y encerrar eternamente, sin tener que probar en audiencia los hechos que justifican que el imputado ceda su albedrío. Entonces la prerrogativa fundamental no sería más que una simple oración en un documento solemne, que no traspasa a la realidad, erosionándose el Estado constitucional que se sostiene en el respeto a las libertades fundamentales. Blackstone brillantemente nos lo dice:

Si estuviera en manos de cualquiera magistratura superior encarcelar arbitrariamente a cuantos el o sus oficiales pensaran conveniente, muy pronto se acabarían los demás derechos e inmunidades. Privar a un hombre de la vida, o confiscarle sus propiedades por la violencia, sin acusación ni juicio, sería un acto de despotismo tan enorme y notorio, que haría sonar la alarma de la tiranía inmediatamente a través de todo el reino; pero el confinamiento de una persona, su conducción precipitada a la cárcel, en la que se olvidarían o desconocerían sus sufrimientos, es algo menos público, menos hiriente, y, sin embargo, un instrumento de gobierno arbitrario mucho más peligroso.⁹

En consecuencia, si se quiere amparar el derecho a la libertad y que no baste cualquier acusación no probada, sobra abundar que no justifica la encarcelación por cuanto el daño social que legitima este accionar no está aún acreditado, entonces un individuo solamente debe ser encarcelado luego de

6 Tribunal Constitucional alemán, Decisión núm. 36 BVerfGE 264, de fecha 12 de diciembre de 1973.

7 Ver artículo 15 del Código Procesal Penal Dominicano.

8 Tribunal Constitucional Dominicano, Sentencia TC/0154/17, de fecha 5 de abril del 2017.

9 Citado por Duward V. Sandife y Ronald Scheman L. Fundamentos de la libertad. (México: Uteha, 1967), p. 76.

un debido proceso. Dicho de otro modo, una vez su caso fuese revisado por el juez competente, con un garantista debate donde se pruebe efectivamente que cometió el hecho delictivo, y la decisión judicial pueda explicar de forma razonada los motivos que llevan al magistrado a sostener su responsabilidad penal. Es por ello por lo que la constitución consagra la prerrogativa de ser tratado como inocente, mientras no se haya declarado la culpabilidad por sentencia irrevocable¹⁰. Ya el gran procesalista Julio B.J Maier nos lo explica:

Toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida.¹¹

En ese sentido, la presunción de inocencia no es más que el estado jurídico en el cual se encuentra toda persona antes y durante todo procedimiento sancionatorio. Se materializa en el derecho a ser tratado por las instituciones públicas sin ninguna diferencia de trato basada en la culpabilidad del delito acusado, hasta tanto una sentencia irrevocable haya declarado la responsabilidad penal. Es decir, «la presunción

de inocencia del imputado se manifiesta en términos concretos en la exclusión de la carga de la prueba, en el *in dubio pro reo*, en la imposición de medidas de coerción solo en los casos estrictamente necesarios y con la presentación de pruebas adecuadas»¹².

Si consideramos el principio pro homine consagrado en el 74.4 de la constitución en virtud del cual «se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer prerrogativas protegidas¹³», y el carácter no limitativo de las libertades fundamentales, entonces, del derecho a ser presumido inocente y tratado como tal hay una prerrogativa fundamental implícita a ser libre hasta decisión judicial condenatoria. En efecto, si la libertad cede cuando sentencia acredita la culpabilidad, y previo a eso el imputado se presume no culpable, es decir, que no ha cometido el hecho, consecuentemente debe permanecer fuera de prisión durante todas las fases del proceso debido a que no se constituyen los presupuestos que justifican la privación de su albedrío, o sea, la comisión de un ilícito penalmente relevante. Ese ha sido el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que «la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que este goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada»¹⁴.

10 Ver el artículo 69.3 de la Constitución Dominicana.

11 Julio B.J Maier. Derecho Procesal Penal, Tomo I (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004), p.492.

12 Alberto Binder. «Principios Generales para la Comprensión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana». En Claudio Anibal Medrano, José Saul Taveras, Rafael A. De Jesús y Sarah Veras Almánzar. (coordinadores). Derecho Procesal Penal (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2018), p.52.

13 Pinto Mónica. «El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos». En Martín Abregú y Christian Courts (compiladores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1997), p.163.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019.

No obstante, este derecho a ser libre hasta decisión condenatoria no es absoluto, cede de cara a las medidas de coerción restrictivas de la libertad personal, es decir, frente a la prisión preventiva y demás. Conforme al artículo 40.8 de la constitución, se busca con ellas resguardar un peligro. Su uso, sin embargo, ha de ser excepcional y proporcional conforme al constituyente dominicano. Precisamente, porque se trata de encarcelar a alguien jurídicamente inocente, suponiendo una notable acotación a la eficacia de sus derechos sin los presupuestos que lo legitimen.

¿Qué situaciones, y bajo que fundamento, podrían legitimar justificar el confinamiento de un ser humano sin haber probado su culpabilidad? Sin entrar en detalles que abundaremos más adelante, su objetivo es evitar una futura conducta, cuya expectativa se acredita al imputado en virtud de determinadas causas, tasadas por la ley, que se verifican en el caso concreto a través de un juicio provisional, y que implican un riesgo para la realización adecuada de la justicia penal a grado tal que impiden su materialización, violando la tutela judicial efectiva de las presuntas víctimas. Ahora bien, para ser la restricción a la autonomía de un individuo no culpable constitucionalmente admisible, la misma debe ser de aplicación excepcional.

Esencialmente, si se pudiese imponer rutinariamente la prisión preventiva significaría una pena anticipada al juicio de fondo, algo totalmente contrario a la presunción de inocencia y el derecho a ser libre por los motivos ya explicados. Dicha excepcionalidad

se materializa legalmente en el código procesal penal, donde se predica en las medidas de coerción de la libertad personal¹⁵. Además, se establece un amplio catálogo de alternativas menos restrictivas para garantizar la eficacia del proceso, pautando como la prisión preventiva solo es aplicable cuando ninguna de las otras siete pueda evitar la huida del acusado¹⁶. Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que

Al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.¹⁷

Tomando en cuenta que todos los órganos que ejercen potestades públicas están

15 Ver el artículo 15 del Código Procesal Penal dominicano.

16 Ver el artículo 234 del Código Procesal Penal dominicano.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Subrayado nuestro.

sujetos a la constitución¹⁸, significaría que el Ministerio Público, ente público establecido por la Carta Magna, debe delimitar su actuación en consideración de la excepcionalidad y *ultima ratio* de la prisión preventiva, pues el constituyente dominicano así lo manda. De tal suerte que cuando el órgano persecutor se vea en la necesidad de pedir ante un juez una de las medidas de coerción para garantizar los fines del proceso penal, la reclusión debería ser el último recurso, salvo que sea la única alternativa verdaderamente viable. Yendo más lejos, considerando la facultad de variar las medidas de coerción si ya no se presentan con la misma intensidad sus presupuestos¹⁹, deberían los fiscales, en caso de tener que solicitar y que les sea concedida la prisión preventiva contra un imputado, buscar tan pronto sea posible la oportunidad para requerir una opción menos gravosa. Lo anterior se sostiene en mayor grado si consideramos la dimensión objetiva de las prerrogativas fundamentales, según la cual «sus preceptos irradian todo el ordenamiento jurídico, configurándose como patrones de razonabilidad»²⁰.

La realidad, sin embargo, parece estar totalmente distanciada del texto constitucional. Según el informe «Situación de detenciones y prisión», presentado por la Defensoría Pública en el año 2022, de los 25,711 que había en las cárceles a finales del 2020, en ese momento 15,310 estaban como presos preventivos para un 60 %, mientras que condenados hay 10,401 para un 40 %. La práctica denota entonces que el Ministerio Público no está rigiendo su actuar

conforme a la excepcionalidad de esta medida de coerción, violando el principio de presunción de inocencia de los imputados, el derecho a comparecer en juicio en libertad y, por vía de consecuencia, quebrantando la constitución.

Peor aún, en la práctica se está apreciando como muchos presos preventivos son liberados habiendo pasado meses e incluso años de estar encarcelados, por efecto del vencimiento de los plazos y prescripción de la acción penal²¹. El encarcelamiento experimentado en esos escenarios, ¿Podría constituir una violación al derecho a la libertad personal y presunción de inocencia, debido a que a la luz de los hechos se convirtió en una pena, por persistir su reclusión en ausencia de los presupuestos que legitiman la prisión preventiva?

Por otro lado, ciertamente, el encierro que sufren los presos preventivos provoca un daño a su persona, por cuanto experimentan un menoscabo en su esperanza de vida, su patrimonio, su integridad física y mental. Si partiésemos, hipotéticamente, de la antijuridicidad de ese daño, ¿Podría haber resarcimiento de este? El artículo 148 de la Constitución Dominicana establece que «las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica». Por otro lado, la ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones

18 Ver el artículo 6 de la Constitución dominicana.

19 Ver artículo 238 del Código Procesal Penal dominicano.

20 Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución 1920-2003, de fecha 13 de noviembre del 2003.

21 Redacción CDN. Mora judicial permite que más de 2,500 casos criminales concluyan sin juicio ni sentencia. Dato extraído de reportaje especial publicado en el portal web del periódico CDN en fecha 5 de agosto del 2024. Extraído de: <https://cdn.com.do/investigacion/mora-judicial-permite-que-mas-de-2500-casos-criminales-concluyan-sin-juicio-ni-sentencia/> (Consultado el 12 de agosto del 2024).

con la Administración y de Procedimiento Administrativo pauta que «la Administración responderá de las lesiones en los bienes o derechos de las personas ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la actividad administrativa»²². Los anteriores preceptos consagran el deber de toda persona que ejerce potestades públicas de responder por los perjuicios que causen, cuando sean originados por un proceder antijurídico.

En ese orden de ideas, el artículo 257 del Código Procesal Penal establece, en materia de indemnización en los casos de prisión preventiva, que «también corresponde esta indemnización cuando se declare que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado, y éste ha sufrido prisión preventiva o arresto domiciliario durante el proceso». Esta disposición prevé el resarcimiento del daño causado a un acusado de un proceso penal, pero bajo determinadas causales que se enuncian de forma limitativa. Es decir, de la interpretación de la norma, se extrae que únicamente podrá indemnizarse a una persona procesada penalmente, si se declara que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se comprueba su participación en el crimen, delito o contravención. No obstante, pudiesen existir otras causales, no previstas por la normativa referida, que provocan un daño al imputado y provienen de un accionar antijurídico de un órgano que ejerce potestades públicas, activando las disposiciones de la ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. Entre los

supuestos que caben destacar, y que serán desarrollados en este trabajo, se encuentran los siguientes: 1) Si la investigación del Ministerio Público se archivó por falta de pruebas; 2) si prescribe la acción penal; y 3) si vence el plazo máximo de la investigación.

Ante la abrumadora realidad de acusados que son sometidos a prisión preventiva, sufriendo una lesión en sus libertades, pero son liberados por las circunstancias ya mencionadas cabría preguntarse, ¿Compromete el órgano persecutor su responsabilidad por el confinamiento sufrido ante las hipótesis mencionadas? ¿Bajo qué fundamento? En ese sentido, el presente trabajo pretende responder esas preguntas mediante un análisis sobre la posibilidad de acreditar la responsabilidad del Ministerio Público por el encarcelamiento sufrido luego de un proceso penal culminado en prescripción, archivo por falta de pruebas y vencimiento del plazo máximo de la investigación con el fin de establecer si, a la luz de los preceptos constitucionales y legales, se encontraría en la obligación de indemnizar por el daño causado. Para ello examinaremos en primer lugar el fundamento y presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva en la República Dominicana y el papel que juega el órgano persecutor en su imposición. Después, expondremos las condiciones que permiten constatar la responsabilidad patrimonial y si dicho régimen aplica para él. Finalmente, estudiaremos si, en las situaciones ya explicadas, existen las circunstancias que permitirían retener su responsabilidad.

22 Ver el artículo 3, principio 17, de la ley 107-13.

II. Breve explicación de la prisión preventiva

1. Concepto, fundamento y características de la prisión preventiva

El artículo 226 del código procesal penal dominicano establece siete medidas de coerción que puede solicitar el Ministerio Público, entre las cuales se encuentra la prisión preventiva. Por otro lado, dicha normativa impone que aquella solo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias alternativas menos gravosas para él²³. Finalmente, la delimita con carácter excepcional, pudiendo solamente ser impuesta a través de resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable, y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el proceso²⁴.

El análisis exegético de dichas normativas, considerando también una interpretación sistemática con el universo del ordenamiento jurídico, entendiéndolas como parte de un todo, permite extraer el concepto de prisión preventiva. Se trata de una medida de coerción que se materializa en un acto jurisdiccional cuyo fin procesal es el aseguramiento del imputado en el procedimiento penal y su no obstaculización al mismo. Por tanto, es de naturaleza excepcional y proporcional al objetivo instrumental que se dirige, amparar el proceso penal en todas sus dimensiones. La proporcionalidad implica que debe ser

necesaria, de tal suerte que lo que se busca se consiga únicamente a través de ella, y no de otras alternativas menos gravosas.

Dicho con otras ideas, las medidas de coerción en general deberían definirse como «aquellas actuaciones jurisdiccionales, llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga²⁵». Por lo tanto, la prisión preventiva no es más que

Una medida de carácter cautelar, es decir, una medida de prevención o aseguramiento que se impone mediante decisión judicial para lograr los fines del procedimiento penal, asegurando la presencia del imputado en el procedimiento, evitando la destrucción de pruebas relevantes para la investigación y protegiendo a la víctima y a los testigos del proceso, conforme el artículo 222 del Código Procesal Penal.²⁶

¿Cómo podría fundamentarse que por fines de netamente procesales se someta a prisión a una persona inocente? ¿No viola la dignidad por cuanto estaríamos instrumentalizando el albedrío de un individuo para un fin estatal como lo es la averiguación de un crimen? ¿No quebrantaríamos el derecho a la libertad al encarcelar a un ser humano sin un suceso que lo justifique penalmente? Ya adelantamos en la introducción que lo que se busca no es

23 Ver artículo 234 del Código Procesal Penal Dominicano

24 Ver artículo 222 del Código Procesal Penal Dominicano

25 José Manuel Maza Martín. «La prisión preventiva». En Claudio A. Medrano (coordinador). La constitucionalización del proceso penal (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2021), p.422

26 Chanel Liranzo. La prisión preventiva. Publicado en el portal web del periódico el Caribe en fecha 22 de marzo del 2023. Extraído de: <https://www.elcaribe.com.do/opiniones/la-prision-preventiva/> (Consultado el 15 de abril del 2024).

cualquier fin procesal, sino que pueda existir el proceso y culminar satisfactoriamente, garantizando la celebración del juicio, mediante su protección de un hecho que lo impediría, la fuga del imputado o su obstaculización de los actos de procedimiento.

Ciertamente, esos supuestos impedirían continuar la investigación exitosamente, fulminando cualquier eficacia de una sentencia condenatoria. En ese tenor, el constituyente ha entendido que la libertad debe ceder a título provisional y excepcional una vez que se acreditan ciertas condiciones, fungiendo la prisión preventiva como una protección que garantiza la realización de la justicia, valor constitucional. No viola la dignidad humana porque lo que busca, en todo caso, es garantizar la tutela judicial efectiva de la víctima. Tampoco violaría la libertad personal, pues el individuo se mantiene inocente y su encarcelamiento no tiene carácter sancionatorio, sino cautelar y temporal. Así, su finalidad no es otra que «coadyuvar a la realización del proceso en un marco jurisdiccional que posibilite al imputado, la víctima y las partes, establecer la relación dialéctica que supone todo proceso, así como presentar al juzgador posiciones encontradas y verdades procesales justificativas de sus pretensiones, a fin de que esta decida si existe o no responsabilidad penal»²⁷.

Ese fin instrumental de proteger el procedimiento, posibilitando la realización del juicio y el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas contra el peligro que implica el riesgo de fuga del imputado y su obstaculización del proceso, es el fundamento del mandato constitucional

de aplicar la prisión preventiva de forma excepcional y proporcional al riesgo que se busca evitar. Por tanto, el objetivo detrás de las medidas de coerción no es ni prevenir la comisión de nuevos delitos, ni la complacencia y salvaguarda del interés general, ni corregir una conducta desviada, puesto que estos son fines propios de la pena. La justificación es amparar la decisión del tribunal que determinará o no la responsabilidad penal del imputado y la consiguiente condena. Consecuentemente, todo fin propio de naturaleza no procesal, preventivo o castigador, que pretenda atribuirse a la prisión preventiva, constituye una violación a la presunción de inocencia, ya que envuelve una adjudicación indirecta de culpabilidad sin un juicio.

Definitivamente, «la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia»²⁸. Así, otorgarle funciones como prevenir que el inculcado cometa futuros delitos, es de constitucionalidad cuestionable. Bien nos dice el Tribunal Constitucional Dominicano:

Es importante distinguir claramente los fines que se persiguen con las medidas de coerción, de aquellos que son propios de la pena. Las medidas de coerción (entre las cuales figura la libertad provisional bajo fianza) tienen por finalidad evitar que el procesado se sustraiga al proceso que se le sigue mediante la fuga. Por otro lado,

27 José Alejandro Vargas Guerrero. «Comentarios al artículo 40, numerales 8 y 9». En Hermógenes Acosta de los Santos (coordinador). La constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del Poder Judicial (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2021), p.303

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

la pena, cumple entre otras funciones de prevención general y especial, destinadas a evitar que el condenado vuelva a cometer el hecho por el cual se le procesó y para que la sociedad y los terceros se vean disuadidos de cometer delitos ante la amenaza de la aplicación de una sanción penal a quienes así se comporten. En consecuencia, cuando se le atribuye a la medida de coerción un fin como el de proporcionar seguridad a la ciudadanía, se le está reconociendo fines que no le son propios y que corresponden a los fines de la pena que son prevención general y no de cautela al proceso que se sigue en contra de un imputado, por lo que la citada disposición vulnera no sólo el principio de presunción de inocencia, sino también el de razonabilidad.²⁹

En síntesis, «la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal»³⁰. Una sociedad que se llame así misma constitucional y un gobierno que aspire considerarse garantista debe emplear la prisión preventiva como el último recurso, evitando en todo momento tener que aplicarla, pues su exceso es proporcional a la arbitrariedad del poder público, demostrando con la rutinaria aplicación de la medida de coerción más gravosa, que no escatima razones para privar a alguien jurídicamente

inocente de su libertad, lo cual es síntoma de una notable tiranía. Un Estado que quiera huir del despotismo y edificarse en baluarte de la dignidad humana ha de moldear la prisión preventiva con un carácter excepcional, cautelar, provisional y judicial. Explicaremos a continuación cada uno de estos caracteres.

