



Hacia un concepto unificado de acto administrativo en República Dominicana

Gabriel Podestá Ornes Pág.: 32

47

Sarah Suzaña :

El precedente constitucional frente a las voces internacionales

37

Mario Arturo Leslie:

Breves apuntes sobre el principio de protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo

8

Amaury Reyes

Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos



Síguenos en twitter
@Rjuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escríbenos a consejoeditorialunibe@gmail.com

Revista Jurídica del Grupo de Estudiantes de Derecho (GRED)

Santo Domingo, República Dominicana.
Todos los derechos reservados, noviembre 2015.

w w w . u n i b e . e d u . d o



UNIBE
Forjando líderes!

Contenido

- 7 Carta al lector Consejo Editorial 2015-2016”
- 8 Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos
Amaury Reyes
- 12 Breve Reseña sobre la Arquitectura del Debido Proceso
Administrativo en la República Dominicana
Rafael R. Dickson Morales
- 18 La buena gobernabilidad en las asociaciones sin fines de lucro
Roberto Medina Reyes
- 23 La aplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus en materia de
contratación pública dominicana y el principio de continuidad de los
contratos administrativos
Ricardo José Gonzalez Rodríguez
- 28 La responsabilidad de la Administración Pública en virtud de la
Constitución y la Ley 107-13
Máximo Alexander Hernández Guerrero
- 32 Hacia un concepto unificado de acto administrativo en República
Dominicana
Gabriel Podestá
- 39 Breves apuntes sobre el principio de protección de la Confianza
Legítima en el Derecho Administrativo
Mario Arturo Leslie
- 44 Análisis y Comentarios al Proyecto de Ley sobre el Ejercicio de la
Abogacía y la Notaría en República Dominicana
Sylvio Hodos
- 49 El precedente constitucional frente a las voces internacionales
Sarah Suzaña





Decano de la Facultad de Derecho
José Bienvenido Pérez Gómez



Directora de la Facultad de Derecho
Sagrario Féliz de Cochón



Consejo Editorial 2013-2014

Directora Ejecutiva
Pamela Benzán Arbaje

Encargada Administrativa
Emily Mariel Sucart López

Editores Adjuntos
Daisy Marie Polanco Jiménez
Pedro Justo Castellanos Hernández
Carla Isabelle González
Diana Sánchez Ventura
Luis Alberto Arias

Diseño, Diagramación e ilustraciones
J. Kiróbel Rodríguez



Consejo Editorial 2015-2016

Carta al lector Consejo Editorial 2015-2016

Estimados lectores,

Nos place presentarles la Cuarta Edición de la Revista Jurídica del GRED-UNIBE. La misma ha sido el resultado de un verdadero trabajo mancomunado entre los Consejos Editoriales de los años 2013-2014 y 2015-2016.

En primer lugar quisiéramos reconocer el arduo trabajo del Consejo Editorial 2013-2014 conformado por Pamela Benzan, Emily Sucart Pedro Castellanos, Carla González y Luis Alberto Arias, quienes iniciaron en su momento, este proyecto, recolectando y corrigiendo los diversos artículos, así como trabajando con la diagramación de la revista. En esta ocasión, el Consejo Editorial 2015-2016 ha trabajado con esmero para culminar el proceso iniciado por nuestros compañeros.

En esta Cuarta Edición se han colocado los artículos seleccionados por la gestión del 2013-2014, pero con adecuaciones de conformidad con las innovaciones que ha tenido nuestro sistema jurídico. Es importante resaltar que muchos de los artículos fueron escritos por estudiantes de nuestra Alma Máter que, al día de hoy, se han convertido en profesionales de alta calidad y reconocimiento.

En ese sentido, quisiéramos que la presente recopilación de ensayos que contempla la revista sea una forma de incentivar a los actuales estudiantes a participar, para de este modo lograr un fomento en la investigación, en la redacción, desarrollando así el sentido crítico y liderazgo que caracteriza a la mayoría de los estudiantes de Derecho.

Atentamente,

María Gabriela Geara y Laura Castillo



Amaury A. Reyes-Torres: Abogado. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UNIBE).

Margen de Apreciación, Control de Convencionalidad y Derechos

Palabras Claves:

Control de Convencionalidad. Control de Constitucionalidad. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Corte Europea de los Derechos Humanos. Democracia. Derechos. Derechos Fundamentales. Derechos Humanos. Margen de Apreciación

Resumen:

El margen de apreciación es extraño en la CIDH, mas no ajeno. El Control de Convencionalidad implica el reconocimiento de cierta discreción a los Estados al adoptar obligaciones reconocidas por la CADH. Esto trae serios peligros ante la ausencia de una teoría de derechos en el Derecho Internacional y la inexistencia de límites para recurrir al margen de apreciación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante, 'Corte IDH'), contrario a su homóloga europea, no ha admitido expresamente el margen de apreciación en su jurisprudencia. No obstante, ha admitido un deber general de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derecho Humanos ('CADH') de realizar un juicio de compatibilidad entre actos o normas jurídicas respecto a la Convención.

Como existe la obligación primaria de tutelar los derechos protegidos por la CADH, es inevitable la existencia del margen de apreciación a cargo de los Estados, en un determinado sentido, para hacer efectivas sus obligaciones, a propósito de los artículos 1.1 y 2.1 del citado convenio. Sin embargo, esto tiene implicaciones respecto a la determinación del contenido de los derechos, ante la inexistencia de una teoría o una concepción sobre los derechos en la CADH.

En vista de que el sistema democrático es el único régimen político compatible con las convenciones de derechos humanos, el reconocimiento de cierta

deferencia a los órganos políticos de cada Estado no es más que una manifestación de esa combinación política. En este tenor, el margen de apreciación constituye la discrecionalidad reconocida a los Estados en el marco del cumplimiento de las obligaciones reconocidas en la convención, a propósito de la Convención Europea de los Derechos Humanos ('CEDH') y de la CADH. La discreción o deferencia es reconocida cuando el Estado adopta cualquier medida administrativa, legislativa o judicial, en relación a algún derecho protegido por la convención.

La idea es que los Estados estén en una mejor posición que la Corte supranacional para evaluar las circunstancias y adoptar las medidas pertinentes. Ante ello, la labor del tribunal sería comprobar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y, entre otras cosas, si el Estado ha cumplido con las obligaciones positivas derivadas del derecho involucrado en cuestión. Usualmente, la necesidad de las medidas que afectan un derecho protegido por la CADH sólo las puede evaluar el Estado, pero va de la mano de

¹ Véase COSTA, Jean Paul. The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights. 5 of June 2008. [10 de marzo de 2014]. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/52A83857-00F0-4E6B-81FB->

F7FEAAS2354/0/DiscountsHelsinkiCourtupt%3%AAme05062008.pdf
² HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, Law of The European Convention On Human Rights, 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. P.11.
³ Ver, entre otros, Handyside v. United Kingdom. [Plenaria] no. 5493/73, ECHR 1976.



la supervisión de la Corte. Estas medidas deben ser proporcionales y debidamente justificadas y, dependiendo del derecho, será más restringido, a propósito de su importancia, o, en base a la teoría de los principios, un derecho con mayor peso abstracto que otros. En mi opinión, el margen de apreciación sólo aplica a cuestiones relacionadas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la convención, y cuando las mismas implican cuestiones de políticas públicas económicas y sociales. De lo contrario, supondría vaciar de contenido ciertos derechos sobre los cuales descansa la CADH y cualquier Estado democrático, como el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

Si las obligaciones al amparo de la convención deben ser asumidas y cabalmente cumplidas por los Estados partes, ¿existe discreción alguna a favor de los Estados partes en el cumplimiento de las mismas? Por ejemplo, el control de convencionalidad, que debe ser ejercido por todas las autoridades de un Estado parte, es un ejemplo de dicha discreción. Esta, en ese tenor, no recae sobre la obligación misma sino sobre cómo materializar dicha obligación, la cual deriva de la construcción de la obligación de realizar el control de convencionalidad.

En ese sentido, el Control de Convencionalidad no es más que el ejercicio de una confrontación normativa, en sentido amplio, del acto jurídico doméstico respecto al orden internacional, a propósito de la

CADH. Este control no está expresamente estipulado como una facultad dada ni a la Corte IDH ni a los jueces domésticos, sino que ha sido una construcción normativa del tribunal supranacional, en principio.

La idea detrás del control reside en la consideración de que ante el incumplimiento de la normativa internacional, se incurre en responsabilidad internacional, dando lugar a una cuestión de aplicabilidad más que de jerarquía, aunque ésta última idea esta implícita en el contenido del control.

La Corte, luego de una evolución en otras sentencias y reiteraciones posteriores, consagró el diseño actual del control de convencionalidad, a saber:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus Jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de

⁴ Véase, por ejemplo, en el caso del derecho a la libertad de expresión, por todas, Corte Europea de los Derechos Humanos, caso *Handyside v. United Kingdom* [Plenary] no. 5493/72, § 48 - 49, ECHR 1976; caso *Mouvement tchèque suisse v. Switzerland* [GC] no. 1632/406, § 48, ECHR 2012; caso *Animal Defenders International v. United Kingdom* [GC] no. 48376/08, § 101, ECHR 2013.

⁵ Véase *Evseyeva and Others v. United Kingdom* [GC] no. 48420/10, § 85, ECHR 2013.

⁶ HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of The European Convention On Human Rights*, 2da Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 11.

⁷ Véase A.H. ROBERTSON & J.G. MERRILLS, *Human Rights in Europe*, 3rd Ed. Manchester: Manchester University Press, 1993, 199 - 200.

⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C, No. 154. Párr. 123-125.; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24 de Noviembre de 2006. Serie C, No. 174. Párr. 128. Reiterado recientemente: Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Serie C, No. 221. Párr. 193; Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de Noviembre de 2011. Serie C, No. 338. Párr. 93.

ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los Jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (énfasis añadido).

Un elemento importante de este control es que podría argumentarse que sólo pueden realizarlo aquellos órganos propios del sistema de administración de justicia, los jueces del orden judicial o bien los Tribunales Constitucionales. La obligación de realizar el juicio de confrontación se extiende a otros órganos estatales, no solo a los órganos vinculados al sistema de justicia, como sostuvo la Corte IDH en el caso *Gelman v. Uruguay*.⁹

Implementar el control de convencionalidad, directa o indirectamente, implica un margen de apreciación a favor de los Estados, en vista de que no se deriva la forma cómo el control deberá ser ejercido y cuáles son las consecuencias del mismo.

Vale precisar que el control de convencionalidad, en los términos expuestos, no es “proceso” o “procedimiento”, sino una obligación derivada de la interpretación conjunta de varias disposiciones de la CADH y de la adscripción normativa realizada a las mismas por la Corte IDH mediante sus sentencias. Por lo que el Estado tiene un grado de discreción para implementar las formas para ejercer el control, dependiendo de la autoridad pertinente.

En este tenor, como la Corte IDH bien expone, el ejercicio del control será realizado dentro del marco de las respectivas competencias de los participantes de la administración de justicia y de la autoridad pública particular.

En ese mismo sentido, se puede implementar, en términos procesales, el control mediante varias vías¹⁰: mediante Reforma Constitucional o Legislativa, otorgando competencia expresa para ello; reconocimiento por vía pretoriana¹¹ a todos los Jueces la competencia de ejercer el Control de Convencionalidad; acá podemos citar a modo de ejemplo el caso “*Radilla*” en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México¹², en el cual se incorporó el Control de

Convencionalidad al Control de Constitucionalidad existente en la federación¹³; o por medio de los procesos o procedimientos constitucionales existentes¹⁴, dependiendo de la incorporación de la CADH en el ordenamiento jurídico en cuestión.

Se evidencia que la Corte IDH no está en posición de determinar cuáles son las vías particulares y pertinentes para hacer efectivo el efecto útil del tratado y dar cumplimiento a las obligaciones contraídas bajo el mismo. Si las medidas son adoptadas, estas serán examinadas bajo la óptica de la proporcionalidad o la razonabilidad de las mismas, también su relevancia o suficiencia¹⁵, en particular si afecten otros derechos, ya que estos constituyen un límite a la discrecionalidad Estatal¹⁶.

Otro ámbito de discreción se deriva del proceso de adecuación en el ordenamiento jurídico interno, que es uno de los fundamentos del control de convencionalidad. En efecto, en *Heliodoro Portugal v. Bolivia*,¹⁷ la Corte sostuvo que la adecuación del ordenamiento jurídico interno se realiza mediante: “i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. La Corte ha entendido estas vertientes de la siguiente forma:

El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”¹⁸. Eso se explica por efecto de que “[c]iertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que las requiera y las circunstancias de la situación concreta”¹⁹.

De lo anterior se desprende que en el control de convencionalidad, como manifestación de la obligación de adecuar el ordenamiento doméstico, el Estado tiene un margen de apreciación de cómo adecuar su ordenamiento interno.

⁹ Véase Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0190/13, TC/0200/13.

¹⁰ Corte IDH, caso *Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Serie C, No. 221. Párr. 239. Asimismo, Corte IDH, caso *Gelman v. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencias. Resolución de la Corte del 20 de marzo de 2013. LISAGÜES, Nestor Pedro. El Control de Convencionalidad como Instrumento para la Elaboración de un Ius Commune Interamericano. En BOGDANDY, Armin, FERRER MCGREGOR, Eduardo & MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords). La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? UNAM-Max Planck Institut. México. 2010. Tomo II. Págs. 454-455.