Es excepcional, pero a un nivel reforzado. Todas las medidas de coerción tienen ese carácter que llama a adoptarlas si es estrictamente necesario. Ahora bien, prisión preventiva solamente debe ser adoptada cuando las demás alternativas excepcionales no cumplan la función de garantizar a la presencia del imputado. Es decir que:

...es preciso que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.³¹

Si la regla es asistir al juicio en libertad, es indiferente que el Ministerio Público posea todas las evidencias para fundamentar la participación del procesado. Es en el fondo del procedimiento que el juez decidirá si realmente existe el peso probatorio para

29 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0380/15 de fecha 15 de octubre del 2015.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014

retener su culpabilidad. En ese tenor, si se quiere respetar el principio de presunción de inocencia, el imputado debe ser libre, por más sustento que tenga la acusación fiscal, porque quien puede destruir ese estado de inocencia es el tribunal en un debate con las debidas garantías y mediante sentencia motivada, no los fiscales. Y es que si, hipotéticamente, pudiese justificarse cualquier medida de coerción única y exclusivamente en la existencia de pruebas suficientes para sostener, razonablemente, que con probabilidad el imputado es autor o cómplice de una infracción penal, se estaría anticipando la pena, en el entendido que se le encarcela solamente sobre la base de su posible participación en el hecho delictivo, cuestión que es competencia de los jueces de fondo.

Es, por su vocación de convertirse en una condena anticipada, que la prisión preventiva tiene que ser excepcional y limitada exclusivamente al fin instrumental que la legitima. Aquello se debe a que sus efectos prácticos son poner a un individuo penalmente no responsable en la misma situación de un condenado. Lo anterior lleva a que, para justificar su imposición y mantener su naturaleza cautelar, deban considerarse otros requisitos, además de que existan elementos para sostener que el imputado es, razonablemente, autor o cómplice de un ilícito penal, como son el riesgo de fuga y la inexistencia de otras medidas menos gravosas.

Otra dimensión de la prisión preventiva es su carácter cautelar. Implica que es una medida instrumental dirigida a proteger el procedimiento penal. Esto significa que la audiencia donde se

decida o no su imposición en modo alguno debe pretender sustituir el juicio de fondo, de tal suerte que el razonamiento de su pertinencia no puede descansar en una exclusiva acreditación de la posible participación del acusado en los hechos delictivos, por cuanto ese no es su papel, sino garantizar la presencia del imputado y su no obstaculización de los actos del procedimiento, buscando que el proceso penal pueda desarrollarse eficazmente. Así, «únicamente deben ser consideradas como finalidades legítimas de la prisión preventiva, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado...y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento»³².

Es provisional debido a que no es definitiva, pudiendo las circunstancias que la legitimaron desaparecer al cabo del tiempo, obligando a extinguirla. Ciertamente, donde a la luz de un caso concreto pudo establecerse la legitimidad del riesgo de fuga, pasado cierto lapso dicho peligro pudiese evaporarse, bien porque han aparecido indicios que demuestran los arraigos del imputado, o puede presentar una garantía económica suficiente, factores que disminuyen la expectativa de huida del procesado y, con ello, la necesidad de la prisión preventiva. Ese carácter obliga a considerar que ella es siempre revisable, aunque no llegue el plazo máximo de investigación o de aplicación de la prisión preventiva previsto en el Código Procesal penal. Ya lo dijo la Corte:

Cabe señalar ahora que una detención o prisión preventiva debe estar sometida

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019.

a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.³³

El razonamiento expuesto es crítico para entender una prisión preventiva constitucionalmente adecuada. Hemos destacado ya su excepcionalidad y la razón detrás de aquella, siendo la presunción de inocencia, y como esta se pone en la cuerda floja cuando se encarcela a una persona no condenada. Por tanto, allí donde un Estado quiere salvaguardar el principio de libertad y la proscripción de las detenciones arbitrarias contrarias a ella, debe tener la mira de forma periódica en el imputado encarcelado, verificando si todavía es necesario su confinamiento para los fines procesales, con orientación a buscar variar su situación, precisamente por los peligros que implica para toda sociedad constitucional que un ser humano jurídicamente inocente este confinado. De ahí que, si no es verificada periódicamente, pierde su carácter excepcional y con ello, se quebranta el estado de inocencia por la anticipación de la condena previa al juicio.

En efecto, si no pudiese ser revisable, todo procesado cuyo riesgo de fuga haya disminuido, pudiendo serle variada la medida por una menos gravosa e inclusive dejarlo en libertad, sería sometido rutinaria e innecesariamente a la cárcel antes de la decisión judicial definitiva, contrario a la esencia de la excepción de las medidas de coerción. Entonces, tal violación únicamente pudiera ser explicada como una pena anticipada.

Finalmente, es judicial porque no puede adoptarse de oficio a voluntad del Ministerio Público, sino que su imposición debe proceder luego de una audiencia con las debidas garantías, en la cual un tribunal evacue sentencia razonada que justifique la pertinencia de la prisión preventiva, considerando el principio de proporcionalidad. Ciertamente, si el mismo ente persecutor pudiese también imponer medidas gravosas para los derechos de los investigados, quebrantaría el derecho al debido proceso y al juez imparcial. Lo anterior sería contrario a la regla de separación de funciones del órgano que investiga y sanciona, consagrado en el artículo 22 del Código Procesal Penal. En otro orden de ideas, respecto a la decisión que impone esta medida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que

Corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de la libertad. Dado lo anterior, corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que son: (i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Subrayado nuestro.

para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Este Tribunal ha indicado, que la medida solo se debe imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo, a saber: que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.³⁴

En síntesis, una medida proporcional implica que la restricción de derechos «sea necesaria, idónea para el fin perseguido y que las ventajas justifiquen los sacrificios»³⁵, a la luz del caso concreto. Basándonos en el razonamiento expuesto en el párrafo anterior, podemos sostener que el juez tiene un deber de motivación reforzado cuando concede la prisión preventiva, debido precisamente a que es la opción más gravosa que envuelve encarcelar a un ser humano inocente. En ese tenor, la prueba de proporcionalidad vendría siendo la vía para garantizar que su imposición no sea arbitraria y carente de fundamento, de esta forma, se blinda el principio de la presunción de inocencia.

2. Condiciones y límites para la aplicación de la prisión preventiva

Hemos explicado hasta ahora que la prisión preventiva es una medida de coerción que tiene como finalidad salvaguardar el proceso penal, mediante la prevención del riesgo de fuga del imputado durante el procedimiento o su obstaculización al mismo. Su aplicación es válida siempre y cuando las demás alternativas no puedan cumplir la misma función. Ahora bien, ¿Cómo se acredita esos riesgos en el procesado? O lo que es similar, ¿Qué condiciones son necesarias para que el juez habilite la prisión preventiva?

El Código Procesal Penal nos responde esas preguntas. El artículo 227 de dicha normativa establece que «procede aplicar medidas de coerción, cuando concurren todas las circunstancias siguientes: 1) Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción; 2) Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento; 3) La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad».

Por otro lado, el artículo 229 de la ley nos brinda las pautas que debe tomar en cuenta el juez para acreditar o descartar el riesgo de fuga. Es decir:

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019

35 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo del 2019.

1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio y residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad, ocultamiento o falta de información sobre el domicilio del imputado, constituye presunción de fuga; 2) La imposibilidad de identificación cierta y precisa del imputado, como consecuencia de su pretensión de ocultar su verdadera identidad a los fines de evadir su responsabilidad, o la posesión de más de un documento de identidad, constituye presunción de peligro de fuga; 3) La gravedad del hecho que se imputa, el daño ocasionado a la víctima y a la sociedad, así como la pena imponible al imputado en caso de condena; 4) La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo; 5) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; 6) La existencia de procesos pendientes o condenas anteriores graves, encontrarse sujeto a alguna medida de coerción personal, gozar de la suspensión, requerir la revisión de las medidas de coerción impuestas en todos los casos anteriores; 7) La no residencia legal en el país o, aún con residencia legal, la no existencia de los elementos serios de arraigo; 8) Haberse pronunciado una pena de prisión en su contra aun cuando la misma se encuentre suspendida como efecto de la interposición de un recurso.

En síntesis, el juez podrá imponer prisión preventiva allí donde: 1) Existan indicios mínimos que indiquen la probabilidad que el

imputado sea autor o cómplice de la infracción penal; 2) las circunstancias concretas de la investigación, los arraigos del procesado, la pena a dictar por el ilícito y el daño a reparar evidencien que podría fácilmente escaparse del país; 3) el delito esté sancionado con privación de libertad; y, considerando el artículo 234 de la referida normativa, 4) no haya otras medidas más efectivas para evitar la destrucción de prueba relevante para la investigación, evitar que el imputado pueda constituir una amenaza para la sociedad, la víctima o sus familiares, o los testigos del proceso. Analicemos en detalle cada requisito

La primera condición implica que el pedimento debe acreditar, con evidencias fundadas, que existen elementos que permiten, razonablemente, sostener que el imputado tiene una participación como autor o cómplice en el ilícito penal. Lo que se persigue de esa forma es eliminar la vieja práctica del sistema inquisitorio, imperante previo a la modificación legislativa del 2002, de encarcelar y luego investigar. Dicha costumbre es flagrantemente contraria a la presunción de inocencia. Así, se busca que se aplique cualquier medida de coerción si existen pruebas que sostengan y puedan fundamentar el buen sostén jurídico de la acusación. Sobre este aspecto, se ha dicho que:

Para restringir el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito. Es necesario enfatizar que este presupuesto no constituye en sí mismo una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva

a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención. Por el contrario, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad.³⁶

El deber del juez de instrucción al ponderar la existencia de este requisito no es evacuar una motivación donde explica si el imputado es o no, fuera de toda duda razonable, autor o cómplice de una infracción. La misión del juzgador va dirigida a realizar, basándose en los hechos e investigaciones presentadas por las partes, un análisis lógico simple, nada exhaustivo y superficial para establecer si mínimamente puede situarse o no la participación del acusado en el hecho criminal. En realidad, involucra un juicio carácter subsidiario, que jamás ha de tomarse como el único argumento para imponer la prisión preventiva y mucho menos, como criterio de la sentencia definitiva para determinar la culpabilidad o inocencia, pues se estaría desnaturalizando su finalidad, y realizando una tarea propia de la fase fondo sin las debidas garantías para el procesado y, por ende, violando el debido proceso.

La segunda condición para la aplicación de la medida, el riesgo de fuga, ya se encuentra ampliamente desarrollada y conceptualizada en el propio Código Procesal Penal, de tal suerte que puede acreditarse dicho peligro mediante el

examen de los criterios expuestos en el artículo 234 de la citada normativa. Sin embargo, es menester hacer unas cuantas consideraciones. En primer lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que «no resulta admisible que los órganos jurisdicciones establezcan la presunción de riesgo de fuga en caso de ciertos delitos que sobrepasen un cierto umbral de gravedad, imponiendo al imputado la carga de probar su inexistencia mediante la invocación de circunstancias excepcionales»³⁷.

En consecuencia, la acreditación del riesgo de fuga bajo parámetros como el daño a reparar y la gravedad del hecho imputado tienen, a nuestra consideración, una constitucionalidad sospechosa. Esto responde una idea simple, si se impone la prisión preventiva exclusivamente sobre estos criterios, indirectamente se está encarcelando a alguien sobre la base de un ilícito, y sus daños, que aún no se han aprobado en un juicio de fondo, lo cual es contrario con la presunción de inocencia y el debido proceso. Ahora bien, pudiese legitimarse la gravedad del hecho y el daño a ser resarcido, como elementos a evaluar para determinar el riesgo de fuga, en el entendido de que, a mayor peso del menoscabo a enmendar y la condena a imponer, mayor presunción del riesgo de fuga, por cuanto existe la probabilidad de huida del procesado ante la grave pena que podría sufrir si la sentencia se dicta en su contra.

No obstante, hay que destacar que «el riesgo de fuga debe ponderarse con los criterios establecidos, a la luz del caso concreto y las circunstancias que giran alrededor de los distintos actores, ya que, sin una fundada

36 Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019

37 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Shishkov contra Bulgaria. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de enero del 2003

sospecha del riesgo de fuga del imputado, no puede justificarse la prisión preventiva, pues su finalidad esencial es asegurar la futura presencia del acusado a la llamada para la celebración del juicio oral»³⁸. Por lo cual, no puede darse por hecho el peligro de huida y poner sobre el imputado la carga de destruir esa sospecha por la mera gravedad del hecho y el daño a resarcir, sino que debe ponderarse si a la luz del caso determinado y los escenarios a su alrededor puede acreditarse esa presunción. Lo anterior ameritaría analizar las circunstancias personales del acusado, así como su conducción durante el proceso, para verificar si en su caso particular puede partirse de dicha presunción y poner sobre si la obligación de desmontarla. Dicho de otro modo, la gravedad del hecho y el perjuicio a reparar no deben ser los únicos criterios para determinar el riesgo de fuga, puesto que por la lógica ya desarrollada se quebrantaría la presunción de inocencia, sino que deben ponderarse con base a parámetros más específicos a la luz del caso.

De ahí que los jueces deben siempre analizar si, en la cuestión concreta, realmente existe una sospecha fundada y razonable de huida del imputado. Consecuentemente, debe evitarse establecer el riesgo de fuga de oficio simplemente porque se desconocen los datos que permitan localizar su domicilio, sino que hay que ponderar si esa circunstancia, a la luz de sus arraigos y conducta, demuestra el peligro de huida. En resumen, presumir el riesgo de fuga del procesado es contrario a la presunción de inocencia, porque «el peligro procesal no se presume, sino que debe

realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto»³⁹.

En otro orden de ideas, el hecho de que solamente proceda la imposición, no solo de la prisión preventiva, sino de todas las medidas de coerción, en caso de que la acusación descansa sobre delitos sancionados con encierro entendemos es cónsono con el principio de proporcionalidad. En efecto, encarcelar a alguien preventivamente, afectar su patrimonio o restringirle su movilidad para salvaguardar un procedimiento donde, de producirse una sentencia en su contra, sería condenado a multa envuelve mayores sacrificios que beneficios. Aquello en el entendido de que implica inmolarse bienes tan valiosos como la libertad o la propiedad para prevenir el riesgo de fuga un acusado por penas tan leves y poco temidas a nivel penal como las pecuniarias, y es que no por nada la constitución prohíbe el confinamiento por deudas⁴⁰.

Finalmente, el último requisito que ha de observar el juez para imponer la prisión preventiva es que sea la única medida posible para evitar que el procesado se fugue, no pudiendo las demás alternativas alcanzar el mismo objetivo. Decimos que es una exigencia por lo establecido en el artículo 234 de la normativa procesal penal que explícitamente indica que:

La prisión preventiva es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos

38 Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. STCE/33/1999, de fecha 8 de mayo del 1999.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013

40 Ver artículo 40.10 de la constitución dominicana

gravosas para su persona, para evitar la destrucción de prueba relevante para la investigación, y cuando la libertad del imputado pueda constituir una amenaza para la sociedad, la víctima o sus familiares, o los testigos del proceso. (Subrayado nuestro)

No puede ser de otro modo, y es que, si «en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima... Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible»⁴¹. En consecuencia, si se quiere blindar de excepcionalidad reforzada, necesariamente deberá ser la última opción por considerar para garantizar la presencia del acusado a juicio, teniendo prioridad las demás alternativas.

Es importante enfatizar que la causal de aplicación de la prisión preventiva cuando no exista otra alternativa para evitar el peligro que el imputado puede constituir a la sociedad, la víctima, sus familiares o los testigos del proceso es una accesoria y condicionada a la existencia de un procedimiento de investigación penal que busca salvaguardar evitando su obstaculización. Dicho de otra forma, la mera amenaza que pudiese significar el imputado a los actores mencionados no puede constituir una razón autónoma y suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, sino que ella tiene que significar una obstaculización del proceso que se esté llevando en contra del procesado y cuya presencia pudiese implicar un riesgo al mismo. Aquello significa que, de solicitarse el apresamiento cautelar sobre la base de que no

existe otra medida para mantener la seguridad de los testigos, la víctima, sus familiares y la sociedad, la defensa únicamente debería probar que el procesado ni va a obstaculizar el proceso, ni va a darse a la huida durante la investigación y, de acoger el juez ese argumento, debería rechazar el pedimento de la contraparte si refuta exclusivamente sobre razones de protección y seguridad.

En efecto, «cuando se le atribuye a la medida de coerción un fin como el de proporcionar seguridad a la ciudadanía, se le está reconociendo fines que no le son propios y que corresponden a los fines de la pena que son prevención general y no de cautela al proceso»⁴². Dicho más claramente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «únicamente deben ser consideradas como finalidades legítimas de la prisión preventiva, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado...y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento»⁴³. Por tanto, la justificación de la prisión preventiva sobre la base de la amenaza a la sociedad, la víctima, sus familiares o los testigos del caso, debe estar directamente vinculada a buscar con ello el desarrollo eficaz del proceso, previniendo su obstaculización.

3. Los límites en la aplicación de la prisión preventiva: el rol del Ministerio Público antes y durante su imposición

¿Hasta dónde llega la aplicación de la prisión preventiva a un imputado? Su legitimidad termina en el punto en el cual deviene en una

41 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/110, sobre Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, de fecha 14 de diciembre de 1990.

42 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0380/15 de fecha 15 de octubre del 2015.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019.

pena sin condena. Es decir, cuando se usa fuera de su delimitación, lo cual amerita que cualquier Estado que se llame protector de los derechos fundamentales intervenga para extinguir la y liberar al procesado. El artículo 241 del Código Procesal Penal enuncia algunas situaciones donde el legislador entiende que se han traspasado los límites de la prisión preventiva.

Ahora bien, ¿Qué pasa cuando un Estado permite que se traspasen los límites de la prisión preventiva? Es decir, ¿Qué sucede cuando permite que se mantenga el encarcelamiento de una persona sin una justificación? ¿En qué incurre un Estado que permite que la prisión preventiva se convierta en una pena sin juicio? Simple, genera una violación al derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia. Varias sentencias de distintos tribunales internacionales de derechos humanos avalan esta conclusión, así:

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos

humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.⁴⁴

Por tanto, mantener la prisión preventiva cuando desaparece el riesgo de fuga o la obstaculización del proceso implica restringir la libertad del imputado más allá de lo estrictamente necesario, en razón que ya no existe tal necesidad, violando el derecho a la presunción de inocencia, de la cual se deriva la regla de ser libre en el proceso penal. Así, permitir que de la aplicación de dicha medida de coerción devenga algún efecto sancionador, quebranta la constitución y la desnaturaliza, puesto que tiene una naturaleza cautelar, no punitiva. Examinando profundamente, si los principios que la delimitan juegan el rol de evitar que esta se transfigure en una detención arbitraria contraria a los derechos fundamentales ya mencionados, entonces dichos cánones fungen como garantías implícitas a estos.

En efecto, si las garantías no son más que «mecanismos de tutela y protección de los derechos que permiten al titular del mismo lograr su satisfacción frente a los sujetos deudores de los mismos»⁴⁵, entonces ese

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Suárez Rosero contra Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Subrayado nuestro.

45 Eduardo Jorge Prats. Derecho Constitucional, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 264.

carácter excepcional, cautelar, judicial y provisional que impide que la prisión preventiva se trastorne en una detención arbitraria, quebrantando la constitución, se configuran como elementos «que garantizan la efectividad de los derechos fundamentales»⁴⁶, en este caso los de libertad y presunción de inocencia. Expresado sencillamente, atendiendo a que las máximas que orientan las medidas de coerción evitan que se violenten las libertades mencionadas, amplificando su eficiencia, y considerando el atributo no limitativo y expansivo en la interpretación de las prerrogativas constitucionales, podríamos afirmar que existe una garantía constitucional a que toda medida de coerción se nos aplique en función a las características ya citadas. Consecuentemente si «los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la constitución y la ley»⁴⁷, aquellos han de orientar su actuación basándose en los caracteres destacados, por cuanto se blinda el espíritu garantista que rodea la Carta Magna al constitucionalizar el estado de inocencia. Reiteramos lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En esta línea, la Corte Interamericana ha reiteradamente señalado que para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y

proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.⁴⁸

¿Qué papel posee el Ministerio Público en lo desarrollado? La respuesta radica en que si está sujeto a la constitución, entonces debe moldear su actuación en respeto a su espíritu, sobre todo a las libertades y garantías fundamentales explicadas. Por tanto, si allí donde se traspasan los límites de la prisión preventiva se violan principios de raigambre constitucional, y si estos se configuran como garantías, el órgano persecutor ha de orientar su estrategia de litigio, su forma de investigar y, en general, su política criminal, de modo tal que no sea ella responsable de que esta medida de coerción devenga en una condena sin juicio violatoria a las disposiciones constitucionales referidas. Esto deriva en que, si el fiscal puede prever, bien por la naturaleza del caso e ilícito que se investiga, que la imposición del confinamiento que pretenden pedir contraría los cánones de las medidas de coerción, tiene, por mandato de la Carta Magna, solicitar otra de las siete alternativas, o el menor tiempo posible de encarcelamiento.

No obstante, su rol no acaba ahí. Una vez concedida la medida de coerción bajo cualquier supuesto, de tener el conocimiento, transcurrido cualquier lapso, que desapareció dicho presupuesto, su deber es solicitar por su propia iniciativa la liberación del imputado. No hacerlo

46 Ver artículo 68 de la constitución dominicana

47 Artículo 68 de la Constitución Dominicana.

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

implica una violación al deber de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, al omitir emplear la medida de coerción bajo los lentes de excepcionalidad y provisionalidad, garantías de la presunción de inocencia y de la prerrogativa de comparecer al juicio siendo libre. Lo anterior se refuerza si examinamos la ley 133-11 Orgánica del Ministerio Público. En efecto, en su artículo primero plantea que «en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público respeta la Constitución y el ordenamiento jurídico dictado conforme a esta garantiza los derechos fundamentales que asisten a las personas» (subrayado nuestro).

Por tanto, si las nociones de excepcionalidad, cautelar, provisional y judicial, delimitadoras de las medidas de coerción, van dirigidas a evitar que esta se convierta en una pena anticipada, garantizando así la prerrogativa a ser libre y presumido no culpable hasta decisión del juez de fondo, entonces el órgano persecutor como garante igualmente de las prerrogativas constitucionales, tiene, si quiere actuar jurídicamente, que moldear su proceder entorno a esas características. Caso contrario, sería responsable de obrar para que la prisión preventiva sea una condena sin sentencia. En ese orden de ideas, es atribución del Ministerio Público «investigar las detenciones arbitrarias y promover las actuaciones para hacerlas cesar y garantizar el respeto de las libertades públicas»⁴⁹. Allí donde la prisión preventiva se aplica de forma rutinaria, no cautelar, definitiva y a dictamen de un ente no jurisdiccional, el encarcelamiento debe necesariamente ser arbitrario, por cuanto se viola el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la

libertad. Consecuentemente, tienen los fiscales un deber de frenar el confinamiento en esas hipótesis.

No solamente eso, si el espíritu de ese artículo es disminuir los encarcelamientos arbitrarios, dándole la responsabilidad del mencionado órgano persecutor de hacerlos cesar, hay implícitamente también una obligación de prevenirlos. Si tomamos en cuenta que la disposición prevé también que deben garantizarse las libertades públicas, entonces debe evitar su violación, puesto que la acción de garantizar engloba un carácter preventivo frente a cualquier acción que pueda perjudicar. En resumen, y considerando el examen realizado, durante la imposición y aplicación de la prisión preventiva el Ministerio Público tiene el deber de: 1) Abstenerse de proponerla si hay otras alternativas menos gravosas; 2) abstenerse de proponerla si puede prevenir que, a la luz del caso concreto, devendrá en una pena anticipada; 3) pedirla, si es absolutamente necesario, solicitando el menor tiempo posible; 4) supervisar su aplicación en todo momento, de tal suerte que cuando desaparezcan los requisitos que la legitiman, debe solicitar por su propia iniciativa la libertad del imputado.

III. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

El análisis desarrollado nos permite concluir que si el Ministerio Público emplea la prisión preventiva de forma contraria a los principios que la delimitan, actúa antijurídicamente, violando la presunción de inocencia. No obstante, si fruto de ese proceder ilegítimo causa un daño al imputado, quebrantándole su derecho a la

49 Ver el artículo 26.11 de Ley 133-11 Orgánica del Ministerio Público

libertad, además de causarle un perjuicio a su honra y patrimonio, ¿tiene el órgano persecutor la obligación de responder por esos daños? La respuesta no puede ser otra que afirmativa, y es que ya lo sostiene la propia Constitución al afirmar, en su artículo 148, que «las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica».

Sabio fue nuestro constituyente al constitucionalizar la responsabilidad de los entes de derecho público, por cuanto de nada sirve establecer en el artículo 8 de la Constitución el deber del Estado de «proteger efectivamente los derechos de la persona, respetar su dignidad y proporcionarle los medios que le permitan perfeccionarse individualmente dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas», si sus funcionarios, quienes son los responsables de llevar a cabo esa tarea, pueden actuar en antítesis a esa función y no sufrir consecuencia alguna. En otras palabras, si queremos que se haga realidad el sexto precepto constitucional de que «todos los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico», debe existir un régimen de consecuencias para aquellos que quebranten los principios fundamentales que en ella se consagran. No puede ser de otro modo, pues si se deja impune la irresponsabilidad de no sujetarse a la Carta

Magna y el ordenamiento jurídico, se corre el riesgo de congelarlos en el papel.

Abona el joven jurista Freymi Collado que la responsabilidad patrimonial «responde a un fin garantista que se manifiesta en dos órdenes distintos: el primero, que los entes públicos operaran bajo los márgenes que dispone la ley... El segundo, que los administrados contarán con las herramientas para hacer valer sus derechos que le han sido conculcados por la actividad administrativa, atendiendo a que estos siempre se encuentran en desventaja frente a la Administración»⁵⁰. Es decir, que la obligación de los órganos que ejercen potestades administrativas de reparar los perjuicios ocasionados por una actividad antijurídica de tal naturaleza se fundamenta en garantizar su sometimiento al ordenamiento jurídico y afianzar la efectividad de los derechos fundamentales conculcados, por cuanto si pudiesen quebrantarlos impunemente, no tendrían verdadera eficacia práctica al no hacerse valer frente a los sujetos deudores de los mismos. Ya lo dijo el gran administrativista dominicano Roberto Medina Reyes:

Otro de los derechos subjetivos que componen el derecho fundamental a una buena administración es la prerrogativa que poseen las personas de recibir una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de los órganos y entes públicos (artículo 4.10 de la Ley No. 107-13). Este derecho, en síntesis, obliga a la Administración a reparar los daños y perjuicios causados en los derechos

50 Freymi Collado Morales. «La responsabilidad de los funcionarios públicos en la ley núm. 107-13: reflexiones sobre su necesaria delimitación». En Víctor Rafael Hernández-Mendible (coordinador). Décimo aniversario de la ley 107-13, que regula los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2024), p. 645

e intereses legítimos de los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de la actividad administrativa. Este deber indemnizatorio constituye una de las garantías de control de la actuación u omisión de la Administración y se traduce en un régimen de responsabilidad de los entes públicos y del personal a su servicio.⁵¹

Es por ello por lo que, conforme al 57 de la Ley No. 107-13, «el derecho fundamental a la buena administración comprende el derecho de las personas a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia de una acción u omisión administrativa antijurídica». Aterrizando el precepto la hipótesis de estudio, si el Ministerio Público solicita la prisión preventiva de forma no excepcional, no cautelar, y desproporcional a la luz del caso concreto actúa inconstitucionalmente, pues estos principios implícitos en la constitución y consagrados en la ley fungen como garantías al derecho fundamental a la libertad y la presunción de inocencia, mandatos para los entes públicos sujetos a la Carta Magna. Por tanto, si ese actuar antijurídico causa un daño al procesado, estaría en el deber de indemnizar. No obstante, este razonamiento se encontraría en su germen con un cuestionamiento crítico, ¿Ejerce el órgano persecutor una actividad administrativa? Esta respuesta es primordial, porque las disposiciones mencionadas han establecido que se compromete la responsabilidad patrimonial únicamente por acciones u omisiones administrativas antijurídicas.

3.1 Fundamento del régimen de responsabilidad patrimonial en la actividad del Ministerio Público

La ley es clara en cuanto a que las personas tienen derecho a ser indemnizados frente a una acción u omisión administrativa antijurídica. Ahora bien, si queremos retener la responsabilidad del Ministerio Público por los daños que ocasione por emplear la prisión preventiva en detrimento de sus principios orientadores, habría que establecer si su proceder encuadra en la función administrativa. En ese sentido, el artículo 2 de la ley 247-12 sobre Administración Pública, establece que «la función administrativa comprende toda misión, competencia o actividad de interés general, otorgada conforme al principio de juridicidad para regular, diseñar, aprobar, ejecutar, fiscalizar, evaluar y controlar políticas públicas o suministrar servicios públicos, aunque estos tengan una finalidad industrial o comercial y siempre que no asuman un carácter legislativo o jurisdiccional».

Analizando el articulado anterior, es posible conceptualizar la actividad administrativa como toda labor delimitada por la ley, de carácter no legislativo ni judicial, consistente en satisfacer el interés general mediante la regulación, planificación, aprobación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas o suministrar servicios. En otras palabras, se caracteriza por 1) Ser opuesto a la legislación y a lo jurisdiccional; 2) cumplir necesidades colectivas; 3) Se

51 Roberto Medina Reyes. El derecho a una indemnización justa. Publicado en el portal web del periódico Acento en fecha 7 de marzo del 2020. Extraído de: <https://acento.com.do/opinion/el-derecho-a-una-indemnizacion-justa/> (Consultado el 21 de abril del 2024).

desempeña haciendo uso de un entramado de operaciones que satisfacen políticas o servicios públicos; y 4) ser establecida por ley. Habiendo dicho eso, examinemos la función del Ministerio Público, la cual, de antemano, cumple el cuarto requisito de ser establecida por ley, puesto que se encarga, conforme su legislación orgánica, de «la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, dirige la investigación penal y ejerce la acción penal pública en representación de la sociedad»⁵².

Haciendo una subsunción entre el concepto legal de función administrativa, la que extrajimos del párrafo antecedente y lo establecido en la normativa que regula al Ministerio Público, podemos deducir que su actividad es efectivamente de naturaleza administrativa. Primeramente, estamos frente a una diligencia que satisface interés general, el combate de la criminalidad, tanto que los fiscales lo hacen en representación de la sociedad. Significa que se cumple una necesidad que el conglomerado social le apodera resolver al órgano persecutor. En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, cuando un fiscal investiga y ejerce la acción penal para combatir los delitos, está fiscalizando y ejecutando la política pública de prevención y pugna contra la delincuencia que diseña la Procuraduría General de la República Dominicana. Finalmente, en la circunstancia concreta de pedir la prisión preventiva en obvia desnaturalización de sus principios, u omitir solicitar que este cese si ya no es legítima, no se legisla, por cuanto no crean leyes aplicables al caso. Tampoco juzga, pues de ser así, sería contrario al principio de división de funciones consagrado en la normativa procesal penal⁵³.

No obstante, es la misma Ley Orgánica del Ministerio Público, en su artículo 20, la que establece que el órgano persecutor será responsable patrimonialmente por un actuar antijurídico. En efecto, la disposición plantea que «el Estado será responsable solidariamente por las conductas antijurídicas o arbitrarias del Ministerio Público. La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial en la jurisdicción contencioso-administrativa prescribirá en un año, contados desde la ocurrencia de la actuación dañina» (subrayado nuestro). Por tanto, y considerando que el régimen de responsabilidad patrimonial lo desarrolla plenamente la ley 107-13, todo parece apuntar que los parámetros de la normativa son aplicables igualmente al órgano persecutor, atendiendo que la misma norma que lo regula instruye de esa manera.

IV. Condiciones para acreditar la responsabilidad patrimonial y su subsunción en los daños derivados de la prisión preventiva terminada en prescripción, vencimiento del plazo máximo de investigación y archivo por falta de pruebas

Hemos establecido ya como el régimen de responsabilidad patrimonial es aplicable al Ministerio Público. La razón descansa en que la misma normativa que pauta sus funciones lo instruye así, siendo que la actividad investigadora y de ejercicio de la acción penal de los fiscales se enmarca en la fiscalización y ejecución de políticas públicas para la satisfacción del interés general, de naturaleza no legislativa ni jurisdiccional, que conceptualiza

52 Ver artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público

53 Ver artículo 22 del Código Procesal Penal

la función administrativa. Ahora bien, en los casos de la prisión preventiva sufrida en casos de prescripción, vencimiento del plazo máximo de investigación y archivo por falta de pruebas, ¿existen los requisitos para retener la obligación de reparar del órgano persecutor? Previo entrar en ese estudio, es menester conceptualizar brevemente las implicaciones de los conceptos que serán objeto de análisis.

4.1 Breve noción de prescripción de la acción penal, vencimiento del plazo máximo de la investigación y archivo por falta de pruebas, según el código procesal penal dominicano

Sobre la prescripción, la normativa establece que:

Es una causa de extinción de la acción penal, que se constituye al vencimiento de un plazo igual al máximo de la pena, en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad, sin que en ningún caso este plazo pueda exceder de diez años ni ser inferior a tres”. Los plazos de prescripción se rigen por la pena principal prevista en la ley y comienzan a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación; para las tentativas, desde el día en que se efectuó el último acto de ejecución y, para las infracciones continuas o de efectos permanentes, desde el día en que cesó su continuación o permanencia”. La prescripción se interrumpe por: 1) La presentación de la acusación; 2) El pronunciamiento de la sentencia, aunque sea revocable; 3) La rebeldía del imputado.⁵⁴

La prescripción se materializa allí donde pase desde la consumación del delito, o este haya cesado sus efectos, plazo igual al máximo de la pena sin presentarse acusación, sentencia definitiva o rebeldía del imputado, siempre que la condena máxima sea superior a tres años y no sobrepase los diez, en caso contrario va a prescribir en los extremos indicados. Por ejemplo, el homicidio, penado con un extremo de dos décadas de privación de libertad, al superar el umbral explicado, prescribiría a los diez años. Así también, la estafa, cuya pena mote es de dos años, por debajo del límite citado, prescribe a los tres años.

Hay que hacer la salvedad de que la acusación que interrumpe la prescripción es la que presenta el Ministerio Público para dar pie a la audiencia preliminar. Aquello significa que la solicitud de una medida de coerción no tiene efecto alguno de interrupción, lo cual se deja constar implícitamente cuando se establece que «el ministerio público debe concluir el procedimiento preparatorio y presentar el requerimiento respectivo o disponer el archivo en un plazo máximo de tres meses si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario, y de seis meses si ha sido ordenada otra de las medidas de coerción previstas en el Artículo 226»⁵⁵. Si el fiscal ha de presentar el requerimiento respectivo, o sea, la instancia acusatoria, aún haya solicitado y se le conceda una medida de coerción contra el imputado, es porque ambos requerimientos no son análogos y, por vía de consecuencia, no tienen los mismos efectos.

Conforme la ley, el vencimiento del plazo máximo de la investigación es un modo de extinción de

54 Ver los artículos 44, 45 y 46 del Código Procesal Penal.

55 Ver artículo 150 del Código Procesal Penal

la acción penal que se configura, una vez sea declarada por el juez, cuando han transcurrido tres años en la etapa preparatoria, a partir de las diligencias preliminares, sin que Ministerio Público presente la acusación o disponga el archivo, si ese periodo no sobrepasa el mínimo de la pena imponible, en cuyo caso, vence cuando el lapso de investigación equivalga a la condena mínima⁵⁶.

Es menester puntualizar que, en caso de un procedimiento que sea declarado complejo, produce los siguientes efectos en los plazos:

- 1) El plazo máximo de duración del proceso es de cuatro años; 2) El plazo ordinario de la prisión preventiva se extiende hasta un máximo de dieciocho meses y, en caso de haber recaído sentencia condenatoria, hasta seis meses más; 3) El plazo acordado para concluir el procedimiento preparatorio es de ocho meses, si se ha dictado la prisión preventiva o el arresto domiciliario, y de doce meses si se ha dictado cualquier otra de las medidas de coerción previstas en el Artículo 226. La prórroga puede ser de cuatro meses más.⁵⁷

Finalmente, el archivo es un modo de culminar la investigación preparatoria en donde el órgano persecutor decide no proceder con la acusación del imputado, atendiendo a que se presenta alguna de las circunstancias previstas en el artículo 281 del Código Procesal Penal. Particularmente, el archivo por falta de pruebas se encuentra en el numeral 4 de la disposición referida, la cual establece que «el ministerio público puede disponer el archivo del caso mediante dictamen motivado cuando... los elementos de prueba resulten insuficientes

para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos». Hay que puntualizar que, conforme a la norma citada, el archivo automáticamente pone fin a cualquier medida de coerción contra el acusado.

4.1.1 Requisitos para retener responsabilidad patrimonial: Una mirada desde el proceso penal terminado en archivo por falta de pruebas, prescripción de la acción penal y vencimiento del plazo máximo de investigación

Habiendo delimitado las circunstancias objeto de análisis, pasaremos a examinar si de su concurrencia se deriva una obligación de reparar por parte del órgano persecutor, por los daños de la prisión preventiva. Veremos a continuación cada uno de los requisitos para retener la responsabilidad patrimonial, y si se subsumen en los procesos culminados en prescripción, vencimiento del plazo máximo de la investigación y archivo por falta de pruebas. Los arts. 57 y 59 de la ley 107-13 establecen las condiciones para que la Administración tenga el deber de indemnizar el menoscabo ocasionado. En ese sentido, deben constar: 1) un daño real, efectivo e individualizable; 2) un acción u omisión antijurídica de las personas de derecho público; y 3) un nexo de causalidad entre el perjuicio y el proceder de antijurídico de la Administración.

4.1.2 La existencia de un daño

En torno al primer requisito, el perjuicio, la ley establece que «son indemnizables los daños de cualquier tipo, patrimonial, físico o moral,

56 Ver artículos 148 del Código Procesal Penal

57 Ver artículo 370 del Código Procesal Penal

por daño emergente o lucro cesante, siempre que sean reales y efectivos. La prueba del daño corresponde al reclamante». Sobre esta condición, el célebre jurista y eminencia del Derecho Administrativo, José Esteve Pardo, plantea que «la efectividad del daño rechaza las meras expectativas o previsiones de que un daño se produzca. El daño emergente es el que efectivamente se ha producido. Lucro cesante, los ingresos dejados de percibir»⁵⁸. Por tanto, se trata de uno actual capaz de ser valorado económicamente, bien por los perjuicios económicos producidos netamente del actuar antijurídico, o por los recursos perdidos como consecuencia de dicho proceder, siempre que sea real en el sentido de que el menoscabo no sea producido por el estado de ilegalidad o ilegitimidad en el que se encuentra a la víctima»⁵⁹.