¹² «La redacción del Art. 2 CADH no excluye la posibilidad de que por vía pretoriana se adopten medidas para obtener la eficacia del tratado».

¹³ La redacción del Art. 2 CADH no excluye la posibilidad de que por vía pretoriana se adopten medidas para obtener la eficacia del tratado».

¹⁴ Idem. Párr. 24 y siguientes.

¹⁵ Véase, por ejemplo, las Sentencias TC/0190/13, y TC/0200/13 del Tribunal Constitucional Dominicano, en las cuales el tribunal realiza un control de convencionalidad sobre las disposiciones que fueron impugnadas por medio de la acción directa de inconstitucionalidad.

¹⁶ Véase en este tenor Corte Europea de los Derechos Humanos, caso *Olsson v. Sweden*. [GC], no. 10465/83, §68, ECHR 1988.

¹⁷ Véase, a propósito del derecho a la nacionalidad Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 140-141. Mutatis mutandis, en otro caso, sobre la discrecionalidad administrativa Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C. No. 186. Párr. 180-181.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 57.

²⁰ Ibidem.

Todo dependerá de las competencias de los tribunales, así como de los procedimientos jurídicos o político-jurídicos respecto a actos y normas jurídicas, es decir, los procesos de modificación legislativa o las facultades de revocación de actos administrativos particulares o normativos.

Dependiendo el concepto de “norma” utilizado por la Corte IDH en las estrofas citadas, un tribunal puede adoptar una sentencia interpretativa de forma tal que el acto cuestionado como contrario a la convención le pueda ser adscrito una interpretación “convencionalmente correcta”.

Un ejemplo de ello lo vemos en una decisión adoptada por el Consejo de Estado Francés en el *Arrêt Federation Nationale de la Libre Pensée*²¹. En la misma, el Consejo de Estado, ante la imposibilidad de anular las disposiciones confrontadas (una disposición constitucional y una disposición de un tratado), optó por una interpretación conforme que pudo conciliar los contenidos normativos.

La idea es que puede darse el caso que existan tribunales que no tengan competencias que permitan declarar nulos actos contrarios a la convención, pero que sí pueden variar el contenido normativo de la disposición jurídica cuya “inconvencionalidad” está siendo cuestionada; o que bien tengan la facultad de declarar nulos determinados actos jurídicos, pero el operador jurídico opta por una interpretación conforme a la CADH.

Finalmente, en cuanto al contenido de los derechos, la práctica de la Corte Europea de los Derechos Humanos (‘Corte EDH’), respecto al margen de apreciación, ha sido confusa y hasta cierto sentido contradictoria. Más allá que la simple deferencia hacia los Estados para cumplir las obligaciones bajo la convención, ha sido deferencia para no ejercer su control ante cuestiones propias de políticas públicas, ausencia de consenso europeo²² y divergencias morales²³; situación que trae consigo problemas respecto al concepto de “derechos” que la Corte EDH maneja en su jurisprudencia, si existe alguno.

Lo mismo acontece con la Corte IDH, en especial para determinar los límites particulares del margen de apreciación reconocido a los Estados partes.²⁴ De

hecho, la Corte IDH, respecto a algunos derechos, se ha valido del principio de proporcionalidad²⁵, pero no así de una teoría estructural que permita fijar un contenido mínimo de los derechos como instrumento para armonizar los elementos materiales y axiológicos que se desprenden de la CADH y del modelo político al cual la CADH es compatible.

Aún queda abierta la forma de establecer cuáles normas o posiciones jurídicas son parte del núcleo del derecho y cuáles otras no lo están, que están afectadas directamente por las actuaciones de los órganos públicos y su justificación dependerá del régimen de proporcionalidad²⁶.

Es por ello que el margen de apreciación no puede constituir un método para que los Estados partes definan el contenido de los derechos al margen del ámbito que estos mismos prescriben. Aquí es donde el argumento de la Corte IDH en el caso Gelman sobre lo “indecidible” es pertinente, pero no de otra forma; no se debe interpretar de ello que los derechos son elementos dados al margen o antes del proceso democrático que ha dado lugar a la CADH²⁷.

Es importante no confundir aquello que es “indecidible” (lo cual es imposible en vista de que aquello es en sí una decisión) respecto a aquello cuya decisión depende de procedimientos que legitiman la forma de adoptarla. El margen de apreciación no alcanza estos tópicos y sobre ello cae el control de convencionalidad, sin embargo, la ausencia de una teoría adecuada sobre la naturaleza jurídica de los derechos en la convención, impide determinar la extensión-límite del margen de apreciación y por ende del control de convencionalidad.

Intégrate

Síguenos en twitter
@Rjuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escríbenos a consejoeditorialunibe@gmail.com

²¹ Norma en este tenor puede significar no sólo la disposición, que se refieren bien a los enunciados o textos de un acto jurídico, o bien actos-fuentes. También norma tiene otro sentido que es el significado que se le adscribe a una disposición. Véase en este sentido: CRISAFULLI, Vezio, “Disposición (y norma)”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (Eds.), *Disposición vs Norma*, Lima: Palestra, 2011, 80-81; GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y de meta-teoría*, Barcelona: Gedisa, 2011, 100.

²² CE 9 Juil. 2010: *Arrêt Fed. Nat. De la Libre Pensée* (Consejo de Estado Francés)

²³ BRAUCH, Jeffrey A., *The margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, 11 *Columbia Journal of European Law*, 113, 127 (2005).

²⁴ *Evans v. United Kingdom*, [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2008.

²⁵ La Corte IDH ha reconocido el margen en estos casos: a propósito de los requisitos de la naturalización de extranjeros: Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, Párr. 57-58; 62. A propósito del derecho al receso:

Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, Fondo, Repatriaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párr. 90; véase en el mismo sentido Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Repatriaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158. Sobre la pena de muerte y la deferencia al juez para imponer la condena: Corte IDH, *Caso Ramírez Reyes Vs. Guatemala*, Fondo, Repatriaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, Párr. 70-72.

²⁶ Por ejemplo: Corte IDH, *Kimel v. Argentina*, Fondo, Repatriaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008. Párr. 51 y sgtes.

²⁷ Sobre los problemas entre el principio de proporcionalidad, contenido esencial y derechos fundamentales: PULIDO, Carlos Bernal, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3era Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2007, P. 405 - 447.

²⁸ Corte IDH, *caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Repatriaciones, Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221. Párr. 239.



Rafael R. Dickson Morales

Socio Fundador de la Oficina de Abogados DMAC | Abogados – Consultores
Docente de la Escuela de Derecho a la Universidad Iberoamericana (UNIBE)

Breve Reseña sobre la Arquitectura del Debido Proceso Administrativo en la República Dominicana

Resumen: En este trabajo se analiza brevemente la configuración normativa del debido proceso administrativo en República Dominicana hasta la promulgación de la Ley 107-13, constituyéndose en una garantía fundamental para la protección de los derechos de los ciudadanos, y para la Administración Pública un nuevo paradigma en su actuación.

Palabras claves: Administración Pública, Buena Administración, Derecho Administrativo, Debido Proceso Administrativo

En los últimos años, el derecho público dominicano se ha transformado para bienestar de todos los ciudadanos. La dedicación de los ius publicistas dominicanos en la transformación de esta rama de trascendental importancia para la vida de un Estado Democrático y de Derecho ha sido fundamental. En especial, cabe hacer mención a los profesores Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, Juan Manuel Pellerano Gómez, Eduardo Jorge Prats, en Derecho Constitucional; y a Raymundo Amaro Guzmán, Rosina De la Cruz Alvarado, y Olivo Rodríguez Huertas, en Derecho Administrativo.

Recuerdo que a finales de los años noventa, en República Dominicana no era muy común hablar de debido procedimiento administrativo¹, solo unos pocos estaban plenamente conscientes de su implicación para el Estado Democrático y de Derecho, así como su importancia de cara a las garantías que brinda a los ciudadanos.

En esa época era muy difícil, y aún lo es para algunas instituciones de la Administración Pública e incluso para Tribunales, entender que el debido proceso se exigía igualmente en los procedimientos administrativos, en aplicación del Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece:

“ Toda persona tiene derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter ”.

En aquel momento se sostenía que, al formar la Convención Americana de Derechos Humanos parte del bloque constitucional, el debido proceso aplicaba igualmente a los procedimientos de la Administración Pública. Como sostiene el Prof. Araujo Juárez, entendiéndose por garantías constitucionales las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el disfrute de sus derechos fundamentales y legales.

¹ Este artículo es un resumen de mi colaboración dentro del proyecto de Libro “EL DEBIDO PROCESO FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES (LA EXPERIENCIA DE MÉXICO, AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA)”, denominado: “Antecedentes y Evolución del Debido Proceso Administrativo en República Dominicana”.

En lo adelante denominaremos debido procedimiento administrativo como “debido proceso administrativo”, debido a la constitucionalización de del debido proceso administrativo, tal y como establece el artículo 69 y 69.10 de la Constitución Dominicana.

² En lo adelante denominaremos debido procedimiento administrativo como “debido proceso administrativo”, debido a la constitucionalización de del debido proceso administrativo, tal y como establece el artículo 69 y 69.10 de la Constitución Dominicana.



Estas normas procuran evitar que la administración dicte actos ilegales, arbitrarios, irregulares o incorrectos y de garantizar la legalidad, la regularidad y la corrección, con resultados idóneos.

No fue sino hasta la Resolución No. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana en fecha 13 de noviembre de 2003, que se reconoció expresamente en nuestro sistema jurídico el debido proceso administrativo, en los siguientes términos:

“a fin de asegurar un debido proceso de ley, la observancia de estos principios y normas es imprescindible en toda materia, para que las personas puedan defenderse adecuadamente y hacer valer sus pretensiones del mismo modo ante todas las instancias del proceso”, al tiempo de establecer que “estas garantías son reglas mínimas que deben ser observadas no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter”.

A partir de esa fecha, no solo unos pocos exponían estos criterios, sino que aumentaba en la práctica jurídica dominicana, requerir que el debido proceso se

aplicase igualmente a las actuaciones y al comportamiento de la Administración Pública, tal y como ocurría en los procesos judiciales, ya no solo fundamentada en la doctrina universal del Derecho Administrativo, sino en una norma jurídica interna.

No obstante ese avance, no existía aún una norma que regulara objetivamente el procedimiento administrativo en la República Dominicana. Hubo varios intentos para lograr tal objetivo, y muchas horas de trabajo por los promotores de la transformación del Derecho Administrativo Dominicano. Quizás el proyecto no concretado más importante, lo fue el anteproyecto de “Ley Reguladora de la Actividad de la Administración y su Control por los Tribunales”, bajo la coordinación del Programa de Apoyo a la Reforma y Modernización del Estado (PARME) por el año 2005.

Finalmente, todo el esfuerzo y trabajo de muchos años tuvo frutos. A raíz de la Constitución Dominicana del 26 de enero del 2010, el debido proceso administrativo quedó constitucionalizado, a través del artículo 69³ que dispone la tutela judicial efectiva y debido proceso, y de manera expresa en su numeral (10) al establecer lo siguiente: “Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

³ Arayo Juárez, José. Tratado de Derecho Administrativo Formal, VadeII hermanos Editores, Pág. 158.

⁴ Todas las garantías establecidas en la Constitución Dominicana en el artículo 69 en los numerales 1-9, se aplican igualmente al procedimiento administrativo.



El Derecho Administrativo Dominicano tiene constitucionalizada las garantías del debido proceso o debido procedimiento. Así pues, tal y como apunta el Profesor Brewer-Carías uno de los principios en que se sustenta el debido proceso deriva del principio del contradictorio, que también rige en el procedimiento administrativo, y se expresa en la necesaria confrontación de criterios que debe existir antes de que la Administración decida, entre la Administración y los administrados.

Conforme a estas disposiciones, toda persona tiene el derecho de ser oído previamente por la Administración antes de decidir un asunto que pueda afectar sus derechos e intereses. Es el principio recogido en la máxima jurídica latina *“audi alteram partem”*.

Dentro de los antecedentes al debido proceso administrativo, es importante hacer referencia a la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, No. 200-04, de fecha 28 de julio del año 2004, la cual estableció por primera vez el deber de que tenían la Administración Pública de publicar proyectos de reglamentos y de otras disposiciones de carácter general. Específicamente, el artículo 23 de la Ley No. 200-04 estableció lo siguiente:

“Las entidades o personas que cumplen funciones públicas o que administran recursos del Estado tienen la obligación de publicar a través de medios oficiales o privados de amplia difusión, incluyendo medios o mecanis-

mos electrónicos y con suficiente antelación a la fecha de su expedición, los proyectos de regulaciones que pretendan adoptar mediante reglamento o actos de carácter general, relacionadas con requisitos o formalidades que rigen las relaciones entre los particulares y la administración o que se exigen a las personas para el ejercicio de sus derechos y actividades”.

La Ley No. 200-04, fue un gran avance en términos y de transparencia y del inicio de lo que posteriormente se convertiría en nuestra ley de procedimientos administrativos, en lo referente al debido procedimiento de elaboración de reglamentos y planes generales.

Finalmente, todo el esfuerzo y trabajo de muchos años tuvo frutos. A raíz de la Constitución Dominicana del 26 de enero del 2010, el debido proceso administrativo quedó constitucionalizado, a través del artículo 69⁵, que dispone la tutela judicial efectiva y debido proceso, y de manera expresa en su numeral 10 al establecer lo siguiente: “Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

A mediados del año 2013, luego de transcurrida más de una década de arduo trabajo y esfuerzo, en especial del entonces Senador Francisco Domínguez Bri-

⁵ Brewer-Carías, Allan R. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial LEGIS, pág. 262

⁶ Todas las garantías establecidas en la Constitución Dominicana en el artículo 69 en los numerales 1-9, se aplican igualmente al procedimiento administrativo.

to y el Prof. Olivo Rodríguez Huertas, quienes dedicaron mucho tiempo para la materialización de una Ley que establezca los procedimientos que debía seguir la Administración Pública en su actuar. Así pues fue promulgada en fecha 6 de agosto del 2013, la Ley 107-13 sobre Procedimientos Administrativos⁷.

Con la Ley No. 107-13, se transforma radicalmente la concepción de la omnipotencia de la Administración para llevarla al servicio objetivo de las personas, lo cual es la razón de ser de la Administración Pública. Su verdadero objetivo. El Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, sostiene que el Derecho Administrativo debe ser concebido desde la centralidad del ciudadano y sus derechos fundamentales, y por ende, desde la participación democrática, abierta y plural de los ciudadanos en toda la actividad administrativa. Creemos que la aprobación de la Ley No. 107-13, nos aproxima más a esa visión.

El objeto principal de la Ley 107-13, es tal y como establece su artículo 1, regular los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública, y establecer los principios que sirven de sustento a esas relaciones, así como las normas de procedimiento administrativo que rigen a toda actividad administrativa de la Administración Pública.

El procedimiento administrativo sería el conjunto de actos y diligencias tramitados por ante la Administración Pública, con el objetivo de que esta desarrolle su actuación, a través de las distintas formas que tiene de actuar: resoluciones unilaterales o actos administrativos, normas o reglamentos generales, y contratos administrativos, que produzcan efectos jurídicos individuales sobre intereses, derechos u obligaciones de los particulares.

La Ley 107-13 establece un catálogo de principios de la actuación administrativa, así como todo un acápite respecto de lo que se establece hoy día como un derecho fundamental de los ciudadanos, el Derecho a la Buena Administración, y es que de allí se podría garantizar el acierto de la actuación administrativa. Tal y como señala el Prof. José Ignacio Hernández G., que el procedimiento administrativo en la garantía de que la Administración Pública cumpla su obligación de Buena Administración⁸.

Cabe destacar que uno de los principales pionero y maestro del derecho público dominicano, el Profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, en sus cátedras de Derecho Administrativo⁹, allá por los años

1930 hablaba de la buena administración, aunque no desarrollado y estudiado como la concepción actual de la Buena Administración.

Todavía falta mucho camino por recorrer para configurar, una verdadera aplicación del debido proceso administrativo en la República Dominicana. La Ley 107-13 es de reciente aplicación y todavía no existe una jurisprudencia marcada ni doctrina sobre la misma.

En este periodo de construcción del debido proceso administrativo, no faltan los criterios encontrados. Recientemente, hemos tenido un retroceso en lo que respecta a la correcta interpretación del debido proceso administrativo. Se trata de la Sentencia TC/201/13 del Tribunal Constitucional, dictada en fecha trece (13) de noviembre del año dos mil trece (2013).

Aunque, no es objeto de este escrito, realizar un análisis de dicha decisión, consideramos oportuno dentro del marco de esta breve reflexión sobre la construcción del debido proceso administrativo dominicano, acotar lo que a nuestro entender ha sido una errónea interpretación por la mayoría del Tribunal Constitucional, con excepción de los votos disidentes de dicha decisión.

Argumenta la mayoría del Tribunal Constitucional que:

“10.4. Las garantías mínimas que, de acuerdo con el artículo 69 de la Constitución dominicana, conforman el debido proceso, sirven para definir el tipo de proceso respecto del cual debe exigirse su aplicación. Su análisis permite la conclusión, en consonancia con la jurisprudencia constitucional comparada, de que en sede administrativa su aplicación deberá ser exigida en los procedimientos administrativos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de derechos de las personas”.

Igualmente, señala que: “10.5. En el presente caso, que los accionantes le imputan a la DGII haber violado el artículo 69.10 de la Constitución, al no haber aplicado las normas del debido proceso en la fase de elaboración de la norma impugnada, obviando la publicación prevista en el artículo 23 de la Ley núm. 200-04, el análisis para determinar si era obligatoria la aplicación del debido proceso en la fase previa a la emisión de la norma impugnada se debe enfocar únicamente, puesto que no se trató de un procedimiento sancionatorio, en la determinación de si la misma de alguna manera tuvo como resultado la afectación de algún derecho en sus destinatarios”.

La mayoría del Tribunal Constitucional en dicha decisión se olvidó que una de las garantías del debido

⁷ La cual inicialmente se denominaba Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en su relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo, por la importancia y relevancia de los principios y derechos establecidos en la misma.

⁸ Hernández G., José Ignacio. Lecciones de Procedimiento Administrativo. FUNEDA. Caracas, 2012.

⁹ Tal y como señala, el Profesor Américo Mota Castillo, sus cátedras de Derecho Administrativo fueron publicadas, convertidas en tratado, bajo el título de Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las Leyes de República Dominicana, editado en 1938, se mantuvo como obra única en su género en el país, durante décadas, siendo un trabajo reconocido internacionalmente, a tal grado, que se utilizó también como texto en la Universidad de La Habana.



proceso o debido procedimiento implica el contradictorio, y se expresa como se dijo anteriormente en la confrontación de criterios que debe existir antes de que la Administración Pública actúe, y este necesariamente aplica en las normas o planes generales, tal y como ha quedado establecido expresamente en la Ley 107-13.

En conclusión, el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional entendió en esta ocasión que en sede administrativa la aplicación del debido proceso administrativo, únicamente *“deberá ser exigida en los procedimientos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de derechos de la persona”*.

Consideramos que esta decisión no es compatible con los principios establecidos en la Constitución Dominicana, en especial el debido proceso administrativo. La restricción realizada por la mayoría del Tribunal Constitucional constituye un enfoque equivocado, restrictivo y significa un retroceso en la configuración del debido proceso administrativo en la República Dominicana, como garantía y derecho fundamental de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración Pública.

Nos parece que en la medida se aplique cada vez más la Ley 107-13, el Tribunal Constitucional revisará dicha decisión, ya que no es compatible con los principios y disposiciones establecidos en dicha ley. Así pues, creemos que en poco tiempo los votos disidentes de la Sentencia TC/201/13 se convertirán en el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional, a fin de que efectivamente se garantice en materia administrativa la protección establecida en el artículo 69.10 de la Constitución Dominicana y en la Ley 107-13.

Dentro de este corto tiempo en esta etapa de configuración y fortalecimiento del debido proceso administrativo han existido aciertos por parte del Tribunal Constitucional. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, de fecha 22 diciembre 2014. TC/0322/14, mediante la cual, nuestro más alto Tribunal ha establecido que el derecho a la buena administración se encuentra implícitamente contenido en nuestra Constitución, al señalar que:

“(...). 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.”

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”.

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado «derecho a la buena administración», designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas” ¹⁰.

Lamentablemente durante la *vacatio legis*, que tuvo la Ley No. 107-13, no se realizaron los manuales y normas de mejores prácticas para los distintos órganos de la Administración Pública, lo que a mi entender ha ocasionado que ante el inicio de la aplicación plena de la Ley 107-13, el pasado ocho (8) de febrero del año dos mil quince (2015), la Administración Pública no ha podido cumplir con las disposiciones y procedimientos establecidos en dicha Ley. Fue una oportunidad perdida, al dejar para último momento las diligencias que había que realizar, incluso se sometió al Congreso Nacional un proyecto de ley para ampliar el plazo de la *vacatio legis*, por suerte no fue aprobado y hoy día contamos con la plena aplicación de las disposiciones de la Ley 107-13.

Finalmente, aunque es una obligación de la Administración Pública cumplir con la Ley 107-13, los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa tendrán un papel fundamental en la construcción y transformación del Derecho Administrativo dominicano, en la medida que cuando comprueben la inobservancia del debido proceso administrativo, entre otras actuaciones y comportamientos contrario a Derecho que pueda cometer la Administración Pública, sean lo suficientemente responsables y cumplan con su obligación y deber de declarar la nulidad de esas actuaciones o decidir en contra de la Administración Pública e incluso retener la responsabilidad de esta o de sus funcionarios.

El tiempo nos establecerá el comportamiento adoptado por la Administración Pública, así como los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en esta importante etapa de la vida y construcción del Derecho Administrativo dominicano. La historia

¹⁰ Tal y como señala, el Profesor Américo Moreta Castillo, sus cátedras de Derecho Administrativo fueron publicadas, convertidas en tratado, bajo el título de Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las Leyes de República Dominicana, editado en 1938, se mantuvo como obra única en su género en el país, durante décadas, siendo una obra reconocida internacionalmente, a tal grado, que se utilizó también como texto en la Universidad de La Habana.

determinará la cuota de responsabilidad de estas instituciones en el fortalecimiento del Estado Social Democrático y de Derecho. Ojalá que la actuación de estas instituciones se encuentre apegada al Derecho, aunque la realidad y práctica dominicana nos indica que para estas instituciones y para muchos de nosotros es difícil cumplir las normas, por ello debemos continuar estudiando y trabajando para un cambio de consciencia, estructural, y efectivamente apegarnos al cumplimiento del Derecho.

Referencias Bibliográficas

Araujo Juárez, José. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Vadell hermanos Editores.

Brewer-Carias, Allan R. *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Editorial LEGIS.

Hernández G., José Ignacio. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012.

Moreta Castillo, Américo. Manuel de Jesús Troncoso de la Concha. Político, jurista, historiador y narrador literario. Conferencia pronunciada en el salón de actos de la Academia Dominicana de la Historia la noche del miércoles 30 de marzo de 2005.

Rodríguez-Arana, Jaime. *Reforma Administrativa y nuevas políticas públicas*. Editorial Novum, 2011.

Rodríguez Huertas, Olivo A., El acto administrativo en República Dominicana: Su tratamiento en el Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. Ponencia preparada para la reunión del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en fechas 10 y 11 de septiembre de 2012, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, República Dominicana.

Intégrate

Síguenos en twitter
@Rjuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escribenos a consejoeditorialunibe@gmail.com



Roberto Medina Reyes

Licenciado en Derecho. Egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magister en Regulación Económica de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

La buena gobernabilidad en las asociaciones sin fines de lucro

Resumen: La implementación de una buena gobernabilidad en las asociaciones sin fines de lucro, a través del desarrollo de una estructura interna organizada, constituye un requisito esencial para satisfacer las necesidades de las comunidades y de sus integrantes.

Palabras claves: Asociación Sin Fines de Lucro, Buena Gobernabilidad, Asociación, Sociedad, Responsabilidad Social, Rendición de cuentas, Organización interna, Organizaciones no Gubernamentales, Órganos Dirigentes.

Conforme el artículo 47 de la Constitución, “toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley”¹. Esta disposición fue adoptada a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece el derecho de toda persona de asociarse con otras para “promover, ejercer, y proteger sus intereses legítimos de orden políticos, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”². En tal sentido, surge la facultad de las personas de poder constituir agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos.

Esta capacidad de las personas de poder colaborar conjuntamente con otras para la ejecución de una actividad determinada fortalece el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que contribuye con el desarrollo de una sociedad civil plural, democrática y participativa, a través de la consecución de objetivos de interés público o de beneficio para toda la sociedad y, sobre todo, mediante estas agrupaciones se consagra un resguardo de los derechos fundamentales a través de las manifestaciones sociales, que en la

mayoría de los casos propician procesos de cambios democratizadores en las prácticas políticas que influyen directamente sobre las acciones de los representantes políticos.

En ese sentido, debemos establecer que las asociaciones compuestas por la sociedad civil permiten una participación constante de las personas en la vida comunitaria y garantizan la voluntad de la ciudadanía a través del fomento de las condiciones sociales que aseguran a la población el disfrute de los derechos y deberes que le confiere el ordenamiento jurídico, tales como los derechos políticos, económicos y sociales.

En cuanto a este aspecto, es preciso resaltar que en muchas de las manifestaciones sociales realizadas en nuestro país, las asociaciones han tenido una participación fundamental para alcanzar objetivos positivos que limitan el poder discrecional que tienen los órganos del Estado.

No obstante, en muchos casos las asociaciones contienen un control organizacional tan amplio y genérico que no logran cumplir con sus objetivos, y sus actuaciones se disuelven en la nada, por lo que se distorsiona su finalidad y, por consiguiente, sus acciones no inciden en las decisiones públicas que afectan a la comunidad en su conjunto.

¹ Constitución de la República Dominicana de fecha 26 de enero de 2010. Art. 47.

² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada mediante la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia: Año 1948. Art. XXII.

Por tal motivo, surge la necesidad de que se implementen políticas internas de buena gobernabilidad, con el objetivo de fortalecer la institucionalización de sus organizaciones. En cuanto a este aspecto, es necesario destacar que el Centro Europeo sobre Entidades Sin Fines de Lucro (en adelante “CEESF”), ha consagrado que:

La gobernabilidad interna es un requisito para mantener la confianza de los miembros de la organización respecto al rumbo que se ha decidido seguir con las actividades que se realizan día con día, para asegurar la relevancia social de su Misión, y para preservar una buena imagen frente a sus aliados, contrapartes, financiadores y ante la sociedad en general. Incluso es importante también para tener un posicionamiento sólido frente a quienes pueden cuestionar el quehacer de la sociedad civil.