En el caso de los procesados que se les impone la prisión preventiva, tenemos cada una de esas características. En efecto, nos encontramos frente a un detrimento que se constata en el simple confinamiento del imputado, pues «la prisión es una institución que deteriora, porque sumerge en condiciones de vida especialmente violentas, totalmente diferentes de las de una sociedad libre y, sobre todo, hace retroceder al preso a estadios superados de su vida, porque por elementales razones de orden interno le regula la vida como en su niñez o adolescencia»⁶⁰. En consecuencia, el perjuicio ocasionado por la prisión preventiva es individualizable, pues recae sobre aquel privado

de libertad. Tiene una dimensión efectiva, ya que se limita el desarrollo de la persona, así como su autonomía personal y laboral, además de someterle a un ambiente hostil considerando el estado de las cárceles de nuestro país. Es un daño real en tanto que no se genera por el proceder ilegal de la víctima, sino por un fin procesal del cual ella no es responsable. No se produce por su falta porque, siendo preso preventivo, es inocente. Finalmente, nos encontramos con un menoscabo evaluable, por el deterioro de su salud física y mental, como por los ingresos dejados de recibir gracias a la reclusión.

4.2.2 Una acción, omisión o daño antijurídico

Respecto al segundo requisito, ¿Cuándo se acredita? «Si existe una lesión que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Acá lo relevante de la cuestión es evaluar cuándo existe o no ese deber de soportar el daño o perjuicio»⁶¹. En función a la ley 107-13, puede evaluarse objetiva o subjetivamente. La segunda implica la existencia de «una conducta que implique una falta al provenir de una acción u omisión antijurídica de la administración»⁶², en palabras del mítico Marcel Planiol «cuando hay un incumplimiento de una obligación preexistente». Por otro lado, la responsabilidad objetiva funge de forma excepcional, «a la vista de las circunstancias del caso y, en especial, de la naturaleza de la actividad generadora de riesgos o de la existencia de sacrificios

58 José Esteve Pardo. Lecciones de Derecho administrativo, 10a ed. (Barcelona: Marcial Pons, 2021), 297-298

59 Sigmund Freud Mena. Ley Num.107-13, comentada y anotada, Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. (Santo Domingo: Librería Jurídica internacional, 2016), 637

60 Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, Parte General. (Buenos Aires: Ediar, 2005), pág. 14

61 Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo, parte general. (Madrid: Tecnos, 2010), pág. 925.

62 Suprema Corte de Justicia (SCJ). Tercera Sala. Sentencia núm. 033-2021-SSen-00120, dictada en fecha 24 de febrero de 2021.

especiales o singulares en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, derivados del ejercicio lícito de potestades administrativas»⁶³.

Dicho de otro modo, «en este tipo de juicio no tiene vigencia la imputación culposa, negligente o dolosa a la Administración pues, lo correcto es que el demandante base su teoría del caso en demostrar los motivos por los cuales no debía soportar el aducido daño»⁶⁴. En resumen, hay un deterioro antijurídico porque el incumplimiento, de manera dolosa o negligente, de la obligación inherente al cargo de un funcionario provocó el daño. Asimismo, hay antijuridicidad si, aun en ausencia de funcionamiento irregular, la víctima sufriera sacrificios desproporcionales en beneficio de la sociedad.

¿En qué falta incurre el Ministerio Público en los casos de prisión preventiva culminada por vencimiento del plazo máximo de investigación y prescripción? En el deber de emplearla de forma cautelar y excepcional. La obligación se deriva del código procesal penal, del derecho a la presunción de inocencia y del principio de libertad, pues los citados caracteres son garantías implícitas, revestidas de igual constitucionalidad, de dichas prerrogativas. Por tanto, si el órgano persecutor tiene el deber de garantizar los derechos fundamentales y de someterse al ordenamiento jurídico dominicano, es responsable de sujetarse a los cánones mencionados. De ahí que incumple sus obligaciones de sujeción al ordenamiento jurídico si no se sujeta a los principios mencionados

Lo primero que hay que destacar es que, ante el hipotético escenario de solicitud de una medida de coerción, el deber ser es que se presente una acusación para continuar con la audiencia preliminar. Atendiendo a que la prisión preventiva tiene como fin garantizar las fases siguientes del proceso penal, es anormal que termine por la prescripción o el vencimiento del periodo máximo de investigación. Es por ello inclusive que los plazos de investigación se acortan una vez concedida cualquier medida de coerción, pues el legislador supone que el requerimiento ha de estar terminado. De ahí que, permitir el vencimiento de la investigación o la prescripción en ese escenario es una falta grave de cualquier fiscal. Aquello porque, con la omisión de presentar la acusación en esas circunstancias, no solo se ha impedido la realización de los fines del proceso penal, es decir, la producción de una sentencia donde se declara o descarte la culpabilidad del imputado, sino que también se ha sacrificado en vano la libertad de este último. Esto configura un atentado contra el espíritu de la norma, quebrantando el órgano persecutor su deber de velar por las libertades fundamentales y sujetarse al ordenamiento jurídico en su proceder.

Por tanto, si cualquier funcionario del Ministerio Público pide para un procesado prisión preventiva, siéndole concedida, y luego la investigación caduca o prescribe la acción, sin solicitar antes la liberación del imputado, actúa en indolente desnaturalización del carácter cautelar de la prisión preventiva que ha de respetar. Permite de esa manera que la

63 Ver el artículo 57, párrafo I, de la Ley Num.107-13 Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo

64 Miguel Bautista. Panorámica sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la República Dominicana. Publicado en *Abogado SDQ*. Disponible en <https://abogadosdq.com/panoramica-sobre-la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-en-la-republica-dominicana/> (Consultado el 22/04/2024)

reclusión del imputado no sea para garantizar la viabilidad del proceso, por cuanto no presento el requerimiento que hubiese dado lugar a la siguiente fase del procedimiento. En consecuencia, hace de su confinamiento algo carente de razones y arbitrario. Si el Ministerio Público tiene la obligación de garantizar el derecho a ser libre y la presunción de inocencia, de los cuales se deriva la prerrogativa de no ser apresado hasta la decisión definitiva, incumple esa obligación si mantiene un preso al vencimiento de los plazos. En efecto, está privándole de su libertad, sin sentencia condenatoria, más allá de lo necesario, por cuanto nunca hubo proceso que lo hiciera tal.

En síntesis, si el Ministerio Público tiene el deber de emplear la prisión preventiva de forma cautelar, es decir, «dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso»⁶⁵, estando sujeta a la regla de que el imputado comparece libre al juicio, entonces incumple ese cargo si prescribe la acción o se vence la investigación en los procedimientos donde existen presos preventivos. Cumple esa obligación de tres maneras distintas: 1) Puede nunca solicitar la medida de coerción ante la previsión de no presentar el requerimiento respectivo en la fecha límite; 2) Podría igualmente solicitar el cese de la prisión preventiva ante la posibilidad de vencerse los plazos, en respeto al principio de excepcionalidad que la rodea y que llama a tomarla si es necesario, pues ante tal hipótesis deviene en innecesaria; y 3) finalmente, es capaz de presentar la acusación, en consonancia con el fin cautelar que rodea las medidas de coerción.

¿Qué sucede con el imputado que sufrió la prisión preventiva luego que el proceso haya terminado en archivo por falta de pruebas? Ante esta situación podríamos emplear el análisis anterior. Las medidas de coerción son un instrumento procesal excepcional, por lo cual, no deben utilizarse necesariamente durante la etapa preparatoria. Ahora bien, en caso de que, hipotéticamente, un fiscal solicite una medida de coerción y le sea concedida, el deber ser de dicho funcionario es, debido al fin instrumental y cautelar que legitima la prisión preventiva, impulsar el procedimiento y presentar la acusación, no archivar por falta de pruebas. Más inclusive cuando uno de los requisitos para imponer la prisión preventiva es la constancia de indicios que permitan sostener razonablemente la culpabilidad del imputado, impidiendo su empleo para acusaciones frívolas. El fiscal que, en un escenario hipotético, proponga la medida de coerción afirmando tener, no solo elementos que permitan afirmar la probabilidad de que el imputado sea autor o cómplice, sino el suficiente sustento probatorio para retener su responsabilidad penal, y luego archive argumentando que esas mismas evidencias no son suficientes siquiera frente al embate de una audiencia preliminar, actúa en falta grave.

En efecto, violentaría la dimensión cautelar y excepcional que rodea la prisión preventiva, pues hace del confinamiento algo innecesario y sin finalidad legítima. Aquello porque nunca existieron las pruebas que sostuviesen la autoría o complicidad del procesado, ni el propósito instrumental de garantizar las futuras fases del procedimiento. Sobre todo, incumple el deber de retener al procesado hasta donde sea

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014

necesario, en vista del principio de comparecer al juicio libre y la excepcionalidad de la prisión preventiva. No obstante, este razonamiento se refutaría con la excusa de la fuerza mayor, que excluiría la falta. En efecto, podría afirmarse que existían las pruebas para retener su razonable culpabilidad, pero que transcurridas las investigaciones aparecieron elementos que le sustrajeron todo su peso probatorio, haciendo inviable una futura acusación. Dentro de tales hipótesis, no puede culparse a los miembros del Ministerio Público, pues aún concedida la medida de coerción, el plazo de investigación sigue abierto y, por ende, pueden aparecer elementos nuevos de prueba que destruyan las existentes. Sin embargo, entendemos que aun en esos casos, los procesados tienen el derecho de ser indemnizados bajo el fundamento de la responsabilidad objetiva.

Retomando la noción de responsabilidad objetiva, esta forma de evidenciar la antijuridicidad del daño es en principio la excepción y no necesita un vínculo de causalidad entre la Administración y el afectado. En efecto, la misma se acredita tomando en cuenta si en el caso concreto: «a) Se somete a personas a situaciones de peligro; y b) existen, derivados de ese sometimiento, sacrificios especiales, para el beneficio del interés general, que rompen el principio de igualdad ante las cargas públicas, rompiendo el equilibrio que debemos tener todos los ciudadanos frente a estas»⁶⁶. En síntesis, la víctima debe ser sometida a un peligro por una actuación administrativa y sufrir un daño que no tenía la obligación de soportar por el principio de igualdad ante las cargas públicas. Es decir, que no ha de existir un deber de tolerar el perjuicio, en el ordenamiento jurídico, cuyos sujetos obligados sean los ciudadanos.

En el caso de todo aquel ciudadano que sufra los perjuicios de una prisión preventiva culminada en archivo por falta de pruebas, encontramos los requisitos para retener la responsabilidad objetiva del órgano persecutor. Empecemos enfatizando que el Ministerio Público, al hacer uso de su facultad administrativa consistente en ejecutar la política criminal mediante la acción penal, en el caso del pedimento de la prisión preventiva está sometiendo al procesado al riesgo de que su confinamiento devenga en una detención arbitraria, en caso de no presentarse la acusación. En segundo lugar, se consume dicho temor, porque el imputado sufre ese sacrificio cuando el proceso termina en archivo por falta de pruebas, pues implica que su detención no tuvo el fin procesal bajo el cual se legitimó, o sea, garantizar las fases siguientes del procedimiento, atendiendo a que no hubo tales. Finalmente, ninguna norma del ordenamiento jurídico establece el deber de los ciudadanos de soportar el encarcelamiento preventivo aún la investigación termine por falta de pruebas. Lo anterior, debido a que ese sacrificio solo se prevé para garantizar las fases del procedimiento siguiente a la acusación, conforme a su principio cautelar. Por tanto, como se somete al procesado al peligro que su confinamiento sea en vano, y este riesgo se cumple a pesar de la normal actuación de los fiscales, puesto que al archivar no se impulsa el procedimiento, y no existe norma que establezca la obligación del imputado de soportar ese sacrificio en esa situación, este tiene un derecho a ser indemnizado bajo la dimensión objetiva de la responsabilidad patrimonial.

66 Sigmund Freud Mena. Ley Num.107-13, comentada y anotada, Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. (Santo Domingo: Librería Jurídica internacional, 2016), 625

Este análisis es extrapolable para retener la responsabilidad objetiva del Ministerio Público en los casos de prescripción de la acción penal y vencimiento del plazo máximo de investigación si se dudase de la falta personal de los fiscales. En efecto, en ambos casos estamos frente al sometimiento del imputado al peligro que su confinamiento devenga en arbitrario, violando su derecho a la libertad. En suma, se presenta la consumación del riesgo, pues el apresamiento devino en ilegítimo porque no se cumplió el fin procesal, y ninguna normativa establece la obligación del ciudadano de soportar el daño en esa hipótesis.

4.2.3 Un nexo de causalidad

Hemos establecido el daño y la actuación antijurídica del Ministerio Público en los casos de prescripción y vencimiento del plazo máximo de la investigación. El perjuicio consiste en la privación de libertad y la antijuridicidad en el incumplimiento del deber de emplear la prisión preventiva de forma cautelar y excepcional, garantizando el principio de libertad, al omitir presentar la acusación en el plazo cuando le fue concedida una medida de coerción. Ahora bien, ¿existe un nexo de causalidad entre el daño y la falta en esos casos? La doctrina nos dice que la causalidad supone

La existencia de una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, siendo una condición indispensable para que pueda atribuirse a ella el deber de resarcir dicho daño... Para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es

decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Sólo en esos casos puede decirse, con rigor, que una actividad tomada en consideración constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño, la verdadera causa del mismo.⁶⁷

Considerando que el Ministerio Público tiene el deber de actuar conforme con la constitución y el ordenamiento jurídico, garantizando los derechos fundamentales, existe un nexo de causalidad entre el actuar antijurídico y el daño realizado. En efecto, si el fiscal hubiese procedido conforme al carácter cautelar y excepcional de la prisión preventiva y en respeto al principio de libertad en el proceso penal, el confinamiento del imputado no hubiese devenido en arbitrario. La razón radica en que si se comportase conforme a derecho habría: o bien presentando la acusación en cumplimiento del fin instrumental de las medidas de coerción; o hubiese solicitado la liberación del imputado frente a la previsión de prescripción o vencimiento del plazo máximo de la investigación, en consonancia con la noción de excepcionalidad. En otras palabras, de haber operado conforme al ordenamiento jurídico, no se configuraría el daño ilegítimo a la libertad del acusado, ya que no devendría la detención en arbitraria.

V. Conclusión

Tras haber recorrido las bases de la prisión preventiva y el rol del Ministerio Público en su aplicación hemos podido concluir que aquel tiene el deber de emplear esta medida de coerción bajo un lente excepcional, cautelar, provisional y judicial, por cuanto estas características fungen como garantías

67 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Vol II (Madrid: Thomson Reuters, 2020), págs. 425-426

fundamentales implícitas al derecho a la libertad y la presunción de inocencia. Dichas prerrogativas son de obligatorio respeto y cuidado por parte del órgano persecutor debido a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En base a este presupuesto, ciertamente es posible retener su responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la prisión preventiva derivada en archivo por falta de pruebas, prescripción de la acción penal y vencimiento del plazo máximo de investigación. En efecto, en el primer caso se retiene bajo la vertiente objetiva, en tanto que el imputado no tiene el deber jurídico de soportar el daño. Por otro lado, en los demás casos concurre un daño manifestado en el encarcelamiento del procesado, producido por el incumplimiento del fiscal del deber de emplear la prisión preventiva de forma excepcional y cautelar que, si hubiese actuado conforme al ordenamiento jurídico, el perjuicio ilegítimo no se hubiese producido.

La consecuencia más evidente de este planteamiento es que el órgano persecutor se encuentra en la obligación de reparar el daño. Dicho resarcimiento debe ser, ante todo, justo y proporcional al daño que se produjo por la actuación antijurídica. Bien señala el maestro Roberto Medina Reyes, «la indemnización otorgada por los órganos y entes públicos debe ser justa, es decir, apta, coherente y proporcional con los daños o perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la actividad administrativa»⁶⁸.

La prisión preventiva es el mayor sufrimiento para una persona inocente, pues se les somete a limitaciones a su autonomía, planes de vida y desarrollo de su personalidad sin haber mediado una sentencia que legitime esa carga. El Ministerio Público, en consecuencia, debe ser cauta al solicitarla y vigilante cuando le es concedida, pues de su desnaturalización deriva una condena anticipada, lo que se traduce en una detención arbitraria contraria a la presunción de inocencia y el derecho de libertad. Si el ente persecutor es garante de la constitución, tiene el deber de prevenir esas violaciones constitucionales. De ahí que cuando emplee la prisión preventiva en desmedro del carácter cautelar, excepcional, provisional y judicial que la moldea, contraría el ordenamiento jurídico, pues colabora para que se produzca una pena sin juicio. Es por ello por lo que, si queremos que todos los órganos estén sujetos a la constitución, deban los fiscales responsabilizarse de indemnizar los daños que produzca cuando, en el ejercicio de la acción penal, quebrante dichos principios constitucionales, delimitadores de la prisión preventiva.

Referencias

Alberto Binder. «Principios Generales para la Comprensión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana», en Derecho Procesal Penal de Claudio Aníbal Medrano, José Saul Taveras, Rafael A. De Jesús y Sarah Veras Almánzar. (coordinadores). Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2018.

68 Roberto Medina Reyes «Los derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública». En Víctor Rafael Hernández-Mendible (coordinador). Décimo aniversario de la ley 107-13, que regula los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2024), p. 142

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/110 sobre Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, de fecha 14 de diciembre de 1990.

Constitución política de la República Dominicana, promulgada el 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial núm. 10805, publicada el 10 de julio de 2011.

Código Procesal Penal, promulgado el 13 de enero del 2015. Gaceta Oficial núm. 10791, publicado el 10 de febrero del 2015.

Chanel Liranzo. La prisión preventiva. Publicado en el portal web del periódico el Caribe en fecha 22 de marzo del 2023. Extraído de: <https://www.elcaribe.com.do/opiniones/la-prision-preventiva/>

Redacción CDN. Mora judicial permite que más de 2,500 casos criminales concluyan sin juicio ni sentencia. Dato extraído de reportaje especial publicado en el portal web del periódico CDN en fecha 5 de agosto del 2024. Extraído de: <https://cdn.com.do/investigacion/mora-judicial-permite-que-mas-de-2500-casos-criminales-concluyan-sin-juicio-ni-sentencia/> (Consultado el 12 de agosto del 2024).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero contra Ecuador: Excepción Preliminar/Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras: Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela: Excepción Preliminar/Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. Vs. Perú: Excepción Preliminar/Fondo/Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile: Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina: Excepciones Preliminares/ Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú: Excepciones Preliminares/Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Romero Feris Vs. Argentina: Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de octubre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández Vs. Argentina: Excepción Preliminar/Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jenkins Vs. Argentina: Excepciones Preliminares/Fondo/ Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2019.