Las Asociaciones sin fines de lucro (en adelante “AFL”) pueden conceptualizarse como:

Las entidades jurídicas o sociales creadas para producir bienes o servicios, cuyo estatuto jurídico no les permite ser fuente de ingresos, beneficio u otra ganancia financiera para las unidades que las establecen, controlan o financian. En la práctica, sus actividades productivas tienen que generar excedentes o déficit, pero los posibles excedentes que obtengan no pueden traspasarse a otras instituciones.

De esta manera lo ha consagrado la Ley No. 122-05 para la Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro en la República Dominicana (en adelante “Ley 122-05”), al establecer en su segundo artículo, que se considera como una asociación sin fines de lucro:

El acuerdo entre cinco o más personas físicas o morales, con el objeto de desarrollar o realizar actividades de bien social o interés público con fines lícito y que no tengan como propósito u objeto el obtener beneficios pecuniarios o apreciables en dinero para repartir entre sus asociaciones.

La estructura de gobernabilidad interna en las AFL constituye el primer paso para la creación de un marco estable y predecible de rendición de

cuentas en las organizaciones no gubernamentales, y sobre todo, otorgan la confianza necesaria entre los miembros que componen a la asociación, lo que permite el fortalecimiento institucional, y la incidencia de sus actividades en las decisiones públicas.

En consecuencia, las AFL al momento de desarrollar sus estatutos, no solo deben tomar en cuenta las disposiciones consagradas en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Aplicación de la Ley No. 122-05, de fecha 16 de enero de 2008 (en adelante “Reglamento de Aplicación”), sino que además, deben implementar un conjunto de principios básicos para el fortalecimiento del gobierno interno de la asociación, con el objetivo de promover una mayor estabilidad organizacional y un proceso equilibrado de tomas de decisiones, que al final de cuentas, se traduce en una mayor incidencia en las actividades desarrolladas por los órganos del Estado, y las demás instituciones que componen una comunidad en determinado.

Estos principios permiten una distribución eficiente de la toma de decisiones de los órganos directivos a fin de que el poder y los recursos de la asociación no sean distorsionados y no queden en manos de un solo individuo o grupo de miembros, permitiendo así, el desarrollo sostenible e institucional de la asociación a través de una buena gobernabilidad. Dichos principios básicos deben estar compuestos por los siguientes aspectos:

a) La responsabilidad de la asociación ante sus comunidades.

Las AFL se diferencian de las sociedades civiles y comerciales, toda vez que son constituidas para satisfacer una necesidad de la comunidad o de sus integrantes. En tal sentido, las actuaciones de las AFL deben estar destinadas a identificar, articular, salvaguardar y promover la misión u objeto de la asociación con el objetivo de garantizar que sus acciones se encuentren estrechamente vinculadas con el bienestar de la comunidad, y sobre todo, con el interés general de sus integrantes.

En consecuencia, las AFL deben fomentar el respeto del orden público, la seguridad nacional y la aplicación de las disposiciones consagradas en las normas jurídicas, a fin de que la comunidad pueda disfrutar de un estatus social amparado en el ordenamiento jurídico, sin la vulneración por parte de los órganos del Estado, y las demás instituciones.

³ CENTRO EUROPEO DE DERECHO SOBRE ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO. *Manual de gobernabilidad para ONGs*. Hungría: Año 2004. Disponible en: <http://www.icnl.org/programs/lac/mexico/manual-de-gobernabilidad-final.pdf>, última visita en fecha 13 de enero de 2014.

⁴ UNITED NATION *Manual sobre las Instituciones sin Fines de Lucro en el Sistema de Cuentas Nacionales*. United Nations Publications, 2007. p. 12.

⁵ Ley No. 122-05 para la Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro en la República Dominicana, de fecha 22 de febrero de 2004. Art. 2.

En cuanto a este aspecto, es preciso aclarar que las AFL deben tener como objetivo esencial, independientemente de la misión consagrada en los documentos constitutivos, desarrollar iniciativas ciudadanas, mediante las cuales se construya una sociedad, caracterizada por los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores, que como bien consagra el Preámbulo de nuestra Constitución, son esenciales para la cohesión social.

Estas iniciativas deben ser implementadas sin buscar ninguna fuente de ingresos, beneficio u otra ganancia financiera, por lo que las AFL deben desarrollar políticas claras encaminadas a consagrar una distribución detallada de los excedentes o déficit que pueden generar en el ejercicio de sus actuaciones.

b) Una estructura formal de buena gobernabilidad.

El Reglamento de Aplicación establece los elementos esenciales que deben ser implementados en la estructura institucional de una AFL. En tal sentido, los órganos de gobierno y las disposiciones que regulan a los mismos, deben ser identificados detalladamente en los documentos constitutivos, es decir, en el acta constitutiva, los estatutos, y los demás documentos oficiales de la asociación, con la finalidad de establecer un procedimiento adecuado de toma de decisiones que permita evitar posibles confusiones con respecto a los órganos dirigentes de la asociación.

Por consiguiente, con la finalidad de que estos documentos puedan consagrar una buena base de gobernabilidad, el CEESF ha establecido que es necesario que éstos consagren detalladamente, a parte de los datos requeridos por la ley, los siguientes aspectos: a) nombre del órgano u órganos de gobierno.

En cuanto a este aspecto, debemos resaltar que la estructura recomendada para el desarrollo de una buena gobernabilidad por parte de las AFL, es la estructura dual, mediante la cual existen dos órganos de gobierno que desarrollan sus funciones conjuntamente; b) máximos órganos de gobierno y su relación con las demás entidades de la organización, así como sus responsabilidades y facultades básicas; c) obligaciones de los miembros de la asociación, como por ejemplo lealtad y confidencialidad; d) número mínimo requerido de miembros del consejo, y la cantidad mínima de reuniones que éste debe efectuar anualmente; e) reglas de membresía (incluidos criterios de elegibilidad, suspensión y expulsión).

En cuanto a este aspecto, debemos resaltar que el Reglamento de Aplicación consagra los principales requisitos para la adquisición de la membresía de una AFL; f) método para convocar las reuniones (responsables de la convocatoria, cómo fijar las fechas, quién decide los puntos de la agenda, entre otros), así como los procedimientos de toma de decisiones; y, por último, g) las disposiciones relacionadas con conflictos de intereses.

c) Una forma básica de rendición de cuenta.

Entre los principios básicos para la buena gobernabilidad de las AFL, podemos destacar el desarrollo de una estructura adecuada y simplificada de rendición de cuenta. En tal sentido, es preciso indicar que uno de los aspectos más importantes en el desarrollo de una buena gobernabilidad es la transparencia en el manejo de los libros de registro de la asociación, toda vez que una organización que rinde cuentas tiene un sistema efectivo de gobernabilidad interna, y sobre todo, genera una gran credibilidad para sus miembros y la comunidad en general.

En tal sentido, debemos destacar que el Tribunal de Cuentas en España ha conceptualizado la rendición de cuentas como “*el acto mediante el cual los responsables de la gestión de los fondos informan, justifican y se responsabilizan de la aplicación de los recursos puestos en un ejercicio económico*”. Es decir, que la redición de cuentas puede conceptualizarse como la obligación o disposición de aceptar la responsabilidad o a dar cuenta de sus propias acciones.

En virtud de esto, debemos aclarar que para garantizar una adecuada gobernabilidad en las AFL, es necesario que éstas contengan en los documentos constitutivos un sistema transparente de redición de cuentas, determinando los responsables y el procedimiento correspondiente para llevar adecuadamente estos registros. Por tal motivo, el Reglamento de aplicación establece la obligación de las AFL de llevar “*una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, así como de las actividades realizadas*”.

En consecuencia, es recomendable que los documentos básicos de la asociación consagren detalladamente el órgano responsable para el manejo y la utilización de los bienes de la asociación, y sobre todo, las posibles sanciones en

⁶ Definición obtenida de la Página del Tribunal de Cuentas de España: <http://www.rendiciondecuentas.es/es/informaciongeneral/cuentagen-eral/RendicionCuentas.html>, última visita en fecha 14 de enero de 2014.

⁷ Reglamento No. 40-08 de fecha 16 de enero de 2008, para la aplicación de la Ley No. 122-05, sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro en la República Dominicana. Art. 19.

caso de prácticas fraudulentas con el manejo de dichos bienes, garantizando así, una administración y movilización responsable de los recursos de la asociación.

d) La separación de las funciones gerenciales de las prácticas de gobernabilidad.

Por otro lado, es necesario destacar que un principio de buena gobernabilidad radica en considerar que las funciones gerenciales son distintas a las prácticas de gobernabilidad. De esta manera lo ha consagrado el CEESF, al establecer que:

Con la separación de las funciones gerenciales de las prácticas de gobernabilidad se implementa un sistema de frenos y contrapesos que garantizan la adecuada dirección de la organización, y sobre todo, asegura el interés público en la toma de decisiones importantes.

En efecto, en los casos en que el consejo no se encuentra separado de la dirección, funciona en un estado perpetuo de conflictos de interés, reales o percibidos, debido a la superposición de roles ejecutivos y de supervisión, toda vez que como este adquiere un poder absoluto puede desarrollar políticas y tomar decisiones en base a sus beneficios, y no a los intereses de las partes involucradas.

En tal sentido, es preciso resaltar que con la independencia del consejo de las decisiones tomadas por la gerencia, se evita automáticamente la sospecha de que sus acciones no obedecen al bien público, toda vez que el consejo, en ese caso, actuaría como un freno al control gerencial sin dirigir a la organización ni disponer directamente de los fondos. La existencia de un consejo activo e independiente garantiza a los donantes, a la población beneficiaria y a otras partes interesadas que la dirección de la asociación se realiza de manera profesional, y le otorga la confianza de que en el gobierno interno de la asociación no existen conflictos de intereses⁸.



e) El desarrollo de políticas éticas y profesionales.

El numeral 4 del tercer artículo del Reglamento de Aplicación establece que:

La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones sin fines de lucro deben ser democráticas, respetando el pluralismo y la diversidad de opinión, la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y serán nulos de pleno derecho las disposiciones estatutarias y los acuerdos contrarios a tales requisitos⁹.

En tal sentido, con el objetivo de garantizar una correcta gobernabilidad en las AFL, es necesario que éstas desarrollen un conjunto de políticas éticas y profesionales, a fin de que los miembros desarrollen un comportamiento ejemplar (que vaya más allá de cumplir con la misión de la asociación), asegurando que aquellos valores y prioridades que transmite la asociación sean los que la organización desea que la identifiquen.

Entre las políticas que pueden desarrollar las AFL se encuentra el código de conducta de sus miembros, mediante el cual se establecen las disposiciones que regulan el comportamiento que deben asumir los miembros de la asociación, con el objetivo de que no exista ningún tipo de discriminación, parcialidad o preferencia dentro del gobierno interno de la organización.

⁸ CENTRO EUROPEO DE DERECHO SOBRE ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO, *op. cit.* p. 28.
⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰Reglamento No. 40-08. *Ob. Cit.* Art. 3, numeral 4.

f) La responsabilidad civil con las comunidades que sirve.

Finalmente, aunque no menos importante, las AFL deben establecer políticas claras sobre su responsabilidad civil con las comunidades a las que sirven. En tal sentido, tomando en cuenta, que las AFL a través de sus actuaciones no buscan obtener ninguna fuente de ingresos, beneficios u otra ganancia financiera, deben asegurarse de que sus actuaciones tienen como finalidad primordial garantizar la satisfacción de una necesidad básica dentro de la comunidad o de sus integrantes.

En cuanto a este aspecto, debemos destacar que a través de las diferentes políticas internas desarrolladas por la asociación, se garantiza la protección de los derechos y los interés de la comunidad, a través de la participación de la vida comunitaria en las decisiones públicas llevadas a cabo por los órganos del Estado, por lo que se protegen los derechos y deberes de la comunidad en general.

Es preciso aclarar que por comunidad se debe entender a los miembros de la organización, la población beneficiaria, los donantes, el gobierno y demás partes interesadas o grupos de apoyo. Es decir, que la buena gobernabilidad no sólo se limita a influenciar la credibilidad de los miembros de la asociación, sino que contribuye con el afianzamiento de las relaciones de la asociación con las demás instituciones y órganos del Estado.

En tal sentido, debemos resaltar que con la implementación de estos principios, las AFL irradian una estructura de responsabilidad y compromiso con la comunidad, lo que permite que sus decisiones sean valoradas y sean más efectivas con relación a las decisiones tomadas por los órganos del Estado.

En conclusión, es necesario aclarar que las asociaciones antes de intentar organizar y satisfacer las necesidades de las comunidades y de sus integrantes, deben organizar su estructura interna a través de la implementación de una buena gobernabilidad, para que sus actuaciones puedan influir en el orden público, y puedan garantizar los intereses y los derechos de los ciudadanos. Por lo que, aunque parezca difícil o complicado, una buena gobernabilidad es la única manera para que la asociaciones puedan alcanzar sus objetivos.

Referencias Bibliográficas:

Constitución de la República Dominicana de fecha 26 de enero de 2010.

Ley No. 122-05 para la Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro en la República Dominicana, y su Reglamento de Aplicación, de fecha 22 de febrero de 2004.

CENTRO EUROPEO DE DERECHO SOBRE ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO. *Manual de gobernabilidad para ONGs*. Hungría: Año 2004. Disponible en: <http://www.icnl.org/programs/lac/mexico/manual-de-gobernabilidad-final.pdf>, última visita en fecha 13 de enero de 2014.

UNITED NATION. *Manual sobre las Instituciones sin Fines de Lucro en el Sistema de Cuentas Nacionales*. United Nations Publications, 2007.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA. ¿Qué es la rendición de cuentas? (En línea). Consultado en fecha 14 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.rendiciondecuentas.es/es/informaciongeneral/cuentageneral/RendicionCuentas.html>.

TEJADA, MILTON. *Impacto socio-económico de las asociaciones sin fines de lucro en la República Dominicana*. (En línea). Alianza ONG: Año 2011. Consultado en fecha 19 de enero de 2014. Disponible en: <http://rendircuentas.org/wp-content/uploads/2011/07/Alianza+ONG+Estudio.pdf>.

Intégrate

Síguenos en twitter
@RJuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escribenos a consejoeditorialunibe@gmail.com



Por **Ricardo José González Rodríguez**
Licenciado en Derecho. Egresado de UNIBE.
Abogado asociado de la firma Jiménez Cruz Peña.

La aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en materia de contratación pública dominicana y el principio de continuidad de los contratos administrativos

Resumen: Análisis de la compatibilidad y alcance de la excepción de inejecución en materia de contratación pública dominicana, de cara al principio de continuidad de los contratos administrativos.

Palabras claves: Excepción de inejecución, contratos administrativos, derecho administrativo, principio de continuidad, interés público.

En el ámbito del derecho privado dominicano —a diferencia de otras legislaciones—, el medio de defensa objeto del presente estudio no se encuentra expresamente integrado al ordenamiento jurídico. Sin embargo, al día de hoy no se discute su conceptualización, normativización y aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia local, con base a la interpretación de varios textos legales¹, siendo de aplicación general el artículo 1184 del Código Civil, el cual, copiado verbatim, reza de la manera siguiente:

La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso no queda disuelto el contrato de pleno derecho. La parte a quien no se cumplió lo pactado, será árbitra de precisar a la otra a la ejecución de la convención, siendo posible, o de pedir la rescisión de aquella y el abono de daños y perjuicios (...). (énfasis añadido).

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha definido la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de inejecución, como:

La prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras ésta no ejecute la suya (...) excepción [que] permite al contratante demandado por incumplimiento de su obligación, suspender el cumplimiento hasta que el demandante cumpla la suya, por lo que constituye un derecho que tiene la parte a la que se le exige el pago de negarse a cumplir mientras el otro contratante no cumpla sus obligaciones correlativas; que, además, esta excepción que también es llamada de inejecución, sanciona la regla según la cual en toda relación sinalagmática obligatoria, cada parte no puede reclamar de la otra la ejecución de sus obligaciones, si de su lado ella no ejecuta o no ofrece la ejecución de sus propias obligaciones².

¹ Artículos 1612, 1613, 1616, 1652, 1653, 1704 y 1749 del Código Civil de la República Dominicana; artículo 851 del Código de Procedimiento Civil; artículo 577 del Código de Comercio.

² SCJ, 1.ª Cám., 8 de diciembre de 2010, No. 481, B.J. 1201.



Firma

De la lectura de la jurisprudencia que antecede, en adición a otros precedentes similares fijados por el Tribunal Supremo en esta materia, se deriva que la *exceptio non adimpleti contractus* sólo es aplicable a los contratos sinalagmáticos y bajo determinadas condiciones, siendo éstas: a) que las obligaciones discutidas sean interdependientes y correlativas entre sí ; b) que el incumplimiento de una de esas obligaciones conlleve una afectación grave al contrato, impidiendo la ejecución de la obligación que se procure suspender con la excepción; y c) que se compruebe la buena fe de la parte que invoca la excepción .

En atención a estos supuestos, corresponde verificar la compatibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* con el régimen de la contratación administrativa dominicana, considerando la condición de exorbitancia del derecho administrativo hacia el derecho común y, muy especialmente, en contraposición al principio de continuidad en la ejecución de este tipo de contratos, en virtud de la cual se coloca en manos del contratista la obligación de dar curso a la prestación del objeto pactado indistintamente de las coyunturas que puedan suscitarse, salvaguardando así la satisfacción del interés de la colectividad.

Tradicionalmente ha sido expresado por la doctrina que el principio de continuidad se sostiene sobre los siguientes fundamentos: a) el cumplimiento y satisfacción del interés público, presente en todo contrato administrativo; b) la subordinación jurídica en que se encuentra el contratista frente a la Administración Pública; c) el rol de colaborador que asume el contratista particular en este tipo de contrataciones .

Así, la prevalencia del interés público sobre el interés privado en los contratos administrativos, se reduce principalmente a una visión utilitarista según la cual adquiere mayor relevancia asegurar el bienestar general que evitar la ruina del particular conminado a mantener la prestación comprometida.

En cuanto al denominado rol colaborador del contratista, ha sido aseverado que éste: “(...) debe aportar en todo momento su esfuerzo para que se alcance la finalidad del contrato, alcanzando su objeto y participando del interés que tiene la Administración en asegurar sus actividades, la prestación de los servicios y los intereses generales que estén comprometidos” .

3 SCJ, 1ª Cám. 10 de julio de 2003. No. 6, B.J. XXXXX. “(...) como parece deducirse de su contexto, se inscribía realmente dentro de los convenios sinalagmáticos, con obligaciones recíprocas y de ejecución inmediata consecuentes de la interdependencia de las prestaciones convenidas, susceptible de admitir la aplicación de la regla “non adimpleti contractus”, que tiene su fundamento en los artículos 1183 y 1184 del Código Civil, (...) cuyo texto, por cierto, no está concebido en términos tan específicos, ni excluye taxativamente la norma de “no cumplimiento contractual” de que se trata, la cual resulta inherente a todo contrato sinalagmático de ejecución inmediata al formar parte integrante de las obligaciones que posibilita el nacimiento de ese convenio, salvo que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, estipularan lo contrario” (énfasis añadido).

4 SCJ, 1ª Cám. 2 de julio de 2003. No. 7, B.J. XXXXX. “la excepción de inexecución designada corrientemente por su fórmula latina non adimpleti contractus, invocada por la recurrente para retener el pago de la última cuota de US\$27,800.00, prevista en el contrato suscrito entre las partes el 11 de julio de 1996, si bien es un medio de defensa admitido en todos los contratos sinalagmáticos, al cual puede recurrir el contratante a quien se demanda la ejecución de su obligación cuando el demandante no ha ejecutado la que a su respecto le corresponde y que puede ser puesta en obra sin previa puesta en mora ni decisión del juez, si es opuesta por el contratante que estima que la otra parte no ha cumplido sus obligaciones correlativas, lo hace a sus riesgos y peligros, ya que los jueces del fondo aprecian soberanamente si la inexecución invocada es de naturaleza a justificar su actitud” (énfasis añadido).

5 MARTÍNEZ, A. “¿Continuidad o suspensión de la ejecución?” En *Contratos Administrativos*. Primera edición. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, S.A. 2002. p. 460.
6 ESCOLA, citado por *Idem*, p. 461.

Intégrate

Síguenos en twitter
@Rjuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escribenos a consejoeditorialunibe@gmail.com

El derecho dominicano, sostenido por la necesidad de satisfacción del interés colectivo, reconoce el principio de continuidad en el texto del numeral segundo del artículo 147 de la Constitución, mismo que lee como sigue:

Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria.

El principio ha sido igualmente previsto por la legislación especial sobre la materia, esto es, la Ley No. 340-06, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, modificada por la Ley No. 449-06, según se observará más adelante.

Empero, debe destacarse que el principio de continuidad no es —ni debe ser— de aplicación absoluta, ya que en caso de mediar una situación de fuerza mayor o caso fortuito, o bien un hecho de la Administración que imposibilite de lleno al contratista la ejecución del contrato o que impida su ejecución oportuna, éste último queda eximido de responsabilidad y, por extensión, de las sanciones que de otro modo le hubiesen correspondido.

Es precisamente a raíz de lo anterior que se desprende la discusión de que se trata sobre la aplicación de la excepción de inejecución como mecanismo de defensa del contratista ante el incumplimiento de la Administración de las obligaciones puestas a su cargo (v.gr., falta de pago o pago a destiempo), a propósito de la cual se percibe una división doctrinaria.

Mientras algunos académicos —al amparo del principio de continuidad— rechazan por completo su oponibilidad en el ámbito de la contratación administrativa, otros la entienden procedente en los supuestos de incumplimiento por parte de la Administración Pública.

Como soporte para la imposibilidad de recurrir a la *exceptio non adimpleti contractus*, los detractores —entre ellos Escola y Berçaitz— han aducido las siguientes premisas, someramente identificadas por Marenhoff, a saber: a) que el servicio público no debe ser interrumpido, lo que impide aplicarla a favor del contratista; b) que el contratista aceptó la tarea de satisfacer una necesidad pública, debiendo efectuarla de cualquier manera y no obstante cualquier sacrificio, aun ante el incumplimiento de la Administración Pública.

Se observa entonces que, tanto el fundamento como los razonamientos esgrimidos por la corriente opositora a la *exceptio non adimpleti contractus* giran en torno a la noción de servicio público e interés colecti-

vo, sin advertir, en primer lugar, que no todos los contratos administrativos tienen por objeto la prestación de un servicio público y que, aún cuando la concesión otorgada tenga tal finalidad, ello no justifica la inaplicación de la excepción de inejecución cuando queden configurados los requisitos jurídicamente exigidos, salvo que, por ejemplo, el pago del servicio sea efectuado por los usuarios en lugar de la autoridad concedente.

A favor de la postura antitética, el propio Marenhoff propone que cuando el incumplimiento del Estado fuere de tal magnitud que práctica y razonablemente el contratista no pueda llevar a cabo sus obligaciones, el incumplimiento de éste último debe considerarse un derecho, sirviéndole de título idóneo para revelarlo de sus compromisos contractuales.

De la misma forma, Dromi ha favorecido el empleo de la excepción de inejecución en los casos en que una conducta estatal haya dado lugar a una situación de hecho que imposibilite al contratista de sus obligaciones, siempre que dicha imposibilidad sea razonable, y que a la vez no pueda ser superada luego de haber realizado un esfuerzo diligente.

Cuando la Administración Pública incurra en incumplimiento de sus obligaciones, podrá el contratista hacer uso de la exceptio y suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo. Sin embargo, no se admite tal excepción en todos los casos, ya que para que ella proceda, el hecho de la Administración tiene que producir una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales. (...) Además, el incumplimiento de la Administración debe serle imputable jurídicamente a aquella, pues no procederá tal defensa cuando el incumplimiento de la Administración obedezca a fuerza mayor, o a hechos producidos por el contratista particular. Ni tampoco podrá ser invocado ante cualquier dificultad que se presente al contratista.

A partir de los planteamientos descritos *ut supra*, y previo examen de la aproximación de la legislación dominicana a esta controversia, conviene señalar que si bien lo próximo no constituye una *exceptio adimpleti contractus*, ante un escenario de incumplimiento contractual no del Estado, sino del contratista, el numeral noveno del artículo 31 de la Ley No. 340-06, concede a la entidad contratante de la Administración Pública, la “prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el proveedor o

7 Constitución de República Dominicana, artículo 147.

8 DROMI, R. Derecho Administrativo. Novena edición. Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2001, p. 439.

9 MAIRENHOFF, M. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Cuarta Edición.

Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.A. 1998, p. 378.

10 *Ibidem*, p. 379.

11 La diversidad de los tipos contractuales que puede utilizar la Administración en el ámbito de su giro o tráfico peculiar al amparo de la libertad de pactos (...) impide diseñar un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos” (v.g. de obras, de gestión de servicio público, de concesión de obra pública, de suministros, de servicios, de colaboración público-privada). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ. T. Curso de Derecho Administrativo I. Decimoquinta edición. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A. 2011, p. 765.

12 MAIRENHOFF *op. cit.*, p. 382.

13 DROMI, *op. cit.*, p. 439.



contratista no lo hiciere dentro de plazos razonables y proceder al encausar al incumplidor ante la jurisdicción correspondiente”¹⁴.

De tal modo que ante un incumplimiento del contratista en la ejecución del objeto del contrato, se ha reservado a la Administración la facultad de avocarse para sí misma la prestación de la obra, bien o servicio de que se trate, con el fin exclusivo de preservar el interés general.

nada impide el reconocimiento legítimo y expreso de la exceptio *non adimpleti contractus* por vía de su inclusión en el propio contrato, o bien en el pliego de condiciones redactado al efecto

Por otra parte, resulta directamente relevante al presente comentario el análisis del numeral tercero del artículo 32 de la misma ley, que establece en manos del contratista la obligación “de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, o por actos o incumplimiento de la autoridad administrativa, que hagan imposible la ejecución del contrato”¹⁵, de donde es evidente que el legislador dominicano ha utilizado la misma fórmula de dispensa de respon-

sabilidad previamente aludida a favor del contratista, impidiendo la aplicación arbitraria y desmedida del principio de continuidad ante la existencia la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de la Administración que razonablemente estorbe el cumplimiento de las obligaciones de las obligaciones del contratista.