- Duward V. Sandife y Ronald Scheman L. Fundamentos de la libertad. Ciudad de México México: Uteha, 1967.
- Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2005.
- Eduardo Jorge Prats. Derecho Constitucional, Volumen II. Santo Domingo, República Dominicana: Ius Novum, 2012.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Volumen II. Madrid, España: Thomson Reuters, 2020.
- Frey mi Collado Morales. «La responsabilidad de los funcionarios públicos en la ley núm. 107-13: reflexiones sobre su necesaria delimitación», en: Décimo aniversario de la ley 107-13, que regula los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, coordinado por Víctor Rafael Hernández-Mendible. Santo Domingo, República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, 2024
- Julio B.J Maier. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 2004.
- José Manuel Maza Martín. «La prisión preventiva», en: La constitucionalización del proceso penal, coordinado por Claudio A. Medrano. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2021.
- José Alejandro Vargas Guerrero. «Comentarios al artículo 40, numerales 8 y 9», en: La constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del Poder Judicial, coordinado por Hermógenes Acosta de los Santos. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2021.
- José Esteve Pardo. Lecciones de Derecho administrativo, 10a ed. Barcelona, España: Marcial Pons, 2021.
- Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, promulgada el 24 de julio del 2013. Gaceta Oficial núm. 10722, publicada el 8 de agosto del 2013.
- Ley No. 133-11 Orgánica del Ministerio Público, promulgada el 7 de junio del 2011. Gaceta Oficial núm. 10621, publicada el 9 de junio del 2011.
- Mónica Pinto. «El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos», en: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, coordinado por Martín Abregú y Christian Courts. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 1997.
- Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo, Parte General. Madrid, España: Tecnos, 2010.

Miguel Bautista. Panorámica sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado en la República Dominicana. Publicado en AbogadoSDQ. Disponible en <https://abogadosdq.com/panoramica-sobre-la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-en-la-republica-dominicana/>

Roberto Medina Reyes. El derecho a una indemnización justa. Publicado en el portal web del periódico Acento en fecha 7 de marzo del 2020. Extraído de: <https://acento.com.do/opinion/el-derecho-a-una-indemnizacion-justa/>

Roberto Medina Reyes «Los derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública» en: Décimo aniversario de la ley 107-13, que regula los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo coordinado por Víctor Rafael Hernández-Mendible. (Santo Domingo, República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, 2024.

Sigmund Freud Mena. Ley Num.107-13, comentada y anotada, Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. Santo Domingo, República Dominicana: Librería Jurídica internacional, 2016.

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

Suprema Corte de Justicia (SCJ). Tercera Sala. Sentencia núm. 033-2021-SSEN-00120, dictada en fecha 24 de febrero de 2021.

Tribunal Constitucional de Alemania, Decisión núm. 36 BVerfGE 264, de fecha 12 de diciembre de 1973.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STCE/33/1999, de fecha 8 de mayo del 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Shishkov contra Bulgaria: Fondo/ Reparaciones y costas, Sentencia del 9 de enero del 2003.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0059/13, de fecha 15 de abril del 2015.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0380/15, de fecha 15 de octubre del 2015.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0154/17, de fecha 5 de abril del 2017.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0092/19, de fecha 21 de mayo del 2019.

Judicialización de la política: excesos del control jurisdiccional de constitucionalidad y evaluación del sistema dominicano

Joel David García¹

Recibido: 30 de abril de 2024– Aceptado: 21 de octubre de 2024

Resumen

El control jurisdiccional de la constitucionalidad es vital para el Estado de derecho, pero tanto la ideología detrás como los sistemas que le dan vida vienen acompañados de implicaciones que podrían considerarse antidemocráticas y antirrepublicanas, lo que hace de esta figura muy controversial. En el presente ensayo se observan y analizan los argumentos tanto a favor como en contra de la proliferación del control jurisdiccional de la constitucionalidad para determinar los méritos o deficiencias de estos. Asimismo, se evalúa la preparación del marco constitucional dominicano para lidiar con la polémica. A lo largo del ensayo se esgrime que los desafíos e implicaciones antirrepublicanos y antidemocráticos del control jurisdiccional de la constitucionalidad no son ínsitos de la figura, sino que surgen a partir de los fracasos, ambigüedades y vacíos del marco constitucional en el cual opera y que, si bien el ordenamiento dominicano no es totalmente impermeable a todas las posibles situaciones que podrían desbordar el balance del sistema de frenos y contrapesos y la separación de poderes, se ha evidenciado que el marco constitucional nacional está bien preparado para garantizar el equilibrio en el sistema y soslayar cualquier escollo que se presente en el ejercicio de sus funciones.

Palabras clave: control jurisdiccional de la constitucionalidad, judicialización de la política, frenos y contrapesos, marco constitucional.

¹ Estudiante de último año de la Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Campus Santiago. Dominicano. Correo electrónico: joeldga77@gmail.com

Abstract

While judicial review is a vital figure in the legal constitutional framework, both the ideology and systems that bring it to life come with several implications that could be considered antidemocratic and antirepublican, which makes this figure object of much controversy. Throughout this essay, the arguments in favor of and against the proliferation of judicial review are analyzed to determine their soundness. Additionally, the preparation of the Dominican constitutional framework to deal with the controversies will be evaluated. This paper defends the notion that the challenges and antirepublican and antidemocratic implications of judicial review aren't intrinsically part of the figure, rather they arise from the failures, ambiguities, and legal voids of the constitutional framework in which it operates. Also, while the Dominican legal system isn't entirely impervious to all possible scenarios that could arise to upset the checks and balances and the separation of powers, evidence thus far has shown that the national constitutional framework is well prepared to guarantee equilibrium in the system and avoid any bumps in the exercise of its functions.

Keywords: *judicial review, judicialization of politics, excesses, constitutional framework.*

I. Introducción

Desde su introducción al marco constitucional por medio de la sentencia *Marbury vs. Madison*, el *judicial review*, en castellano llamado control jurisdiccional de la constitucionalidad, ha sido considerado como uno de los pilares del constitucionalismo moderno debido a su rol en el sistema de frenos y contrapesos y la separación de poderes. Sin embargo, esta vital figura ha sido objeto de mucha contención y controversia en el mundo del derecho puesto que, en ojos de muchos, esta institución – cuyo propósito bien puede deconstruirse como el mantenimiento del balance en el ejercicio del poder— podría socavar el mismo orden que busca conservar cuando es abusado y tomado para fines políticos, algunos yendo tan lejos hasta tildarlo de antirrepublicano y antidemocrático.

En virtud de dicha polémica, sería razonable y sensible hacerse varias interrogantes. Desde un punto de vista doctrinal, ¿son legítimas las críticas a esta importante noción? De serlo, ¿son los beneficios traídos por la figura, superiores a los desafíos y riesgos? ¿Debería

el control jurisdiccional de la constitucionalidad seguir siendo dado por sentado? ¿Es el control jurisdiccional de la constitucionalidad ínsitamente antidemocrático y antirrepublicano o son estas etiquetas contingentes a cada sistema jurídico? Asimismo, en atención a la patria, ¿está el sistema constitucional y legal dominicano equipado para lidiar con todos estos escollos?

En esta disertación, para resolver las cuestiones mencionadas, en una primera sección se abordan como eje central ambas posturas del debate: aquella a favor del control jurisdiccional de la constitucionalidad y aquella en contra, y ello mediante una revisión doctrinal del tópico de referencia, mientras se presentan ejemplos de alegados abusos del control jurisdiccional de la constitucionalidad. Posteriormente, y a partir de las conclusiones alcanzadas en la sección anterior, se realiza una evaluación de la preparación del marco constitucional legal dominicano vis à vis los posibles desafíos que puedan surgir en torno al ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad.

II. Revisión doctrinal

Los méritos del control jurisdiccional de la constitucionalidad son ampliamente conocidos en el mundo del derecho constitucional, desde su rol en situar al Poder Judicial como un auténtico poder del Estado a la par con el Ejecutivo y el Legislativo, hasta su significación como contrapeso a los excesos de los demás poderes y defensor de la constitución². Sin embargo, no está de más enunciar qué dice la doctrina en torno a esta importante figura, especialmente en lo que concierne al surgimiento del Poder Judicial y la jurisdicción constitucional como actores determinantes en el mundo de la política, y a la defensa del control jurisdiccional de la constitucionalidad vis à vis la plétora de argumentos que han surgido en su contra. Dicha revisión contemplará tanto el control concentrado como el control difuso de la constitucionalidad.

En primer lugar, es imperativo reconocer que, en la doctrina constitucional contemporánea, la proliferación del control jurisdiccional de la constitucionalidad es vista como el producto de un fenómeno jurídico más amplio denominado judicialización de la política. Este término, generalmente dotado de una connotación negativa, es definido por los catedráticos chilenos Claudio Alvarado Rojas y Luis Silva Irrarrázaval³, citando a Couso⁴, como el:

(...) proceso mediante el cual las cortes y los jueces elaboran o llegan a dominar cada vez más la elaboración de políticas que antes eran formuladas (o se creía ampliamente que debían ser formuladas) por otras ramas del Estado, en especial por la legislatura y los ejecutivos.

En esencia, se refiere a la creciente injerencia de los tribunales en la articulación y determinación de asuntos políticos controvertidos particularmente en el campo de derechos fundamentales como la libertad de expresión, los matrimonios del mismo sexo, derechos reproductivos, políticas públicas, etc.⁵.

En conjunto, todo lo previamente expuesto implica, según el criterio del doctrinario David Boies, que los juzgados contemporáneos gozan de una de las concepciones más desarrolladas y amplias de la independencia judicial⁶, lo cual influye en las manifestaciones prácticas de otros principios elementales del derecho⁷.

Desarrollando esta línea de pensamiento se sitúan los autores chilenos Alvarado Rojas y Silva Irrarrázaval, quienes proponen como uno de los causantes de este fenómeno a la interpretación expansiva de la constitución y, por consiguiente, de los principios y derechos que se desprenden de esta, como lo son su

-
- 2 KLATT, Matthias. Judicial review and institutional balance. En: *Revus* [En línea], vol. 38 | 2019, En línea desde 30 abril 2019, [consulta en: 22 julio 2023]. (DOI <https://doi.org/10.4000/revus.5180>) Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/5180>
 - 3 ALVARADO ROJAS, Claudio y Luis SILVA IRARRÁZAVAL. Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política? En: *Revista Ius et Praxis* [en línea]. Santiago (Chile). Año 26, Nº 2, 2020, pp. 32 – 54. Vía vLex. [consulta: 9 julio 2023] (ISSN 07 17 – 2877). Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdici%3%BDn+de+la+pol%3%ADtica/vid/supremacia-constitucional-derechos-sociales-851403839>
 - 4 COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. En: *Rev. cienc. polít.* (Santiago) [online]. 2004, vol.24, n.2 [citado 2023-07-11], pp.29-48. ISSN 0718-090X. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2004000200002>
 - 5 HIRSCHL, Ran. "Juristocracy"-- Political, not Juridical. En: Penn State University Press. *The Good Society*. 2004, Vol. 13 no. 3, p. 6-11. Project MUSE, [consulta: 9 de julio de 2023]. (doi:10.1353/gso.2005.0020) Disponible en: <https://muse.jhu.edu/pub/2/article/181442/pdf>
 - 6 Es necesario hacer la salvedad que, si bien tener competencias más amplias podría en teoría aumentar la independencia y la supremacía judicial, esto no siempre es el caso y se han visto realidades en las cuales la ampliación de las competencias jurisdiccionales de los tribunales ha resultado ser una trampa para politizar la justicia y dar lugar a excesos, abusos o mal usos del poder de la jurisdicción constitucional.
 - 7 BOIES, David. Judicial Independence and the Rule of Law. En: *Journal of Law & Policy* [en línea]. 2006, Vol. 22 No. 57, pp. 57-70. Disponible en: [PDF] wustl.edu

supremacía, el imperio de la ley, el Estado de derecho, la independencia judicial y los derechos humanos, etc.⁸. Dicha exégesis, consideran ellos, le permite al juez atribuirse facultades que generalmente se consideraba pertenecían al legislador.

Esta apropiación de las funciones del legislador y empoderamiento por parte de los jueces se puede efectuar de tres maneras: la activista, por delegación y por defecto. Los detractores de la judicialización de la política identifican a la activista, conocida formalmente como activismo judicial, como una de las formas en las que la jurisdicción constitucional incurre en excesos en nombre de la defensa de la Constitución. Esta figura es definida por Jimena Conde Jiminián⁹, citando a Marco Feoli¹⁰, como

[...] un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales.¹¹

Esencialmente, esta figura se refiere a la manifestación práctica de la expansión del poder de los jueces a través de sus interpretaciones de la ley y de la Constitución.

En contraste con el activismo judicial, donde los jueces actúan por *motu proprio* a partir de un sentido de conciencia social y deseo de justicia, los empoderamientos por delegación y por defecto ocurren cuando es el legislador quien deliberadamente se quita facultades y se las encomienda al juez¹². En el empoderamiento por delegación, el legislador le otorga facultades al juez con el expreso objetivo de que este cumpla objetivos de política pública previamente definidos. Esto se hace cuando el legislador reconoce que los jueces están mejor equipados que el poder legislativo para lidiar con cierta clase de problemas, por lo cual habilitan funciones que el juez no poseía anteriormente para que este pueda resolver el asunto en cuestión, cualquiera que sea.

El ejemplo vivo de esto es la potestad que tienen la mayoría de los poderes judiciales de crear sus propios reglamentos y de determinar las cuestiones administrativas internas¹³. Un ejemplo de esto en el ordenamiento jurídico dominicano se encuentra en el artículo 4 de la Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos

8 ALVARADO ROJAS, Claudio y Luis SILVA IRARRÁZAVAL. Supremacía constitucional y derechos sociales. Op. cit.

9 La disertación de la Magíster dominicana en el capítulo titulado «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación» de la obra «La organización del poder para la libertad: Liber Amicorum Milton Ray Guevara de poderes» ofrece una visión general sumamente completa para los fines de este ensayo por lo cual esta se reputa una fuente primaria y su uso a lo largo del texto será prominente.

10 FEOLI, MARCO, «Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?», En: Pensamiento Jurídico, 2015, número 41, San José, pp. 127-162. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/55393/pdf>

11 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», en Revista de Derecho Constitucional, número 8, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional y IDDEC, 2020, pp. 577-631.

12 LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., «Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents», En: *Maryland Law Review*, 2006, número 65, Maryland, p. 13. Disponible en: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3277&context=mlr&httpsredir=1&referer=> El ensayo de la autoría de los doctrinarios estadounidenses provee terminología y conceptos claves para el desarrollo de las ideas expuestas en este escrito. En virtud de esto, su presencia será prominente, especialmente en la exposición de los tipos de empoderamiento judicial.

13 Ibidem. p. 14.

constitucionales, dónde se le otorga potestad reglamentaria sobre su funcionamiento interno al Tribunal Constitucional dominicano¹⁴.

Otra manifestación ilustrativa de la noción de marras, en el contexto de la jurisdicción constitucional dominicana, es la facultad de dictar sentencias interpretativas aditivas «[...]cuando se busca controlar omisiones legislativas inconstitucionales entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión de legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto[...]»¹⁵.

Por otra parte, el empoderamiento por defecto se refiere a cuando el legislador se lava las manos de cara a una controversia pública que usualmente sería competencia suya, pero que por impotencia o falta de deseo no se dedica a abordar el vacío o a actualizar el texto normativo objeto de la contienda, aun estando conscientes de que eventualmente el juez tendrá que intervenir¹⁶.

Los tres tipos de empoderamiento mencionados acarrear efectos que pueden considerarse positivos y negativos. La misma Conde Jiminián, que en general se muestra a favor de la judicialización de la política, el activismo judicial y el uso proliferado del control jurisdiccional de la constitucionalidad, reconoce que la injerencia del Poder Judicial y la jurisdicción constitucional puede vulnerar los derechos y libertades que están llamados a proteger y divorciar el derecho de la realidad social que este regula¹⁷;

entorpecer las actuaciones del Gobierno por mero capricho del juez; socavar la separación de poderes por medio del apropiamiento de la facultad de crear derecho más que solo interpretarlo; y atacar al sistema democrático al darle primacía a la palabra de unos jueces no electos por encima de la de los representantes del pueblo¹⁸.

En relación con esto último se levantan las objeciones antidemocráticas al control jurisdiccional de la constitucionalidad y a la judicialización de la política. Esta controversia fue encapsulada de manera elegante y precisa por Abraham Lincoln en su discurso de posesión, donde proclamó que

Si la política del Gobierno sobre las cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Suprema Corte, en el instante en que así se hace en litigios ordinarios entre partes en acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio amo, al renunciar prácticamente a su Gobierno para dejarlo en manos de ese eminente tribunal.¹⁹

Ante esta sucinta definición aportada por el gran estadista norteamericano, el lector astuto habrá de notar que el señor Lincoln está expresamente definiendo el concepto de judicialización de la política y al mismo tiempo tildándolo de antidemocrático en el mismo mensaje. Asimismo, no se puede dejar

14 REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. Gaceta Oficial, 15 de junio de 2011, No. 10622. Art. 4.

15 Ibidem. Art. 47.

16 LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., «Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents», op. cit. p. 15.

17 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. p. 580.

18 Ibidem, p. 587.

19 BENAVIDEZ VEGA, César Augusto. ¿Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia. En: Estudios de Derecho. Vía vLex. julio 2021 No. 172, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction::DO/judicializaci%C3%B3n+de+la+pol%C3%ADtica/p2/vid/gobierno-jueces-gobierno-pueblo-873589663>

pasar el hecho de que «El gran emancipador» está describiendo el perpetuo e inescapable escollo presentado por la famosa dificultad contramayoritaria, que, en esencia, cuestiona cómo puede ser que las decisiones de los oficiales democráticamente elegidos puedan ser desestimadas en favor de las disposiciones de un grupo de jueces no electos y sin ningún tipo de legitimidad democrática real²⁰.

En consonancia con esto último, Alvarado Rojas y Silva Irrarázaval sostienen que las potestades juristocráticas de los tribunales contemporáneos en su capacidad de aplicar la constitución directamente y en contrariedad a la ley conducen a una relativización del valor de la ley en la cual «la expresión de una voluntad política»²¹, que es la ley, es suplantada por el fallo del juez y cualquiera que sea su interpretación de la constitución.

La consecuencia de estas implicaciones, arguyen Daniel Correa Moncada y Camila Llinás Restrepo, es que los principios y procesos democráticos son menoscabados y el balance del sistema de frenos y contrapesos es desequilibrado.²² Esto se debe, según Jeremy Waldron, uno de los más fervientes opositores del control jurisdiccional de la constitucionalidad, a que los jueces no son responsabilizados políticamente, por lo cual pueden ejercer sus poderes discrecionales sin temor a represalias

del pueblo, razón por la cual pueden fallar como deseen o como sea que interpreten la Constitución y los derechos y deberes que de ella emanan independientemente de la voluntad popular y la de sus representantes directos en las ramas ejecutiva y legislativa²³.