En efecto, el propio artículo 147 constitucional que instituye el principio de continuidad en las contrataciones administrativas, se encarga en la misma medida de incorporar el principio de razonabilidad en la prestación de los servicios públicos, principio el cual asiste al contratista, siempre que la autoridad estatal pretenda imponer

abusivamente su condición ventajosa en la ejecución contractual, aun en inobservancia de su propio incumplimiento.

Sumado a lo anterior, al margen de cualquier exégesis de los textos legales correspondientes, lo cierto es que nada impide el reconocimiento legítimo y expreso de la exceptio *non adimpleti contractus* por vía de su inclusión en el propio contrato, o bien en el pliego de condiciones redactado al efecto, al tenor de

¹⁴ Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, modificada por la Ley No. 449-06, artículo 31.
¹⁵ Idem, artículo 32.



lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley No. 340-06, que permite la suspensión temporal de la concesión en caso de que “se hubiere establecido en el pliego de condiciones o el contrato”.

No puede ser de otra forma, y es que a pesar del influjo manifiesto del principio de continuidad —de rango constitucional en el ordenamiento jurídico dominicano—, generado a través del receloso interés de la Administración en preservar el interés general (y el suyo propio) por encima del particular, lo cual se traduce a su vez en una prerrogativa en el ejercicio de la función administrativa, pretender que pueda conservarla en términos absolutos no sólo sería incompatible con los principios de justicia y razonabilidad del Estado Social y Democrático de Derecho, sino que provocaría además el distanciamiento de importantes capitales nacionales y extranjeros, como consecuencia de la reducción en los avales de la seguridad jurídica del potencial inversionista.

Síguenos en twitter
@Rjuridicaunibe
y en instagram
@revistajuridicaunibe

¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?
Envíanos tu artículo a
consejoeditorialunibe@gmail.com

Conoce sobre nuestro banco de temas,
escribenos a consejoeditorialunibe@gmail.com

Referencias bibliográficas

BERÇAITZ, Miguel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Editora Depalma. 1952.

DROMI, R. *Derecho Administrativo*. Novena edición. Madrid: Editorial Ciudad Argentina. 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimoquinta edición. Navarra: Editorial Aranzadi, SA. 2011.

MAIRENHOF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.A. 1998.

MARTÍNEZ, A. “¿Continuidad o suspensión de la ejecución?” En *Contratos Administrativos*. Primera edición. Buenos Aires: Lexis-Nexis Argentina, S.A. 2002.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Ley No. 340-06 sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones*. G.O. 10380 de fecha 18 de agosto de 2006.

SUBERO Isa, J. *El Contrato y los Cuasicontratos*. Tercera edición. Santo Domingo: Editora Corripio, C. por A. 2008.



Máximo Alexander Hernández Guerrero
Abogado. Curioso permanente del Derecho Público,
en especial del Derecho Administrativo.

Generalidades sobre la responsabilidad de la administración: un vistazo desde nuestro ordenamiento jurídico

Resumen: La responsabilidad de la Administración, tal y como se encuentra configurado en nuestra Constitución y legislación adjetiva, es una innovadora institución de Derecho Público que se erige como una garantía a la protección efectiva de los derechos fundamentales, ya que procura la reparación íntegra de los daños causados a la esfera jurídica de los particulares en ocasión a las actuaciones y actividades de los poderes públicos.

Palabras claves: Responsabilidad administrativa, Estado de Derecho, reparación, daños, actuación, omisión, causalidad, criterios de imputación.

• Breve aproximación al concepto de la responsabilidad administrativa.

El Principio de Legalidad, en el ámbito del Derecho Administrativo, surge de la evolución que sufren los Estados Naciones europeos donde regía el denominado “Estado Absoluto”, en el cual el monarca ejercía su poder sin que su voluntad estuviera supeditada a ley (*rex legibus solutus*); por lo que no existía ninguna garantía que protegiese los derechos de los súbditos frente al poder omnímodo y arbitrario del rey.

Producido el colapso del *Ancien Régime*, el triunfo de los ideales de la Revolución Francesa es un hecho indetenible. Inicia pues, el periodo de transición a los Estados liberales (Estado de Derecho) donde se introducen los principios del imperio de la ley, de la separación de los poderes, el reconocimiento y respeto de las libertades individuales, así como la proclama del sometimiento irrestricto de las actuaciones del Estado al Derecho.

Sin embargo, a pesar de la progresiva consolidación de la legalidad, el incipiente Estado liberal absorbe paulatinamente algunas prerrogativas de corte monárquico, permeando, con atenuados matices, el principio *the king can do not wrong* en el ámbito de la propiedad privada y su expropiación, previa justa indemnización. Es decir, el Estado garantizaba la acción resarcitoria por los daños causados en detrimento del patrimonio de un particular a causa de la declaratoria de utilidad pública, pero se mantenía irresponsable ante los daños generados en ocasión a actos administrativos ajenos a la institución expropiatoria.

Francia, a través del *Arrêt Blanco de 1873*, es quien plantea con mayor brillantez los supuestos sobre los cuales se debe determinar y, posteriormente, cuantificar el daño causado a un ciudadano. Este fallo constituye la piedra angular del instituto de la responsabi-

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid. Civitas, 7ma. ed., 2000, p. 357.

dad del Derecho Público, al establecer que:

(...) la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados ².

El razonamiento anterior, da pie a la construcción de una teoría propia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En primer lugar, porque entendió que la Administración debe ser juzgada conforme a reglas especiales, sin necesidad de acudir para su interpretación, al auxilio de los presupuestos planteados en el código civil francés sobre la noción precaria de culpa o falta personal. Y, en segundo lugar, porque a partir de entonces, los asuntos administrativos serían dirimidos bajo procedimientos jurisdiccionales particulares.

- El régimen de la responsabilidad de la Administración establecido en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana.

A raíz de la proclamación de la Constitución del año 2010, nuestro ordenamiento jurídico sufre modificaciones trascendentales que obligan a reformar las bases sobre las cuales estaban edificados los poderes públicos, y armonizar sus actuaciones conforme al espíritu neo constitucionalista que ella misma consagra. Y es que la inserción de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, redimensiona la noción tradicional a la que estaba ligada la función y el accionar de la Administración Pública frente a los administrados.

La realidad es tan palpable, que hoy sólo se puede concebir una Administración que despliegue su imperium “partiendo del dato fundamental de la constitucionalización del Derecho, que obliga necesariamente a estudiar la Administración mediante la adecuación de las instituciones administrativas al deber ser constitucional” ³. Es decir, la Administración debe actuar en garantía de la efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículo 8 de la Constitución).

² Pratsca, Tribunal de Controversias, Sentencia Blanco de 08 de febrero de 1873, [en línea], file:///C:/Users/mhg/Desktop/DER.%20ADM.pdf [Consulta: 20 de septiembre de 2015].

³ JORGE PRATS, E. Las Bases Constitucionales de la Administración Pública. La Administración Pública en el Nuevo Régimen Constitucional 2011, Vol. V, No 5, p.12.



En efecto, esta adecuación impone al Estado la obligación de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de preservar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos humanos. Bajo este esquema, es preciso concluir que, resulta obligatorio interpretar el ordenamiento jurídico desde una perspectiva constitucionalizante que suprima todo reducto de irresponsabilidad de la Administración.

El reconocimiento de los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración recibe pleno respaldo en el artículo 148 de la Constitución. Su fundamento jurídico se encuentra diseminado en el corpus constitucional, ya que existen presupuestos que imponen a toda la estructura estatal el deber de restituir lo suyo a cada quien cuando le ocasione un daño que la víctima no estaba obligada a soportar, y que, por ende, no sólo le ocasiona un menoscabo sino que implica una desigualdad ante las cargas.

El constituyente encomienda al legislador ordinario la labor de establecer el marco jurídico de la responsabilidad administrativa, consignando en los artículos 57 y siguientes de la Ley No. 107-13, los criterios de imputación indispensables para retener la responsabilidad:

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.

1. El daño

La responsabilidad de la Administración se activa a partir de la existencia real de un daño, entendiéndose este como “el perjuicio o detrimento sufrido en los bienes y derechos de un persona, ya tengan carácter patrimonial o no patrimonial, con inclusión del daño moral”⁴. Debe ser evaluable económicamente (patrimonial, físico, moral, emergente o lucro cesante), según se desprende del artículo 59 de Ley 107-13, siendo posible individualizarse con relación a una persona o grupo de personas.

Sobre este aspecto, no obstante que nuestra legislación use indistintamente los términos “daño” y “lesión”, la doctrina entiende que “el concepto jurídico

de lesión difiere sustancialmente del concepto vulgar de perjuicio”⁵. Esto así, porque aducen que la lesión es un perjuicio patrimonial que sea antijurídico.

Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la juridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad estrictamente objetiva. Por tanto, no es necesario determinar si la Administración obró de forma lícita o no, sino que se trate de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidades, garantizando el resarcimiento íntegro a la víctima.

En tal sentido, la precitada Ley establece, en su artículo 57, párrafo I, los casos en que se pueden cristalizar la responsabilidad objetiva -prescindiendo de toda culpa, falta u omisión administrativa-, derivados del ejercicio lícito de potestades administrativas. Así, las actividades administrativas generadoras de riesgos, la existencia de sacrificios especiales o singulares en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, la responsabilidad por trabajos públicos, vienen a ampliar el régimen de responsabilidad administrativa. El Estado responde, por consiguiente, por la antijuridicidad del daño, en el sentido de que el sujeto que sufre este último no tenga el deber jurídico de soportarlo.

A pesar del criterio objetivizador del daño por parte de la doctrina, es notorio que el legislador dominicano privilegia la teoría del daño por la culpa (Arts. 57 y 58). Convierte así, el fundamento de la culpa del agente (responsabilidad subjetiva) en el criterio jurídico principal de imputación de daños a la Administración Pública. En ese caso, la responsabilidad descansa sobre el presupuesto tradicional de una conducta culpable bajo un desempeño doloso o imprudente.

La responsabilidad subjetiva, por su parte, entraña en nuestro sistema la coexistencia de responsabilidades (solidaridad), entre el ente público y sus funcionarios o entre varias administraciones, que permite a la víctima ser indemnizada en virtud del daño sufrido (Art. 58, párrafos I y II). De esta manera, se logra el cometido fundamental del principio de reparación íntegra del daño: proteger a la víctima de una posible insolvencia del obligado, pudiendo accionar en reclamación indemnizatoria contra todos los posibles autores, por la totalidad del daño.

⁴ DIEZ-PICAZO, L. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1^a ed., 1999.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 376.

⁶ *Ibidem*.

2. La acción u omisión administrativa antijurídica.

En cuanto a las actuaciones u omisiones antijurídicas, los cuales constituyen los títulos de imputación de la Administración Pública necesarios para habilitar su responsabilidad, la ley es muy vaga en ofrecer una fórmula genérica que permita controlar unificadamente la actividad administrativa, lo que impide determinar los estándares de conducta exigibles a la Administración, contribuyendo a expandir paulatinamente el sistema de responsabilidad patrimonial.

Siendo así, es innegable señalar que es tarea del legislador y de las distintas administraciones, dirigir esfuerzos que tiendan a especificar y fijar los criterios de actuación que deberían regir los servicios concretos que presta cada Administración, con lo cual la línea divisoria entre actuación u omisión antijurídica quedaría mejor delimitada.

A pesar de esta situación, tenemos administraciones y leyes sectoriales que regulan la esfera de actuación de algunas administraciones especializadas, toda vez que instauran sistemas y regímenes independientes de responsabilidad. En vista de esto, la Ley impone el dominio de aquellas en sus respectivas materias.

3. El vínculo de causalidad.

Se trata pues, de un requisito indispensable para verificar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Este elemento nos indica que el daño o lesión debe ser resultado directo de la actuación u omisión antijurídica de las administraciones.

La causalidad es el enlace o nexo, lógico y directo, entre una conducta como causa y el resultado material, como efecto y consecuencia de aquella. El nexo desempeña la función de elemento clave para imputar subjetiva u objetivamente la actuación u omisión antijurídica de la Administración. Por lo que el derecho reparación no nace por la simple existencia del daño, sino por la conexidad o la relación directa entre la actividad del Estado y sus agentes por cualquiera de sus órganos y el perjuicio que se ha producido.

Dado a que la relación del daño o la lesión con el ejercicio de la potestad administrativa implican particularidades inherentes a su compleja función servicial frente a la colectividad, resulta hoy difícil establecer criterios y fórmulas que rijan a la totalidad de los presupuestos de responsabilidad. Por ello, y debido a lo casuístico de la materia, corresponde al juez determinar las circunstancias y condiciones bajo las cuales se desenvuelve cada caso en específico sometido a su apreciación.

Es obvio, pues, que una aplicación rígida de las tesis causales (teoría de la equivalencia, causalidad adecuada o la causalidad directa), podría conducir muchas veces a resultados difícilmente compatibles con la naturaleza especial de la actividad administrativa.



Referencias bibliográficas

1. *García de Enterría, E.; Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo I. Duodécima (12ª) edición. Universidad Complutense de Madrid.*
2. *García de Enterría, E. La lucha contra la inmunidades del poder. Tercera edición, Cuaderno Civitas.*
3. *Derecho administrativo (1984). Instituto de Derecho público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas. Traducción de la novena (9ª) edición.*
4. *Peña Solís, J. (1998). El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela. Fondo Editorial.*



Gabriel Podestá Ornes

Egresado de UNIBE. Abogado en la Firma Fermín & Guerrero.