En ese mismo tenor, Lovell y Lemieux, en lo concerniente a la delegación y al defecto, arguyen que, si bien estos dos fenómenos de injerencia judicial no pueden ser considerados culpa de los jueces, que simplemente utilizan el poder que se les otorga, los efectos nocivos a la democracia siguen siendo bastante reales y preocupantes. La delegación y el defecto de funciones discrecionales por parte del legislador a los tribunales les permite a los políticos evitar la toma de decisiones y la asunción de responsabilidades que podrían causar daño a sus ambiciones políticas y les habilita la vía de dejar en manos de los jueces asuntos que podrían o deberían ser abordados desde la legislación. Está de más decir lo perjudicial que esto resulta para cualquier sociedad democrática²⁴.

Sin embargo, cabe destacar que, para cada una de estas posturas, tanto Conde Jiminián²⁵ como los catedráticos norteamericanos ofrecen refutaciones a tomar en consideración. Ambos reconocen que el grado de poder y discreción que tiene cualquier Poder Judicial o jurisdicción

20 GRABER, Mark A. Foreword: From the Countermajoritarian difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. En: *Maryland Law Review* [en línea]. 2006, Vol. 65 No. 1. [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=fac_pubs

21 ALVARADO ROJAS, Claudio y Luis SILVA IRARRÁZAVAL. Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política? op. cit. p. 38

22 CURREA MONCADA, Daniel y Camila LLINÁS RESTREPO. Judicialización de la política: control de constitucionalidad y principios democráticos en conflicto. En: *Universitas Estudiantes*. Vía vLex. julio 2018 No. 18, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction::DO/judicializaci%C3%B3n+de+la+pol%C3%ADtica/vid/judicializacion-politica-control-constitucionalidad-757008065>

23 WALDRON, Jeremy. The Core Case Against Judicial Review. En: *The Yale Law Journal* [en línea]. 2006, No. 115 p. 1346 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf

24 LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., "Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents", op. cit. pp. 6 y 17

25 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. pp. 580-581.

constitucional es proporcional al marco institucional o constitucional del ordenamiento jurídico en el que estos organismos ejerzan sus funciones²⁶.

Una idea recurrente *self-restraint*²⁷ o auto-control²⁸ que consiste, esencialmente, en que los jueces no abusen de sus poderes discrecionales a la hora de realizar interpretaciones y que estas a su vez «se derive(n) del texto [constitucional] de una manera legalmente aceptable [...]»²⁹.

Por esa misma línea, el investigador mexicano Gonzalo Farrera Bravo señala que el fenómeno acarrea el hecho de que los jueces dotados de las nuevas potestades anteriormente aludidas ahora poseen la autoridad para mover las vallas de la discreción de los distintos órganos estatales en lo concerniente a sus relaciones entre sí y frente a los particulares, lo cual representa un vital escollo a cualquier intento de arbitrariedad, discriminación o abuso por parte del Estado³⁰.

Así mismo, Couso arguye que los procesos de judicialización e interpretación expansiva de la constitución realizados por las cortes son ínsitos y consonantes con el robustecimiento de la democracia en el Estado de Derecho, pues son estos los que propician la concretización de las disposiciones constitucionales y les dan vida auténtica a todos los preceptos previamente mencionados³¹.

En ese mismo tenor, Conde Jiminián es de la opinión que el empoderamiento de los jueces es algo netamente positivo pues le permite a la jurisdicción constitucional el servir su rol de garante de las libertades y los derechos fundamentales en todo momento y de una manera plena vis à vis los descuidos y abusos del Estado sin necesidad de esperar el placer del legislador; al momento de resolver conflictos mediante la creación de precedentes vinculantes contentivos de innovaciones procesales, interpretaciones expansivas de derechos y exhortaciones a los demás órganos del Estado de mejorar sus prácticas; ofrecer protección y remedio a los ciudadanos cuyos derechos son vulnerados en maneras que el legislador es incapaz o no está interesado en abordar, efectivamente resolviendo las dificultades levantadas por Lovell y Lemieux al mismo tiempo que optimiza su toma de decisiones frente a los desafíos de la sociedad moderna³².

Los catedráticos norteamericanos citan varios ejemplos en los cuales los tribunales se vieron obligados a intervenir en urgentes asuntos sustantivos a ofrecer remedio y dar garantías a derechos debido a la incapacidad del legislador de llegar a un acuerdo colectivo, siendo los más prominentes la esclavitud, la segregación racial y el aborto³³.

26 LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., «Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents», op. cit. p. 4.

27 Ibidem. p. 16.

28 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. p. 590.

29 Ibidem. p. 590.

30 FARRERA BRAVO, Gonzalo. La judicialización de la política: El caso de México en perspectiva comparada. En: REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA [en línea]. Puebla, (México). Julio-diciembre de 2012, Año VI No. 30, pp. 172-203. Vía vLex. [consulta: 10 julio 2023] (ISSN: 1870-2147) Disponible en: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction::DO/judicializaci%C3%B3n+de+la+pol%C3%ADtica/vid/judicializacion-perspectiva-comparada-414630718>

31 COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. op. cit.

32 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. pp. 580, 586-588.

33 LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., «Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents», op. cit. p. 4.

Adicionalmente, según el catedrático norteamericano Erwin Chemerinsky, una de las principales virtudes del control jurisdiccional de la constitucionalidad se presenta en lo que concierne a la vulnerabilidad de una nación democrática cuando la mayoría usa su poder para oprimir a las minorías disidentes. Las cortes deberían tener la potestad de dar remedios y actuar en justicia para quienes carecen de la autoridad política popular, ya que de lo contrario se arriesgaría a que estos marginados vulneren sus derechos individuales por parte de la mayoría³⁴. Otros autores, como el colombiano Uprimny Yepes³⁵, Conde Jiminián³⁶ y el doctrinario belga Dejonghe Matthias³⁷, también se suscriben a esta tesis.

III. Discusión

Habiendo observado la plétora de posturas en torno al tópico que ocupa este escrito, es posible arribar a conclusiones que respondan las interrogantes planteadas al principio de este ensayo. En primer lugar, ¿son legítimas las críticas al uso proliferado del control jurisdiccional de la constitucionalidad en el contexto actual de la judicialización de la política? En virtud de todo lo que se ha analizado a lo largo de este estudio, la respuesta es afirmativa. Si bien el grado de legitimidad de las objeciones varía, sería muy poco caritativo no reconocer el hecho de que todas surgen a partir de preocupaciones bastante reales sobre los efectos que pueden tener la judicialización de la política, el empoderamiento judicial y

el uso excesivo del control jurisdiccional de la constitucionalidad, principalmente en lo concerniente a la preservación de la democracia y la separación de los poderes.

Sin embargo, el que las críticas sean razonables no necesariamente indica que también sean acertadas. Este es el caso de varias de las objeciones planteadas como lo es la noción de que el control jurisdiccional de la constitucionalidad desestima los actos de la voluntad popular. Si bien existe el riesgo de que el juez socave y erosione el valor de la ley dentro del ordenamiento jurídico, hay varias admoniciones que deben de ser contempladas. Primero, cuando un juez declara inconstitucional una norma en favor de la Constitución, lo hace valiéndose de la supremacía de la Carta Magna, un principio que no puede ser abandonado en favor de la conservación de una norma de inferior categoría. La Constitución siempre ha de estar por encima de la ley y su aplicación debe siempre prevalecer sobre cualquier otra norma de la pirámide.

Por esa misma línea, al ver la crítica, indudablemente debe surgir la cuestión de ¿cuál es la meta esencial del derecho? ¿Cumplir las normas, cualesquiera sean o hacer justicia? La respuesta siempre ha de ser la segunda y es debido a eso que al juez se le otorga el poder que se le otorga.

Adicionalmente, se presume que los jueces no hacen sus interpretaciones y ponderaciones como les venga en gana, sino que, al ser, en

34 CHEMERINSKY, Erwin. In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer. En: *CALIFORNIA LAW REVIEW* [en línea]. 2004, Vol. 92:1013, pp. 1013-1026.

35 YEPES, R. U., «La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos», en Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, número 4, São Paulo, 2007, pp. 52-69. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/sur/a/ZgmvQKYdgyJFCv5hTHDYygS/?format=pdf&lang=es>

36 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. p. 586

37 MATTHIAS, D., «Constitutional Courts: Democracy vs. Juristocracy?», Disertasi pada Fakultas Hukum Universitas Genht, Brussel, 2015. p. 47 Disponible en: https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/490/RUG01-002213490_2015_0001_AC.pdf

principio, los individuos preparados y entrenados precisamente para esa labor hermenéutica del derecho, ellos y ellas llevan a cabo un riguroso ejercicio de los métodos de interpretación y no dan sus veredictos de manera arbitraria. Aún en el hipotético caso que sus veredictos sí fueran basados meramente en la opinión del juez, la mayoría de los sistemas cuentan con contrapesos a la discreción judicial de cada tribunal, de manera que hay filtros de seguridad que evitan que las decisiones arbitrarias de un grupo de magistrados adquieran autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

La otra gran objeción de la cual emanan las críticas al control jurisdiccional de la constitucionalidad es la que apela a las implicaciones antidemocráticas de la figura de referencia. La primera arista de esta objeción es la dificultad contramayoritaria que ya se ha desarrollado en la sección anterior. Para este problema la doctrina ha configurado varios contraargumentos. El primero ya se ha mencionado en este escrito y sostiene que la vía judicial y la jurisdicción constitucional se han vuelto el medio para que las minorías políticas y los grupos marginados puedan hacer valer sus derechos.

El investigador belga Matthias amplía esta noción cuando afirma que el constitucionalismo y la democracia son hasta cierto punto principios incompatibles pues el primero se preocupa por los derechos de la minoría de cara a la mayoría mientras que el segundo se ocupa de que se sigan las disposiciones de la mayoría³⁸. De hecho, es en observancia de esa garantía a los derechos de las minorías que

se revisan las decisiones de la mayoría electa. Efectivamente, se podría decir que el control jurisdiccional de la constitucionalidad es un contrapeso constitucionalmente establecido a la voluntad popular para garantizar la protección de los particulares, lo que hace de su presencia una figura imprescindible para los ordenamientos jurídicos modernos, más aún si se consideran las lecciones aprendidas en el siglo XX. Matthias lo expresó mejor cuando afirmó que «la dificultad contra mayoritaria es el precio que pagamos por nuestra elección por un modelo de democracia constitucional. En definitiva, esta elección fundamental no es cuestionada»³⁹.

En cuanto a las demás aristas del caso en contra del control jurisdiccional de la constitucionalidad debido a su ilegitimidad democrática, muchos doctrinarios han presentado sus tesis en torno a la polémica, pero pocos con el grado de sofisticación y suscitando tantas refutaciones como el previamente citado Jeremy Waldron. Si bien es cierto que el legislador podría servir como garante de derechos y de una manera más democráticamente legítima, por demás, la atribución de ese rol a los jueces y a la jurisdicción constitucional es un nivel extra de garantía a los fines de proteger los derechos a la mayor extensión posible⁴⁰.

Adicionalmente, varias refutaciones han sido configuradas vis à vis los reclamos de ilegitimidad democrática. Conde Jiminián expone que las facultades para inaplicar las acciones democráticamente válidas son de origen constitucional, que a su vez es un texto que en la mayoría de los casos es confección

38 Ibidem. p. 29.

39 Ibidem. p. 29.

40 Ibidem. p. 46.

democrática⁴¹. Las decisiones de las cortes no son democráticas en el mismo sentido que un acto realizado por un oficial elegido directamente por el pueblo como son las leyes y decretos, pero el poder de tomar esas decisiones, aun cuando sean en perjuicio de las expresiones de la voluntad popular, le fue otorgado por el constituyente que no es otro que el pueblo. Por tanto, a todas luces se puede inferir que, si bien la legitimidad de los tribunales no está configurada de manera tradicional, la misma no puede ser reputada como inexistente.

En conjunto, todo esto responde a las cuestiones planteadas al principio del ensayo. Los riesgos de la proliferación del control jurisdiccional de la constitucionalidad son innegables, pero como explica Matthias, aun si se aceptara el hecho de que la figura es esencialmente antidemocrática, la paradoja que representa la inclusión de la figura se ha vuelto un elemento insoslayable del constitucionalismo democrático que gran parte de los Estados han escogido como modelo. Lo mejor que se puede hacer es balancear entre ambos principios de forma que la democracia no se vea excesivamente afectada, pero que tampoco se socaven las garantías en favor de ella.

En esto se reduce la conclusión de este ensayo. Los beneficios del control jurisdiccional de la constitucionalidad son muchos, y los desafíos eludibles, siempre y cuando el marco constitucional que lo regule sea el adecuado para la realidad social y política en la que opera. A todas luces, el consenso doctrinal, tanto entre los detractores como entre los defensores del control jurisdiccional de la constitucionalidad,

es que los excesos y abusos de la figura son proporcionales al actuar de los jueces, y a su vez, el actuar de los jueces es proporcional a los lineamientos determinados por la Constitución y las leyes.

Por tanto, la conclusión lógica es que la causa última de toda controversia en torno al tópico no necesariamente yace en la figura misma ni en su esencia, sino en la concepción y manifestación que esta adopte en el ordenamiento jurídico al que sirve. Como sostiene Conde Jiminián, parafraseando a De Otto y a Ackerman, principios y conceptos como la separación de poderes, a lo cual se pueden extrapolar los que son objeto de este ensayo, dígase, la judicialización de la política, el empoderamiento, el activismo y el control jurisdiccional de la constitucionalidad, no son conceptos «universales y absolutos», sino que adquieren el sentido que cada ordenamiento les haya dado⁴². Esto implica que gran parte de las críticas a estos conceptos son en realidad críticas al ordenamiento que les ha dado la identidad en particular que poseen y no a la figura o concepto en sí mismo.

Pero todo esto es solo en principio y en abstracto, dimensiones en las que se puede argumentar en favor de lo que sea. ¿A qué apunta la realidad en concreto cuando se observan los ordenamientos que sí tienen que lidiar con excesos de la jurisdicción constitucional?

Al momento de escribir, uno de los ejemplos más recientes que ilustran esto último es el Estado de Israel. El 24 de julio de 2023, el gobierno israelí propuso y pasó una reforma

41 CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», op. cit. p. 589.

42 Ibídem. p. 4.

judicial que alteró el orden político de la nación hebrea⁴³. Para los fines de este escrito la parte de la reforma que interesa es aquella en la cual, por medio de una mayoría de 61 votos de un total de 120, el Knesset, el parlamento israelí, puede inaplicar o desestimar una decisión de la Suprema Corte, facultad que aniquilaría el poder de la judicatura en el país de oriente próximo.

La causa de esta reforma, arguyen los proponentes, es que el poder excesivo que posee la Suprema Corte israelí ha coartado la capacidad del gobierno para gobernar⁴⁴. Una evidencia que presentan proponentes de la reforma son las 22 leyes pasadas por el Knesset que la Suprema Corte ha cancelado en los últimos 30 años⁴⁵. Adicionalmente, los proponentes defienden su alegado ataque a la separación de poderes basándose en el hecho de que los jueces israelíes que componen la Suprema Corte son de una alineación política diferente a la de la mayoría de la población representada por el gobierno de turno.

Sería imposible abordar esta controversia con la profundidad y matiz que se merece, pues su alcance es más amplio que los objetos de este estudio. Sin embargo, es imperativo establecer el hecho de que la causa esencial de este aparente conflicto entre democracia

y constitucionalismo es que Israel no cuenta con una constitución escrita⁴⁶, sino con unas llamadas *Basic Laws* que funcionan consuetudinariamente como catálogo de derechos y estatuyen algunos elementos esenciales de la estructura estatal⁴⁷. Esto significa que no existe un marco constitucional que regule en detalle el control jurisdiccional de la constitucionalidad en Israel y en virtud de esa deficiencia institucional es que se han dado los abusos y excesos que los críticos de la figura en Israel han utilizado como soporte a sus argumentos.

Realidades similares se ven en Estados Unidos y en Perú. En los Estados Unidos, a pesar de ser el lugar de origen de la figura de *marras*, el poder de control jurisdiccional de la constitucionalidad no está explícitamente en la Constitución, sino que se presume a partir de la propia jurisprudencia y de la doctrina⁴⁸. Esto implica que regular el ejercicio de esta es inmensamente complicado pues no existen las opciones de control de la discreción de los tribunales. La rigidez de la constitución estadounidense también limita las opciones de los demás poderes para responder a la judicatura. En el caso del Perú, la ley que regula el control jurisdiccional de la constitucionalidad es inadecuada⁴⁹, pues deja muchos vacíos y lagunas que han permitido a los políticos del

43 THE TIMES OF ISRAEL, «Coalition passes 1st judicial overhaul law, limiting review of government decisions», 2023. Disponible en: <https://www.timesofisrael.com/coalition-passes-1st-judicial-overhaul-law-limiting-review-of-government-decisions/#:~:text=After%2029%20weeks%20of%20protests,bill%20of%20the%20government's%20judicial>

44 CONSTITUTIONNET.ORG, «The Israeli Government's Proposed Judicial Reforms: An Attack on Israeli Democracy». Disponible en: <https://constitutionnet.org/news/israeli-governments-proposed-judicial-reforms-attack-israeli-democracy>

45 AMERICAN JEWISH COMMITTEE. What to Know About Israel's Judicial Reforms. Junio 13, 2023 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.ajc.org/news/what-to-know-about-israels-judicial-reforms>

46 CONSTITUTIONNET.ORG, «The Israeli Government's Proposed Judicial Reforms: An Attack on Israeli Democracy». op. cit.

47 AMERICAN JEWISH COMMITTEE. What to Know About Israel's Judicial Reforms. op. cit.

48 TATE, C. Neal. «Judicial Review». Encyclopædia Britannica, 22 julio 2023, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>

49 OROPEZA JUÁREZ, Fressy Danitza. La Problemática de la Revisión Judicial en el Procedimiento de Ejecución Coactiva en el Perú: Análisis y Aportes. En: Esan Graduate School of Business [en línea]. Universidad Esan, Lima, 14 de mayo 2021 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/2383/2021_MAFDC_15-2_05_T.pdf?sequence=2&isAllowed=n

país el tornar la figura en un arma política que utilizan para hacerse daño entre ellos⁵⁰.

Todo esto comienza a sustentar la conclusión de este ensayo. Los ejemplos citados son solo algunos bastante prominentes en la actualidad, pero la realidad parece indicar que en los casos de exceso son más propensos a ocurrir en estados con un marco constitucional donde la regulación de la figura de marras es insuficiente o inexistente y hay una deficiencia institucional que detona la controversia, y no porque el control jurisdiccional de la constitucionalidad ínsitamente lleve a excesos y abusos.

IV. Evaluación del marco constitucional dominicano

Ya que se ha establecido que los desafíos e implicaciones antirrepublicanas y anti-democráticas del control jurisdiccional de la constitucionalidad no son ínsitas de la figura, sino que surgen a partir de los fracasos, ambigüedades y vacíos del marco constitucional en el cual operan, es razonable preguntarse cuán bien preparado está el marco constitucional dominicano para lidiar con la polémica de marras. Por razones de practicidad, el análisis se centrará exclusivamente en el sistema de control concentrado de la República Dominicana.

Para esos fines se utilizarán los seis criterios de reducción de riesgos de la ampliación de la jurisdicción constitucional expuestos por el doctrinario venezolano José Ignacio Hernández⁵¹, los cuales aportan un paradigma

bastante sólido a partir del cual evaluar los riesgos de exceso de una jurisdicción de control de constitucionalidad. Dichos parámetros se medirán con respecto al órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad en República Dominicana, el Tribunal Constitucional, analizando las normas que lo regulan y algunos de los precedentes que este tribunal ha dictado a largo de los años relacionados al tópico.

Antes de evaluar el sistema que rige el control de constitucionalidad en la República Dominicana, es imperativo conocerlo. En la República Dominicana se contemplan ambos tipos de control de constitucionalidad, difuso y concentrado, como establecen los artículos del séptimo título de la Constitución. Mientras que el difuso queda a cargo del Poder Judicial, el control concentrado está en manos del Tribunal Constitucional (en lo adelante, simplemente «TC»). Este órgano extrapoder y principal defensor de la Constitución fue creado por el séptimo título de la Constitución Dominicana de 2010, que abarca los artículos 184 hasta el 189, y regulado por la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales, que, como su nombre infiere, expande y detalla el funcionamiento del TC a partir del texto constitucional.

En estos textos normativos se describen la conformación, atribuciones y funcionamiento del TC y se estatuyen varios principios que sirven de base para entender la naturaleza del marco constitucional del control de

50 VELASQUEZ CASTRO, M. S., «El empleo de mala fe en la demanda de revisión judicial afecta el procedimiento de ejecución coactiva en la Municipalidad de Independencia período 2021», Universidad Peruana de Las Américas, 2022. [En línea]. Disponible en: <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2015>

51 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. En: *Revista Iuris Forum* [En línea]. PUCMM. Enero – julio 2021, 25 de julio de 2021, p. 74 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/Documents/revista-iuris/RevistaIurisForum-Numero-1.pdf>

constitucionalidad en la República Dominicana. Estos principios se basan en la descripción explícita en la Constitución del rol del TC como garante de la supremacía constitucional, defensor del orden constitucional y protector de los derechos humanos. De igual modo, se establece que las sentencias emitidas por este Tribunal «son definitivas, irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado»⁵².

Asimismo, en los artículos subsecuentes, al TC se le atribuye la facultad de conocer acciones de inconstitucionalidad directas contra todas las disposiciones normativas de menor jerarquía en la pirámide de Kelsen a solicitud del Ejecutivo, una tercera parte de cualquiera de las cámaras legislativas o de un particular con intereses legítimos y jurídicamente protegidos⁵³. Otras competencias del TC incluyen el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, los conflictos de competencia, el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales y el recurso de revisión de sentencias de amparo. De igual modo, se determina la cantidad de jueces del TC (13 magistrados y magistradas) y la mayoría necesaria para adoptar una decisión (9 votos a favor)⁵⁴.

Por su parte, la Ley núm. 137-11 es el texto que desarrolla los artículos constitucionales previamente citados acorde a las reservas de ley contenidas en los artículos 185 acápites 4 y 189. A lo largo de esta ley se expanden y

desglosan todos los preceptos establecidos en los artículos constitucionales especialmente en lo concerniente a los fundamentos, estructura y procedimientos reguladores relativos al funcionamiento del TC, las acciones que puede conocer y cómo puede conocerlas.

Visto el marco institucional alrededor del cual se lleva a cabo el control jurisdiccional de constitucionalidad en República Dominicana, es posible pasar a evaluarlo vis à vis los criterios del profesor venezolano. Los seis criterios que propone Hernández para reducir los desafíos que acompañan la expansión de la jurisdicción constitucional son la conformidad y solidez del diseño constitucional legal con respecto a la Constitución; el diseño de los procedimientos que regulan la jurisdicción constitucional; el procedimiento de selección de los jueces del TC; la derivación del ejercicio de la jurisdicción constitucional en instituciones informales o frágiles; la moderación del ejercicio del TC; y la apertura del ordenamiento constitucional a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (abreviada Corte IDH)⁵⁵.

El primer criterio que menciona el doctor Hernández hace alusión a la adecuación y correspondencia entre la jurisdicción constitucional y las normas que la regulan⁵⁶. Dicho de otro modo, lo que este criterio evalúa es la calidad del diseño normativo que regula el ejercicio de la justicia constitucional, es decir, cuán efectivo es este diseño en su capacidad de claramente determinar lo que a la jurisdicción

52 REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial, 10 de julio de 2015, No.10805. Art. 184

53 Ibidem. Art. 185.

54 Ibidem. Art. 186

55 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. op. cit. pp. 74-76.

56 Ibidem, p. 74.

constitucional le es o no es permitido hacer y la configuración de contrapesos a los posibles abusos de discreción.

De cara a las exigencias de este primer elemento, el ordenamiento constitucional dominicano se muestra sólido. El ejercicio de la jurisdicción constitucional y el control jurisdiccional de la constitucionalidad están limitados a los confines del séptimo título de la Constitución y a las disposiciones de la Ley núm. 137-11, textos normativos que definen y limitan de manera explícita, clara y sucinta las atribuciones y competencias del TC. Esto queda evidenciado en los artículos 184 y 185 constitucionales donde se determina que el TC es el garante de la supremacía constitucional, defensor del orden constitucional y protector de los derechos humanos, el alcance material de lo que tiene competencia para conocer e inclusive se sientan algunas bases procesales que serán desarrolladas por la ley. A propósito de la ley, esta amplía las disposiciones constitucionales de una manera enriquecedora pues se dedica a particularizar y especificar cada aspecto general expuesto en la Constitución.

Unos ejemplos brillantes de esta afinación del texto fundamental en la ley orgánica son los artículos 6, 7, 9, 36 y 37 de dicha norma, en los cuales se define de manera sucinta qué es una infracción constitucional⁵⁷; se estatuyen los principios rectores que fungen de axiomas para el orden constitucional⁵⁸; se reiteran las competencias del TC⁵⁹; y se determinan el objeto del control de constitucionalidad y la

calidad para interponer acciones directas de inconstitucionalidad⁶⁰, respectivamente. En primera instancia, se puede pasar por alto la importancia de que esos conceptos básicos estén expresamente instituidos. Sin embargo, es en aquello que parece más simple que yacen las complicaciones más propensas a causar problemas.

En todo caso, los méritos del diseño constitucional y legal del control de constitucionalidad en la República Dominicana no se reducen simplemente a esclarecer conceptos fundamentales, sino que el legislador anticipó algunas posibles controversias que podrían surgir y dispuso cómo se ha de encontrar la solución. La constatación por excelencia de lo anteriormente expuesto son los párrafos ampliativos del artículo 31 de la Ley núm. 137-11. Estos párrafos abordan las posibles complicaciones que podrían surgir si el TC en algún momento decidiera variar su criterio al sustituir un precedente de su propia creación por otro⁶¹. Esto es, a todas luces, un gran acierto del legislador que se mostró proactivo ante una posible fuente de inseguridad que puede tener efectos nefastos para la sociedad y la democracia de la nación.

El segundo elemento propuesto por el profesor venezolano, alusivo al diseño de los procedimientos que rigen a la jurisdicción constitucional, implica la presencia de normas procesales que doten el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de reglas formales que armonicen el orden con la

57 REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 137-11 op. cit. Art. 6.

58 *Ibidem*. Art. 7.

59 *Ibidem*. Art. 9.

60 *Ibidem*. Arts. 36-37.

61 *Ibidem*. Art. 31.

accesibilidad y la garantía a los entes que buscan remedio en la jurisdicción constitucional. Dentro de este acápite, Hernández menciona con preocupación la ampliación de la legitimidad activa, concepto que se refiere a los límites de la calidad para interponer acciones directas de inconstitucionalidad. Su inquietud gira en torno a la posibilidad de que el permitir que cualquier ciudadano accione directamente en inconstitucionalidad ante el TC, aún si no tiene un interés jurídico auténtico, pueda incrementar los abusos y excesos en el ejercicio del control de constitucionalidad⁶².

Es evidente de dónde surge la intranquilidad del doctor venezolano ante la posibilidad de que los ciudadanos empiecen a interponer acciones directas de inconstitucionalidad sin criterio ni límite alguno. El que los ciudadanos puedan interponer acciones sin calidades especiales podría provocar varias situaciones adversas como una saturación de la jurisdicción constitucional lo cual a su vez podría aumentar el riesgo de que la jurisdicción constitucional conozca litigios y dicte sentencias con efectos antidemocráticos. Un escenario como ese sin dudas desataría las implicaciones antidemocráticas que presentaban autores como Waldron, Lovell y Lemieux, Alvarado Rojas y Silva Irrarázaval y Abraham Lincoln.

En la República Dominicana, tanto en la Carta Magna como en la Ley núm. 137-11 se abordan los criterios para incoar acciones ante el TC. En el artículo 185 constitucional, en su primer inciso, se establece que las acciones directas de inconstitucionalidad pueden ser conocidas a solicitud del presidente de la República,

de un tercio de los diputados o senadores y «de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido»⁶³. Adicionalmente, en el artículo 37 de la Ley núm. 137-11 se reitera palabra por palabra ese último pasaje del artículo constitucional.

Todo esto parecería indicar que no hay lugar a dudas de que para que los particulares puedan interponer el recurso de marras, su calidad debe de estar sustentada por un interés auténtico y que, por consiguiente, el sistema dominicano está cubierto en lo que concierne este riesgo. Sin embargo, el TC, mediante sentencias como la TC/0345/19, ha flexibilizado este criterio hasta el punto de que con simplemente probar el estatus de ciudadanía ya se considera que una persona física tiene calidad para incoar una acción aún si no hay «un perjuicio directamente experimentado por el accionante»⁶⁴.

Esto implica que si bien el marco dominicano no queda tan expuesto a la ampliación de la jurisdicción constitucional como quedaría si se contemplara la acción popular, el precedente sentado por el TC erosiona los cimientos del sistema de control concentrado de constitucionalidad del ordenamiento constitucional dominicano e incrementa no solo el riesgo de que se interpongan acciones con calidad y criterios jurídicos dudosos, sino que también abre la puerta a que el TC pueda alterar la esencia de disposiciones constitucionales que le imponen límites al ejercicio de sus funciones.

El tercer dictamen abordado por Hernández, concerniente al procedimiento de selección de jueces, responde a la eterna e ineludible

62 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. op. cit. p. 74.

63 REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. op. cit. Art. 185.1.

64 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0345/19. pp. 25-26.

molestia que representa el idear un sistema en el cual la designación de un juez por vías políticas no coarte la independencia judicial ni sobre politice la jurisdicción constitucional⁶⁵. Según el criterio de Hernández, los contrapesos a los peligros que le atañen a este proceso pueden realizar las designaciones de jueces en base a «mayorías calificadas y en procedimientos abiertos y transparentes que permitan el control ciudadano sobre todo el procedimiento de designación y la inclusión de criterios de valoración que vayan más allá del Derecho Constitucional e incluso de lo jurídico»⁶⁶. La otra consideración que el profesor venezolano insta a tomar en cuenta es la alusiva a la duración del cargo y a la posibilidad de recuperar el mismo.

Una observación que es vital realizar es que Hernández hace sus prescripciones a partir del sistema de designación de jueces más común, que es la selección de jueces por parte del Poder Legislativo. En la República Dominicana el sistema de selección de jueces está bastante alejado de esa realidad que gran parte de los países de la región comparten. En el Estado dominicano, la designación de jueces de las llamadas altas cortes, el TC, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Superior Electoral, recae sobre el llamado Consejo Nacional de la Magistratura.

Este órgano es constituido por el sexto título constitucional, que abarca los artículos del 178 hasta el 182. Este Consejo está integrado por el presidente de la República, el presidente del Senado, un senador perteneciente a la segunda mayoría escogido por el Senado

para representar a la oposición, el presidente de la Cámara de Diputados, un diputado perteneciente a la segunda mayoría escogido por la Cámara de Diputados para representar a la oposición, el presidente de la Suprema Corte de Justicia y otro magistrado de esta misma corte y el Procurador General de la República⁶⁷.

Este interesante sistema alternativo de designación implica que las indicaciones realizadas por el doctrinario venezolano en lo relativo al proceso de selección de jueces, simplemente no aplican. En sentido general, el modelo solventa algunas problemáticas propias de la ratificación congresual, previa nominación presidencial, pero no está exento de sus propias complicaciones.

En lo que concierne la duración en el cargo, el artículo 187 constitucional y el artículo 21 de la Ley núm. 137-11 determinan cual es la duración del cargo de juez del TC. Estos textos establecen que la duración del cargo es de 9 años y sin opción de reelección a menos que se haya ingresado al TC en calidad de juez sustituto y dicho cargo se haya ocupado por menos de 5 años. La renovación del TC se realiza de manera gradual cada tres años. En conjunto, todos estos factores permiten llegar a la conclusión de que este diseño logra un equilibrio bastante importante entre estabilidad y reducción de riesgos de injerencia política pues se soslayan las implicaciones de la politización excesiva del cargo por causa de la posibilidad de reelección y se evitan los efectos nocivos de tener jueces vitalicios, al mismo tiempo que se mantiene un marco estable que

65 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. op. cit. p. 74.

66 Ibídem p. 74.

67 REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. op. cit. Art. 178.1-8.

propicia la independencia judicial sin perjuicio a la firmeza del diseño.

La cuarta consideración levantada por el catedrático suramericano es la derivación del ejercicio de la jurisdicción constitucional de instituciones informales⁶⁸. Esta trae al primer plano el legado de fragilidad institucional latinoamericano que se hace manifiesto cuando instituciones informales socavan y suplantán las instituciones formales, es decir, las leyes y disposiciones constitucionales, como fundamento procesal del ejercicio del control de constitucionalidad.

Si bien la República Dominicana históricamente no ha sido impecable en lo que a solidez institucional concierne, desde el 2010 al presente, el salto en calidad y robustez ha sido sustancial, al punto de que se podría argüir razonablemente que el país se ha convertido en un estandarte institucional en la región. El TC ha demostrado ser un ejemplo de estas recientes tendencias institucionales nacionales. A los 13 años de vida al momento de escribir, la corte constitucional dominicana ha sido uno de los principales representantes de la evolución institucional dominicana y un claro ejemplo de los avances que se han realizado en esa materia en la nación caribeña. En definitiva, se puede afirmar que el TC ha hecho una labor loable, si bien no impecable, en su cumplimiento de las disposiciones de los artículos 184 y 185 constitucionales, iterados en la Ley 137-11 en el artículo 9 y en el segundo título, que estatuyen el alcance de la competencia y los procedimientos que la regulan.

En cuanto a la propuesta de crear organismos académicos apolíticos y civiles que fiscalicen las actuaciones del TC, esto no está configurado en el ordenamiento jurídico dominicano. De hecho, en el artículo 184 constitucional y en los artículos 1, 3, 16 y 17 de la Ley 137-11 se establece la autonomía e independencia del TC de cualquier otro organismo público o privado. Sin embargo, en el artículo 35 de la Ley 137-11 se establecen vínculos entre el TC y la academia para la promoción de estudios de derecho constitucional y derechos fundamentales. Esto no es exactamente lo que Hernández propone, pero, aun así, representaría un importante escollo ante cualquier exceso de la jurisdicción constitucional, pues una academia educada y bien preparada en derecho constitucional podría ofrecer resistencia, si no formal, aunque sea simbólica.

El penúltimo criterio abordado versa sobre la moderación de la jurisdicción constitucional⁶⁹. El ejercicio moderado del control jurisdiccional de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción constitucional es una de las claves para evitar los abusos de la potestad que poseen las cortes constitucionales. Esto se consigue mediante la aplicación de métodos que fomenten en los magistrados el previamente mencionado autocontrol a la hora de realizar sus interpretaciones constitucionales, principalmente en materia de respeto a la discreción de los demás órganos estatales en el ejercicio de sus funciones.

El TC, en su relativamente corta historia jurisprudencial, ha demostrado que es una

68 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. op. cit. pp. 74-75

69 *Ibidem.* p. 75

corte constitucional moderada pero proactiva. Lo que se deduce de esto es que si bien el TC suele mantener ese marco de respeto y autocontrol *vis à vis*, las posibles interpretaciones constitucionalmente aceptables que podría tomar y los criterios que podría sentar con sus decisiones, ello no implica que la corte constitucional no haga pleno uso de sus poderes para interpretar, exhortar y establecer ciertos criterios mediante sus precedentes.

Unos ejemplos de moderación por parte del TC son las sentencias TC/0064/19 y TC/0205/14. En la primera, el TC conoció una demanda en la cual se mostraba un conflicto entre dos derechos constitucionalmente establecidos: el derecho a la huelga y el derecho a la educación. El TC aclaró que no elegía definitivamente un derecho sobre otro ni desvirtuaba la prerrogativa de los servidores públicos para reclamar mejoría en sus condiciones de trabajo, sino que decidiría ese caso en particular de cierto modo acorde a las circunstancias de este, pero eso no implicaría que el «el precedente contenido en la decisión podrá ser considerado en abstracto como fuente de una subregla de jerarquización entre los derechos en conflicto»⁷⁰.

No, obstante, es apropiado notar que, cuando lo considera necesario, el TC ha estado dispuesto a establecer una jerarquización razonable de derechos fundamentales cuando lo considera adecuado. Esto se evidencia en sentencias como la TC/0167/13, en la cual el TC decidió otorgar, aparentemente de forma categórica, mayor peso al derecho al medioambiente sobre los derechos a la libre empresa y al trabajo. Eso

bajo el entendido de que la naturaleza colectiva, difusa y supranacional de esta prerrogativa implica que las dos últimas, en tanto protectoras de intereses particulares, deben ceder ante la preservación de la primera⁷¹.

En la segunda sentencia, la TC/0205/14, el TC mostró moderación de una forma aún más explícita cuando optó por respetar la discreción de otro órgano público, en este caso el Ministerio de Interior y Policía, que había sido facultado por la ley para tomar decisiones administrativas y estableció ese marco de respeto como precedente vinculante a futuro⁷².

Sin embargo, el TC no ha estado exento de tomar decisiones que podrían considerarse poco moderadas. El ejemplo principal de esto es la controversial sentencia TC/0168/13. En esta sentencia el TC debía fallar con respecto a una acción de amparo incoada por una señora cuya acta de nacimiento había sido expedida ilegalmente dado que sus padres eran inmigrantes indocumentados y la nacionalidad dominicana se obtiene por descendencia⁷³.

Mucho se ha opinado sobre este caso y las controversias que le atañen, pero para los fines de este ensayo el enfoque se centrará en la posible falta de autorrestricción incurrida por el TC. Dicha situación se evidencia cuando el TC opta por dictar una sentencia que afectaría a los casos análogos al de la señora que incoaba la acción, aun teniendo la opción de ir a otras interpretaciones que hicieran un mejor enfoque protegiendo los derechos de los miles de personas afectadas.

70 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0064/19. pp. 45-46

71 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0167/13. pp. 20-21

72 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0205/14.

73 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0168/13.