Hacia un concepto unificado de acto administrativo en República Dominicana

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo realizar un abordaje general sobre las diversas nociones y definiciones que han sido aportadas en torno al acto administrativo como categoría propia del derecho administrativo. Se discute, asimismo, la aparente dualidad de conceptualizaciones existentes en la República Dominicana.

Palabras claves: Acto administrativo, acto reglamentario, jurisdicción contenciosa administrativa.

Ya a finales del siglo decimonónico, época cúspide del pensamiento que concibió al derecho administrativo, el profesor alemán Otto MAYER (1895) afirmaba —con asombrosa exactitud— que *“el derecho administrativo moderno está dominado por el concepto de acto administrativo”*. No pretendía aseverar que todo el derecho administrativo pudiera reducirse al concepto de acto administrativo, sino que pretendía resaltar la centralidad de dicha institución para el estudio de la disciplina. Ello, por de pronto, implica que determinar la definición concreta de acto administrativo —su conceptualización—, en el marco de una determinada jurisdicción territorial, no es baladí. Todo lo contrario: servirá para conocer con precisión cuáles actuaciones administrativas estarán dotadas de los elementos característicos y esenciales de aquella gran categoría del Derecho Administrativo: el acto administrativo.

Estudiar el concepto de acto administrativo en la República Dominicana supone un entendimiento *a priori* de la enorme influencia que el derecho administrativo francés ejerció, en un inicio, sobre el dominicano. Como se verá, las primeras nociones dogmáticas al respecto provienen directamente de la construcción administrativa francesa. Posteriormente, y ya en nuestros días, el derecho administrativo español, e iberoamericano en general, ha pasado a jugar un rol estelar en la construcción de un “nuevo” derecho administrativo en la República Dominicana, lo cual se ve reflejado en la promulgación de una serie de normativas que suponen un rescate del derecho administrativo y una apuesta por la modernización de la Administración. Pero ahora —y sin mayores preámbulos— pasemos a considerar el acto administrativo en la República Dominicana.

Es harto conocido por cualquier estudioso del derecho administrativo dominicano que el punto de partida histórico para el conocimiento de esta disciplina inicia con la obra “Elementos de derecho administrativo, con aplicación a la legislación administrativa de la República Dominicana”, recopilación magnífica de Don Manuel de Jesús TRONCOSO DE LA CONCHA, que data del año 1938. Este, si bien no aporta una definición concreta sobre el acto administrativo, reconoce la vigencia plena de la figura en la República Dominicana y aborda lo relativo a la “clasificación” de los actos administrativos. Posteriormente, el profesor Manuel AMIAMA (1956) en su “Prontuario de legislación administrativa dominicana” dedica todo un capítulo al estudio del acto administrativo como figura central del derecho administrativo. En efecto, el reputado autor refiere lo siguiente:

(...) se conoce con el nombre de actos administrativos los actos jurídicos y materiales con que se exterioriza, en cada caso concreto e individual, la potestad del Estado, en el curso de su misión normal y habitual (...) el acto jurídico administrativo es un acto del Estado que determina situaciones jurídicas para casos individuales (...).

Comentado lo abordado anteriormente, el profesor Raymundo AMARO (2008) afirma que la conceptualización construida por el profesor AMIAMA es conteste con lo expresado por múltiples tratadistas iberoamericanos. Ello supone un aparente consenso en lo que respecta al concepto de acto administrativo como actuación típica de la Administración, proyectando a la doctrina vernácula como progresista y actualizada. Vale indicar, de igual manera, que la referida definición parte de la concepción francesa primigenia de acto administrativo, aportada



por Maurice HAURIOU (1921), quien señala —recabando la tradición administrativista de sus días— que se trata de una *décision exécutoire* y que se erigía como una manifestación “típica y normal” de los poderes propios implícitos con los que se enviste la Administración a fin de que pueda cumplir, de manera eficaz y eficiente, con su misión principal: salvaguardar el interés general. Esto último ha sido cuestionado recientemente, entendiendo que la potestad de dictar actos administrativos, al tratarse de una institución que se presume válida y ejecutoria y, por ende, afecta los derechos de las personas, requiere de una previa habilitación legal, es decir, se encuentra reservada a la ley en sentido estricto (BOCANEGRA SIERRA y GARCÍA LUENGO, 2007).

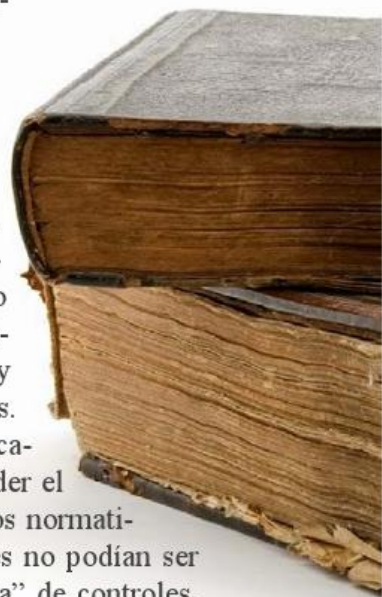
Un hito importantísimo en el estudio del derecho administrativo dominicano lo constituye la promulgación, en el año 1947, de la Ley No. 1494, la cual instituyó la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Dicha legislación reconoce la plena vigencia del concepto de acto administrativo y, lo que es más, construye el recurso contencioso administrativo como un mecanismo de impugnación de los “actos administrativos” —el denominado contencioso objetivo—; es decir: reconoce la necesidad de un “acto administrativo” como presupuesto de acceso a la jurisdicción, lo que, como se verá más adelante, ha influido decisivamente en la construcción de esta categoría del derecho administrativo.

En ese sentido, el profesor Olivo RODRÍGUEZ HUERTAS, en una ponencia presentada en el año 2008, titulada “Derecho administrativo dominicano y principios generales”, al abordar lo relativo a la noción de acto administrativo en la República Dominicana, nos hace una remisión a los pensamientos del profesor francés Georges VEDEL (1980), quien considera que el acto administrativo es:

(...) [u]n acto jurídico emitido unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere.

Como se podrá ver, y de conformidad con la posición dominante en Francia, los actos administrativos engloban los actos individuales y los actos reglamentarios o normativos de la Administración. Dicha postura fue trasladada al derecho administrativo dominicano, como bien afirma el profesor RODRÍGUEZ HUERTAS (2008 y 2009) en dos trabajos sucesivos. Lo anterior se debe, inequívocamente, a la necesidad de extender el control jurisdiccional a los actos normativos o reglamentarios, los cuales no podían ser tratados como una “zona exenta” de controles. En la actualidad, sin embargo, es aceptado el denominado “criterio ordinamentalista” —enarbolado por GARCÍA DE ENTERRÍA y SÁNCHEZ MORÓN, entre otros— precisando que la distinción principal entre acto administrativo y reglamento es que el reglamento innova en el ordenamiento jurídico, pasa a formar parte integral del sistema de fuentes, mientras que, por el contrario, el acto administrativo únicamente concreta el ordenamiento, es una manifestación de voluntad ordenada y no “ordinamental”. Tal concepción fue aceptada por el legislador dominicano en la mencionada Ley No. 1494, ya que, como se afirmaba anteriormente, erige al reglamento como criterio de validez del acto.

Con la Constitución del 26 de enero del año 2010 inicia una nueva etapa en el derecho administrativo dominicano de la mano de su constitucionalización, la mención en el texto constitucional de la jurisdicción contenciosa administrativa como órgano jurisdiccional con el monopolio del control de las actuaciones administrativas, y de las diversas normas que vendrían a concretar la remisión del constituyente derivado en renglones específicos como el procedimiento administrativo, la organización administrativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. En el ámbito de nuestro estudio, cabe mencionar las contribuciones realizadas por el Tribunal Constitucional, el cual ha aportado definiciones concretas sobre el alcance conceptual de acto





administrativo en el ordenamiento jurídico dominicano. Dichas definiciones han sido dadas en el marco de lo que el profesor Allan BREWER CARÍAS (2012) denomina “el necesario deslinde entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contenciosa administrativa”, esto es, la delimitación de cuáles son aquellos actos estatales sujetos al control concentrado de constitucionalidad y cuales son objetos del contencioso administrativo.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que tanto los actos individuales y concretos como los actos reglamentarios son actos administrativos. En su Sentencia TC/0056/13 estableció lo siguiente:

(...) el decreto es un acto administrativo, ya que se trata de una resolución dictada por un órgano del Estado, como lo es el Ejecutivo, en ejercicio de su competencia y que crea consecuencias jurídicas concretas que pueden ser para un individuo en lo particular, o para un grupo de ellos, y que buscan un fin determinado de interés público.

Por su parte, en la decisión TC/0161/13, el TC refirió lo siguiente:

(...) cabe distinguir los actos administrativos de efectos generales de los actos administrativos de efectos particulares. Los primeros son aquellos de contenido normativo; es decir, que crean normas que integran el

ordenamiento jurídico; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a muchos sujetos de derechos.

Por lo cual, de conformidad con lo expresado por el Tribunal Constitucional, cabe afirmar que para dicho alto tribunal aún perdura la clásica división francesa, antes referida, en la cual tanto los reglamentos como los actos de contenido individual y concreto son actos administrativos. Adicionalmente, dicho órgano constitucional ha precisado que los actos administrativos — tanto los individuales como los generales y los normativos— se “integran” en el ordenamiento jurídico del Estado. Ello ha sido refrendado en recientes decisiones del TC, de manera particular la Sentencia TC/0226/14, en la cual precisa lo copiado a continuación:

(...) para que un acto administrativo pueda dejar de tener los efectos que por su naturaleza le acompañan, debe ser expulsado del ordenamiento jurídico en las formas y por las razones constitucionales y legales permitidas, como ha dicho previamente este tribunal, por ejemplo, siendo revocado por la administración en cuestión o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa (Sentencia TC/0094/14). Se entiende por revocación el retiro del ordenamiento jurídico de un acto administrativo por la propia administración que lo dictó mediante un acto con efecto contrario al retirado.

Así, según el Tribunal Constitucional dominicano, el acto administrativo abarca tanto los actos de efectos concretos, sea individuales o generales, como los actos normativos o reglamentarios. Como referíamos a priori, dicha concepción parece ratificar la tradición francesa, traspasada a través de la doctrina y la legislación a la República Dominicana. Pero lo que es más, el TC ha señalado que los actos administrativos se “integran” o forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, siendo así parte del sistema de fuentes.

Lo anterior, sin embargo, parece colisionar frontalmente con lo expresado en la reciente Ley No. 107-13, la cual define de manera clara y precisa el acto administrativo. El artículo 8 de la indicada Ley establece:

Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento realizada en ejercicio de función administrativa por una Administración Pública, o por cualquier órgano u ente público que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros.

Dicha definición ha sido aceptada por la reciente jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en una decisión de fecha 24 de julio del año 2014, en la cual estableció lo siguiente:

(...) un acto administrativo es la decisión o resolución administrativa, con efectos individuales frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria (...).

En el año 2015, en una de sus primeras decisiones, el Tribunal Constitucional dominicano varió, al menos aparentemente, su criterio respecto al concepto de acto administrativo. En efecto, la decisión TC/0009/15, precisó lo siguiente:

La doctrina define los actos administrativos como el instrumento que le permite a la administración pública, en el ejercicio de su potestad administrativa, el manejo de los intereses públicos, manifestar su voluntad, deseo, conocimiento o enjuiciamiento que incide sobre situaciones subjetivas. En el ámbito administrativo dominicano, se considera como acto administrativo la manifestación de la voluntad unilateral de la administración, que tiene efectos particulares o generales capaces de producir consecuencias o modificaciones jurídicas.

Vale indicar que las definiciones antes copiadas asombran por su parecer, y provienen de la clásica definición italiana del profesor ZANOBINI (1958), con la cual la doctrina empezó a delimitar al acto administrativo como una categoría propia del derecho administrativo, diferenciándola decisivamente de las demás (contrato administrativo, reglamento). Para dicho autor el acto administrativo es:

La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria.

Dicha noción conceptual fue insertada en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana gracias a la trascendental influencia de la doctrina y legislación española, debiéndose señalar que

la comisión redactora de la Ley No. 107-13 estuvo integrada mayormente por profesores españoles. Lo anterior, ya que es el insigne profesor Don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en su obra colosal “Curso de derecho administrativo”, preparada en conjuntamente con el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en la cual prácticamente copia textualmente — insertando así en el derecho español— la clásica definición italiana de ZANOBINI.

Es posible notar que la definición aportada por la Ley No. 107-13 y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, así como por la Sentencia TC/0009/15, es radicalmente distinta a la aportada, reiteradamente, por el Tribunal Constitucional. Ello encuentra su explicación en que una (la Ley No. 107-13) obedece a la tradición italiana, posteriormente desarrollada por los españoles, mientras que la otra (el TC) obedece a la tradición francesa. Para la Ley No. 107-13, así como la legislación moderna que viene insertando el Estado dominicano en su ordenamiento jurídico, el acto administrativo es una categoría radicalmente distinta al reglamento, con un procedimiento previo para su dictado diferenciado, unos caracteres distintos y unas causas impugnatorias que varían. Por su parte, el TC entiende, de manera repetida, que tanto reglamentos como actos individuales son actos administrativos, a pesar de que admite que las vías de impugnar unos y otros varían, tomando en consideración, principalmente, sus efectos particulares, generales o normativos.