El último criterio concierne la apertura de la jurisdicción constitucional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁴. De cara a este criterio la respuesta del marco institucional dominicano es mixta. La incorporación del marco constitucional dominicano al marco internacional ha sido un proceso delicado y que ha tenido sus bemoles pues mediante la sentencia TC/0256/14 el TC declaró inconstitucional el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) suscrito por el presidente de la República Dominicana el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) por esta no haber sido realizada de conformidad con los procedimientos constitucionalmente establecidos⁷⁵.

Sin embargo, esto no significa que República Dominicana haya dejado de ser miembro activo de la comunidad internacional ni implica que el país no esté integrado, aunque queda en duda la capacidad de la Corte IDH para servir de contrapeso al TC en caso de que este cometa algún exceso. Esta impotencia de la Corte IDH queda tristemente evidenciada en casos como el de la previamente citada sentencia TC/0168/13, a la cual la corte internacional reaccionó vivazmente, condenando la decisión del TC y el accionar del Estado dominicano, suscitando en estos últimos poca replicación y un anémico esfuerzo de encontrar remedio para todos los afectados.

V. Conclusión

En síntesis, si bien se puede decir que las críticas ante los riesgos del abuso del control

jurisdiccional de la constitucionalidad son legítimas y surgen de preocupaciones auténticas, fundamentalmente, la permanencia de esta importante figura dentro del ordenamiento constitucional es incuestionable. El rol del control jurisdiccional de la constitucionalidad se ha vuelto un elemento vital para los ordenamientos modernos como para eliminarlo o atenuarlo total o parcialmente de él.

Adicionalmente, es evidente que un caso bastante razonable puede ser planteado en favor de la noción de que los beneficios, los desafíos e implicaciones antirrepublicanos y antidemocráticos del control jurisdiccional de la constitucionalidad no son ínsitos de la figura, sino que surgen a partir de los fracasos, ambigüedades y vacíos del marco constitucional en el cual operan.

Asimismo, es posible argüir que, si bien el sistema dominicano no es totalmente impermeable a las posibles situaciones que podrían desbordar el balance del sistema de frenos y contrapesos y la separación de poderes, el TC y las normas que lo regulan han demostrado que el marco constitucional nacional está bien preparado para garantizar el equilibrio en el sistema y soslayar cualquier escollo que se presente en el ejercicio de sus funciones. Con esto no se dice que su labor haya sido impecable o libre de incidentes, sin embargo, en virtud de lo visto, no caben dudas de que el marco de regulación del ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad en la República Dominicana es un ejemplo para seguir en la región.

74 HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. op. cit. pp. 75-76

75 REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0256/14.

Referencias

- ALVARADO ROJAS, Claudio y Luis SILVA IRARRÁZAVAL. Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política? En: *Revista Ius et Praxis* [en línea]. Santiago (Chile). Año 26, N.º 2, 2020, pp. 32 – 54. Vía vLex. [consulta: 9 julio 2023] (ISSN 07 17 – 2877). Disponible en:
- AMERICAN JEWISH COMMITTEE. What to Know About Israel's Judicial Reforms. Junio 13, 2023 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.ajc.org/news/what-to-know-about-israels-judicial-reforms>
- BENAVIDEZ VEGA, César Augusto. ¿Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia. En: *Estudios de Derecho*. Vía vLex. No. 172, julio 2021, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction;;DO/>
- BOIES, David. Judicial Independence and the Rule of Law. En: *Journal of Law & Policy* [en línea]. Vol. 22:57, 2006, pp. 57-70. Disponible en: [PDF] wustl.edu
- CHEMERINSKY, Erwin. In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer. En: *CALIFORNIA LAW REVIEW* [en línea]. Vol. 92:1013, 2004, pp. 1013-1026.
- CONDE JIMINIÁN, J., «El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes», *Revista de Derecho Constitucional*, número 8, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional y IDDEC, 2020, pp. 577-631.
- CONSTITUTIONNET.ORG, «The Israeli Government's Proposed Judicial Reforms: An Attack on Israeli Democracy». Disponible en: <https://constitutionnet.org/news/israeli-governments-proposed-judicial-reforms-attack-israeli-democracy>
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Rev. cienc. polít.* (Santiago) [online]. 2004, vol.24, n.2 [citado 2023-07-11], pp.29-48. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X200400020002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-090X. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2004000200002>
- CURREA MONCADA, Daniel y Camila LLINÁS RESTREPO. Judicialización de la política: control de constitucionalidad y principios democráticos en conflicto. En: *Universitas Estudiantes*. Vía vLex. No. 18, julio 2018, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction;;DO/>
- FARRERA BRAVO, Gonzalo. La judicialización de la política: El caso de México en perspectiva comparada. En: *REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA* [en línea]. Puebla, (México). Año VI No. 30, Julio-diciembre de 2012, pp. 172-203. Vía vLex. [consulta: 10 julio 2023] (ISSN: 1870-2147) Disponible en:
- FEOLI, MARCO, «Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?», en *Pensamiento Jurídico*, número 41, San José, 2015, pp. 127-162. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/55393/pdf>

GRABER, Mark A. Foreword: From the Countermajoritarian difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. En: *Maryland Law Review* [en línea]. Vol. 65 No. 1, 2006. [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=fac_pubs

HERNÁNDEZ G., José Ignacio. La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. En: *Revista Iuris Forum* [En línea]. PUCMM. Enero – julio 2021, 25 de julio de 2021, pp. 59-80 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/Documents/revista-iuris/RevistalurisForum-Numero-1.pdf>

HIRSCHL, Ran. «Juristocracy» Political, not Juridical. En: Penn State University Press. *The Good Society*. Vol. 13 no. 3, 2004, p. 6-11. Project MUSE, [consulta: 9 de julio de 2023]. (doi:10.1353/gso.2005.0020) Disponible en: <https://muse.jhu.edu/pub/2/article/181442/pdf>

KLATT, Matthias. Judicial review and institutional balance. En: *Revus* [En línea], vol. 38 | 2019, En línea desde 30 abril 2019, [consulta en: 22 julio 2023]. (DOI <https://doi.org/10.4000/revus.5180>) Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/5180>

LOVELL, G. I., & LEMIEUX, S. E., «Assessing juristocracy: Are judges rulers or agents», en *Maryland Law Review*, número 65, Maryland, 2006, p. 100. Disponible en:

MATTHIAS, D., «Constitutional Courts: Democracy vs. Juristocracy?», Disertasi pada Fakultas Hukum Universitas Genht, Brussel, 2015. Disponible en: https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/490/RUG01-002213490_2015_0001_AC.pdf

OROPEZA JUÁREZ, Fressy Danitza. La Problemática de la Revisión Judicial en el Procedimiento de Ejecución Coactiva en el Perú: Análisis y Aportes. En: Esan Graduate School of Business [en línea]. Universidad Esan, Lima, 14 de mayo 2021 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/2383/2021_M_A_F_D_C_1_5_-2_0_5_T.pdf?sequence=2&isAllowed=n

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial, 10 de julio de 2015, No.10805.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. Gaceta Oficial, 15 de junio de 2011, No. 10622.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0256/14.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0168/13.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0205/14.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0064/19.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0345/19.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional De La República Dominicana. Sentencia TC/0167/13.

TATE, C. Neal. «Judicial Review». Encyclopedia Britannica, 22 julio 2023, [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>

THE TIMES OF ISRAEL, «Coalition passes 1st judicial overhaul law, limiting review of government decisions», 2023. Disponible en: <https://www.timesofisrael.com/coalition-passes-1st-judicial-overhaul-law-limiting-review-of-government-decisions/#:~:text=After%2029%20weeks%20of%20protests,bill%20of%20the%20government's%20judicial>

VELASQUEZ CASTRO, M. S., «El empleo de mala fe en la demanda de revisión judicial afecta el procedimiento de ejecución coactiva en la Municipalidad de Independencia periodo 2021», Universidad Peruana de Las Américas, 2022. [En línea]. Disponible en: <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2015>

WALDRON, Jeremy. The Core Case Against Judicial Review. En: *The Yale Law Journal* [en línea]. No. 115 p. 1346, 2006 [consulta en: 22 julio 2023]. Disponible en:

YEPES, R. U., «La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos», en Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, número 4, São Paulo, 2007, pp. 52-69. Disponible en:

El autismo social de los operadores jurídicos¹

Jesús Elías Michelén Embarek²

Recibido: 30 de abril de 2024– Aceptado: 21 de octubre de 2024

Resumen

La historia del Derecho se remonta a más de 45 siglos. Desde la época de los sumerios en la Baja Mesopotamia, esta disciplina ha sido considerada no solo como un medio de ordenamiento de la comunidad, sino también como un elemento clave para imponer el bien y la justicia en la sociedad. Sin embargo, a partir del surgimiento del positivismo, a mediados del siglo XIX, se ha impuesto un criterio estrecho y limitante del Derecho, circunscrito a repetir y aplicar un ordenamiento jurídico de espaldas a la sociedad que le dio origen. Creando así una casta de operadores jurídicos que se comportan como verdaderos autistas sociales.

Palabras clave: Historia del Derecho, Derecho Natural, Dogmática Jurídica, operadores jurídicos, autistas sociales.

Abstract

The history of Law dates back over 45 centuries. Since the time of the Sumerians in Lower Mesopotamia, this discipline has been regarded not only as a means of organizing the community but also as a key element in upholding good and justice in society. However, with the rise of positivism in the mid-19th century, a narrow and limiting view of law has prevailed, confined to the repetition and application of legal frameworks disconnected from the society that originated them. This has led to the creation of a caste of legal operators who behave as true social autists.

Keywords: History of Law, Natural Law, Legal Dogmatics, legal operators, social autists.

¹ Ponencia presentada en el XI Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica realizada en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Nov- dic. 2023

² Doctor en Filosofía por la Universidad de Valencia (España). Premio Nacional de Ensayo Pedro Henríquez Ureña 2015 (Ciencias Sociales). Profesor de Metodología de la Investigación y asesor metodológico de tesis en Escuela de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana. jesusmichelen@pucmm.edu.do

I. Introducción

Algunos historiadores del Derecho sitúan sus inicios como ciencia en la antigua República Romana, puesto que es, precisamente en Roma, donde se instaura con propiedad como un cuerpo especializado de normas, principios y enunciados de carácter jurídico. El detallado y exhaustivo análisis que hace el gran jurista y filósofo mexicano Rolando Tamayo y Salmorán en su obra *El Derecho y la Ciencia del Derecho nos muestra que el carácter científico del Derecho se expresa*: 1) por la dedicación exclusiva de ciertos hombres llamados jurisconsultos, al estudio, análisis e investigación del Derecho; y, 2) que como resultado de su actividad se crea un conjunto de enunciados propio de ese «algo» denominado «derecho». Esto nos dice que, en Roma existió una determinada actividad denominada *iurisprudencia* dedicada, de manera exclusiva, a la interpretación (estudio, análisis y determinación) del Derecho, por lo que bien podemos afirmar que esa exclusividad y monopolio en los métodos de aplicación del derecho la convierte, no solo en una ciencia, en sentido estricto, sino en una auténtica profesión jurídica.

Ahora, si bien es cierto que, con la jurisprudencia como ciencia profesional se logró que las normas jurídicas se separaran de las normas religiosas y morales, no es menos cierto que el Derecho como disciplina coactiva se remonta hasta los orígenes del Hombre en comunidad. Tal como expresaban los romanos en modo silogístico: *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo: ubi homo ibi ius* (donde hay hombre hay sociedad; donde hay sociedad, hay Derecho; luego, donde hay hombre hay Derecho). En otras palabras, la historia del Derecho está unida a la historia del Hombre.

Si nos remontamos a las comunidades más primitivas podemos observar que, aun antes de conformarse un poder individualizado o constituirse una autoridad definida, encontramos reglas y normas que debían acatarse para lograr el orden y la convivencia necesaria para mantenerse unidos.

II. El derecho como vocación

Si contamos los inicios del Derecho partiendo de sus expresiones legislativas, la primera de las manifestaciones conocidas fue el texto legislativo conocido como *Codex Ur-Nammu* surgido en la ciudad de Ur en Mesopotamia (ss. XXII-XXI a. C.), el cual tuvo como característica la inclusión de la llamada «compensación pecuniaria» para la reparación de las ofensas. Adelanto que fue suprimido siglos después con la formación del Código de Hammurabi. Código que introdujo el principio de devolver mal por mal, lo que se llamó la Ley del Talión, en 1750 a. C. y, posteriormente, también introducida en la ley mesiánica.

Lo que cabe destacar es que, desde sus inicios, el Derecho y su ejercicio eran considerados como una vocación (en el sentido weberiano) o sacerdocio en el cual el oficiante dedicaba todo su esfuerzo en la búsqueda del bien y la justicia. Lo que resume Ulpiano en el Libro I de las Instituciones cuando expresa:

1. Por cuyo motivo 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, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente.

Durante la Modernidad prevalece en el concepto de Derecho este sentido de impulsor y conservador de unos determinados derechos universales propios del Hombre, separados ahora de todo sentido religioso. Su mejor expresión la encontramos en aquellos filósofos de la Ilustración que, llevados por la intención de obligar a los estados modernos a proteger este conjunto de derechos, idean la metáfora del Contrato Social. De esta manera su conservación y protección dentro de una comunidad política no estarán sujetos a la benevolencia del Estado, sino que se convierten en su ineludible obligación de respetarlos. Expresado en término de una estructura compartida de una visión específica del mundo jurídico, a este paradigma jurídico fundamentado en la naturaleza humana se le llama derecho natural o lusnaturalismo.

III. La dogmática jurídica

El derecho natural o lusnaturalismo mantuvo su vigencia durante casi 41 siglos, el derecho positivizado siempre tuvo como límite y guía su acomodamiento a los principios universales establecidos por el lusnaturalismo, de tal manera que, desde la aparición del Derecho como expresión legislativa siempre estuvo unido a la realización del bien, de la equidad y de la justicia en la sociedad, en una especie de versión punitiva de las normas morales. Sin embargo, con la aportación de Auguste Comte en el 1842 a la creación de una nueva disciplina a la cual denominó sociología, se instauró en las nuevas Ciencias Sociales o Ciencias del Espíritu el método positivista. Estableciendo la unidad metodológica de las ciencias, Comte y más luego Emile Durkheim propusieron explicar la acción social por medio de procedimientos y leyes propios de las ciencias naturales.

Desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días el método positivista fue dominando el escenario jurídico, reduciendo su visión social, secando sus fuentes y, sobre todo, mostrándose incapaz de observar y aportar a los problemas que inciden en las sociedades. Su centralidad en las normas y su continua apelación a la «pureza» del Derecho le convirtió en una ciencia puramente formal, sin contenido, sin nada que decir o aportar a un mundo en continua evolución hacia nuevos y, a veces, peligrosos horizontes. No importaron las voces de grandes juristas que llamaron a la reflexión, como la de Rudolf von Ihering afirmando las raíces sociales del Derecho, o la de Eugen Ehrlich apelando al «Derecho vivo», precursores del nuevo paradigma del lussociologismo.

Si partimos de que, el Derecho es, tal como sostiene Manuel Atienza en el inicio de *El Sentido del Derecho*, un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades, puesto que «no existe ninguna relación social en la que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente», esto lo convierte en una actividad compleja donde la inter e intradisciplinariedad se hace inevitable. De ahí que esta miopía del positivismo jurídico frente al nuevo escenario mundial se hace cada vez más insostenible; los intercambios económicos y los acuerdos políticos entre las naciones, la creciente escasez de los recursos naturales, la devastación medioambiental, la modificación artificial del genoma humano, la marginación en la que sobreviven grandes masas de la población, pero, además, la internacionalización de los delitos, entre otros, obliga y exige respuestas de parte de los estados, de los legisladores y, sobre todo, de los llamados juristas, a estos nuevos escenarios.

El Derecho está obligado a enfrentar los problemas de sus sociedades, así como reflexionar sobre las causas y los efectos que su mundo normativo está ejerciendo sobre el mundo social, es, en definitiva, el retorno del homo legalis al homo socialis.

IV. Un nuevo escenario mundial

Los retos a los abogados se hicieron cada vez más apremiantes, requiriendo operadores jurídicos inteligentes, multilingües y con dominio de diferentes culturas. Pero la respuesta de nuestras academias no ha correspondido con los requerimientos sociales, la masificación de nuestras universidades ha disminuido grandemente la calidad de la educación jurídica; casi la totalidad de los profesores en las escuelas de Derecho no están a tiempo completo, sino son profesionales en ejercicio que permanecen en la universidad apenas un par de horas semanales. Muchos de ellos, por su apretada agenda privada carecen de tiempo para actualizar sus conocimientos jurídicos, reincidiendo en métodos tradicionales de enseñanza, centrada en clases magistrales, presentando una visión aislada del Derecho alejada de toda realidad social, evitando su acercamiento a disciplinas tan importantes como la economía, la política, la sociología y la ética.

V. El operador jurídico como autista social

Este desmesurado incremento de escuelas de Derecho trajo como resultado una gran proliferación de abogados que ven la profesión como un medio de ascenso social y de obtención de beneficios económicos. Operadores jurídicos que, atrincherados en sus bufetes,

se dedican de manera exclusiva a ofrecer sus servicios a grandes empresas y a acaudalados clientes, muchas veces de dudosa reputación, en una práctica jurídica totalmente separada de la realidad social en la que se encuentran, de espaldas a los reclamos de cambios institucionales y creación de mecanismos que contribuyan a mejorar la distribución de los ingresos y el sistema de salud pública; sordos a la necesidad de construir nuevas estructuras jurídicas que guíen y faciliten nuevos caminos hacia el desarrollo de sus respectivos países. Operadores jurídicos que, se comportan, en definitiva, como verdaderos autistas sociales.

VI. Conclusiones

De ahí nuestro incondicional apoyo a congresos que, como el de la UNAM contribuyen a cambiar el viejo paradigma dogmático que convierte a nuestros operadores jurídicos en autistas sociales, por un nuevo paradigma que restaure su función social, los convierta en protectores de la equidad y la libertad, pero, sobre todo, que comprendan que, tal como expresa el gran jurista uruguayo Eduardo J. Couture en su III Mandamientos del Abogado: «La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia».

Referencias

ATIENZA, Manuel. 2012, *El sentido del Derecho*. España, Grupo Planeta. ISBN: 8434400073

COUTURE, Eduardo J. 2018, *Los mandamientos del abogado*. Buenos Aires, B DE F.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. 1986, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. ISBN 968-837-974-3.

CONVOCATORIA

Para remisión de trabajos para la revista *luris Forum*

El Consejo Editorial de la Revista *luris Forum* invita a la comunidad jurídica a remitir sus trabajos sobre derecho público y privado, nacional, internacional o comparado. Se aceptan ensayos, artículos, reseñas de libros y comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones del derecho público o privado, nacional, internacional o comparado. Las contribuciones, en español, inglés o francés, se publicarán de manera digital y en atención a los lineamientos aprobados por el Comité Editorial para su evaluación y aceptación, disponibles en el portal de la revista.

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)

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 deberán 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. 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.

La extensión de la bibliografía, los resúmenes y las palabras claves, en inglés y español, no se computan respecto de ningún tipo de colaboración.

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 envía 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