Lo anterior debe ser conjugado y, de una vez por todas, aclarado por la jurisprudencia y el precedente constitucional. Lógicamente, hace apenas pocos meses de un acontecimiento importantísimo: la puesta en vigencia de la Ley No. 107-13, lo cual supondrá un cambio radical en la concepción actual de acto administrativo, ya con efectos prácticos. Queda pues por ver cuál será la interpretación y el alcance que la jurisprudencia otorgará a la definición del artículo 8 de la Ley No. 107-13.

Para finalizar, creemos que —ya a mediano plazo— la promulgación de una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Adminis-

trativa impactará favorablemente en la conceptualización de acto administrativo. Lo anterior puesto que, como referimos anteriormente, el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa supone —al menos actualmente— la existencia de un acto administrativo desfavorable a un administrado, lo cual ha llevado a considerar prácticamente toda la actuación administrativa como “actos administrativos”, aun carezcan dichas actuaciones de la mínima apariencia o de los mínimos elementos del acto administrativo. Es decir, se acepta un concepto amplio de acto administrativo, a fin de lograr una mayor salvaguarda de los derechos subjetivos de las personas, en aplicación extensiva de la cláusula constitucional de la tutela judicial efectiva. Ello, pues, se trata de un “juicio al acto”, como bien refiere CHAPUS (2001), pero, al mismo tiempo, se erige como una herramienta que busca servir de protección al administrado frente a los formidables poderes que despliega la Administración.

El fenómeno antes descrito ha sido abordado de manera brillante por el profesor Raúl BOCANEGRA SIERRA (2012), quien entiende que una Ley moderna que rija la jurisdicción contenciosa administrativa, permitiendo acciones declarativas, constitutivas y de condena frente a la Administración —una ampliación del objeto en las pretensiones contenciosas administrativas—, contribuiría a la construcción de una noción estricta, “pura” y más aceptable desde el punto de vista teórico del acto administrativo. Para el reputado profesor, la definición de acto administrativo aceptable y sostenible teóricamente es la aportada por el parágrafo 35 de la Ley de procedimiento alemán, que rige de la manera siguiente:

Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

Aceptar tal concepción estricta contribuiría a devolver el sentido originario a esta institución, esencialmente dirigida a la producción de seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, dotando de

estabilidad a la misma. Aunado a ello iría, también, el otorgar los efectos propios de los actos administrativos únicamente a aquellos que lo son y evitando que meras actuaciones administrativas se presuman válidas y ejecutorias. Es decir, tal concepción se encargaría de proteger adecuadamente a los administrados tanto ante la presencia de actos administrativos (en sentido estricto) así como en aquellas actuaciones que no son verdaderamente actos administrativos (reusándoles los caracteres reservados a los actos administrativos).

Claro está que aún República Dominicana no ha aceptado la denominada concepción estricta de acto administrativo y se encuentra en un estado “dual” —por expresarlo de alguna manera—, al poseer, dentro de su ordenamiento jurídico, dos definiciones totalmente apartadas de acto administrativo. La referida divergencia debiera ser superada con la aplicación de la Ley No. 107-13, así como con la promulgación de una moderna Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

referencias bibliograficas

Amiana, Manuel. *Prontuario de legislación administrativa dominicana*. Revisado, anotado y puesto al día por el Dr. Raymundo Amaro Guzmán. 1era ed. Ediciones ONAP. Santo Domingo, República Dominicana, 2008.

Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Cuarta edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012.

Bocanegra Sierra, Raúl y García Luengo, Javier. *La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad*. *Revista de Administración Pública (RAP)*, No. 172, 2007.

Brewer Carías, Allan. *Los actos estatales sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en República Dominicana, y el neces-*

rio deslinde entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativo. Anuario del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2012.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta Edición, Editorial Civitas, 1997, Madrid.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public general*. París, Sirey, 1921

Mayer, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Traducción al castellano de la edición original del año 1895, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949. Citado en: Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Cuarta edición, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012.

Rodríguez Huertas, Olivo. *El acto administrativo: su asimilación en el derecho administrativo dominicano*. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ciudad de Panamá, 2009.

Rodríguez Huertas, Olivo. *Derecho administrativo dominicano y principios generales*. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Valladolid, 2008.

Troncoso de la Concha, Manuel de Jesús. *Elementos de derecho administrativo con aplicación a las leyes de la República Dominicana*. 1era ed. Imprenta Listín Diario. Ciudad Trujillo, Distrito de Santo Domingo, República Dominicana, 1938.

Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Ediciones Aguilar, Buenos Aires, 1980.

Zanobini, G. *Corso di Diritto Amministrativo*. Volumen 1, Octava edición, Giuffrè, Milano, 1958. Citado en: García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta Edición, Editorial Civitas, 1997, Madrid.



¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?

Envíanos tu artículo a consejoeditorialunibe@gmail.com



Mario Arturo Leslie Soto

Egresado de UNIBE. Abogado en la firma Fermín & Guerrero.

Breves apuntes sobre el principio de protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo

Resumen: El Principio de protección a la confianza legítima surge como una institución llamada a salvaguardar las expectativas legítimas creadas en el administrado, fruto del beneficio recibido a raíz de una actuación o acto administrativo ilegal. En este escenario se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior al principio de legalidad.

Palabras claves: : Confianza legítima, Administración Pública, principio de legalidad, principio de juridicidad, principio de igualdad, declaración de lesividad, acto administrativo, expectativas legítimas, protección, seguridad jurídica.

El principio de protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo ha sido uno de los temas de mayor discusión y objeto de abordajes, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. En efecto, nace en Alemania, como una creación pretoriana en el afamado caso de la “viuda de Berlín”.

El Tribunal Administrativo Superior de Berlín, en fecha 14 de noviembre de 1956, se pronunció respecto del reconocimiento de los derechos de protección de la confianza de los que se asistía la viuda de un funcionario, de recibir una pensión, no obstante la misma no cumplía con los requisitos de ley.

Desconociendo la beneficiaria el estado de ilegalidad de su prerrogativa, y habiéndose

creado expectativas legítimas en torno a este derecho, el tribunal estimó, y así lo confirmó el Tribunal Administrativo Federal y otros , que:

En los supuestos de actos administrativos ilegales de favorecimiento, se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior que el principio de legalidad, como es el caso de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza .

Entre las muchas definiciones y las variopintas maneras de bautizar esta institución jurídica, la mejor doctrina jurisprudencial ha elegido llamarle “principio de protección de confianza legítima”. La doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana ha esgrimido que este principio es:

Un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas [...].

La anterior conceptualización trae a la postre como concepto relevante el de expectativas válidas o expectativas legítimas. La Corte Constitucional de Colombia, al abordar este concepto, en su Sentencia Núm.C-168 de 1995, lo definió como una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos .

A partir de esta nueva noción que emanó del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, por similar vía pretoriana, otros ordenamientos jurídicos europeos fueron adoptando y acatando esta revolucionaria incorporación del Derecho Administrativo .

Este principio, de naturaleza constitucional, funge como un límite a las potestades que los poderes públicos tienen para alterar el contenido jurídico de sus actuaciones. La explicación dogmática se fundamenta en que este principio nace para limitar el ejercicio de las potestades de la Administración para revisar sus propios actos,

aunque fuesen ilegales, con el fin de proteger al particular que ha confiado en este acto y ha desconocido su ilicitud.

En definitiva, tal y como explica el administrativista español, Javier García Luengo, se erige como una manifestación concreta del principio constitucional de seguridad jurídica . No podría ser de otra manera, y es que como bien expresa el autor: *...quien tuvo la potestad de aplicar el ordenamiento de forma vinculante a un determinado sujeto, asume la responsabilidad de garantizar el mantenimiento del resultado de dicho proceso de aplicación .*

Huelga hacer la salvedad de que no debe desprenderse de este principio que la Administración o el administrado se encuentran dentro de un cauce jurídico de validación o anuencia de la ilegalidad, en desmedro del principio de juridicidad que debe permear en todos los actos y actuaciones que emanen de la Administración Pública.

Al contrario, el principio de protección a la confianza legítima es perfectamente compatible con el principio de legalidad, incluso en su más amplio espectro —como principio de juridicidad—, porque, como explica la mejor doctrina:

No se trata de desligar a la Administración de tener que actuar en base a la Ley, sino de determinar, una vez que en un caso concreto se ha actuado ilegalmente, si es o no procedente eliminar la ventaja jurídica otorgada a una determinada persona, lo que no implica en ningún caso ni una derogación de la norma afectada ni el nacimiento de un derecho de una actuación futura ilegal .

Este principio, de naturaleza constitucional, funge como un límite a las potestades que los poderes públicos tienen para alterar el contenido jurídico de sus actuaciones.

Asimismo podría surgir la misma interrogante acerca de la compatibilidad, pero esta vez en torno al principio de igualdad. Erróneamente, podría argumentarse que la obtención de una ventaja por una actuación ilegal de los poderes públicos sitúa en una situación ilegítima de privilegio al beneficiario, frente a quienes en la misma circunstancia recibieron una respuesta conforme al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la elaboración de la mejor doctrina responde esgrimiendo que siempre es más gravoso retirar lo que ya se disfruta que negar aquello a lo que no se tiene derecho. No podría ser de otra manera, ya que se trata esto de reconocer situaciones de protección a la confianza de ciudadanos que ya han consumido lo otorgado o han adoptado decisiones relevantes sobre la base de la ventaja jurídica obtenida, que no pueden revocar sin sufrir un quebranto irrazonable y desproporcionado.

El estudio del principio de confianza legítima estima, necesariamente, el análisis de los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia comparada han resaltado para verificar su consagración y, por ende, el mantenimiento de la situación jurídica que, de no configurarse este principio, darían al traste con la nulidad o anulabilidad del acto o actuación de la Administración de que se trate.

El profesor García Luengo entiende que hay que partir de la idea de que no serán los mismos presupuestos o requisitos, para argüir válidamente el que se está frente a una situación de confianza, cuando se trate de un acto o contrato ilegal, que cuando se trate de una actuación plenamente lícita de la Administración.

Sin embargo, en ambas situaciones, es obvio que se requiere la existencia de una actuación administrativa previa que funde la situación de confianza. Esta actuación puede ser tanto un acto expreso, como uno presunto o incluso un contrato o información administrativa, que por condicionar la aplicación futura del ordenamiento en un caso concreto, pueda asimilarse a un acto administrativo.

La jurisprudencia administrativa comparada, en múltiples sentencias del Tribunal Supremo español, ha reconocido que en el primero de los casos señalados, cuando la actuación que sirve de fundamento de la confianza resulte ilegal, el reconocimiento de la aplicación de este principio queda subordinado a una serie de condiciones.

Primeramente, que la ilegalidad del acto no recaiga en el ámbito de responsabilidad del interesado. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el acto dictado sea como consecuencia de un fraude, intimidación, cohecho o algún tipo de maquinación fraudulenta por parte del interesado. Asimismo, cuando haya sido dictado como consecuencia de informaciones falsas o inexactas suministradas por el interesado, aunque no haya sido dolosamente.

Otro requisito al que está subordinada la aplicación del principio de confianza legítima en concreto, cuando se trata de una actuación ilegítima de la Administración, es que el interesado desconozca la ilegalidad del acto y que no haya actuado de forma manifiestamente imprudente al desconocerla. El Tribunal Supremo español ha ampliado respecto a este requisito al expresar lo siguiente:

Esta exigencia es coherente con el fundamento de la protección de la confianza en la seguridad jurídica que sólo ampara a quien está en la creencia de la legalidad de la actuación administrativa y en la medida en que dicha creencia se mantenga [...] el nivel de diligencia exigible dependerá del grupo de personas al que pertenezca el interesado, de forma que no será la misma diligencia la exigible a una gran empresa en su tráfico jurídico que a quien es destinatario de la ayuda social [...].

Un tercer requisito exigible en esta cuestión es que exista una “manifestación de la confianza”. Es decir, que el receptor del beneficio ilegalmente otorgado lo haya consumido o haya adoptado decisiones en virtud del mismo que no pueda retrotraer sin que haciéndolo sufra un perjuicio irrazonable. La doctrina alemana, a cargo del profesor F. OSSENBUHL, ya hace décadas desarrolló al respecto que:

Esta exigencia es corolario directo del principio de igualdad, que obliga a que la protección de las prestaciones ilegales se otorgue sólo cuando su retirada deje al interesado en una posición peor a la que tenía antes de haberlas recibido[...].

Finalmente, se requiere realizar un “test” de ponderación entre el interés jurídico real del destinatario sobre el mantenimiento de la actuación administrativa y el de la Administración por revisarla, donde el resultado de dicho “test” deberá enmarcarse dentro del espectro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Este último requisito nace de la legislación alemana, y fue modelado por la jurisprudencia española haciéndolo formar parte de esta agrupación de criterios necesarios para la consagración válida del principio de confianza legítima frente a la actuación ilícita de la Administración.

El profesor Raúl Ernesto Bocanegra Sierra, hace una crítica respecto a este último requisito y expresa que debido al rango constitucional del principio en cuestión, el interesado se encuentra amparado en el mantenimiento de la actuación original de la Administración, por lo que esta ponderación de intereses siquiera tiene recibo.

Por otro lado, en cuanto a la protección de la confianza derivada de actuaciones lícitas de la Administración, los requisitos se encuentran matizados, y todo por el principio de legalidad que se inscribe a la par del principio de protección a la confianza legítima.

El administrativista español, el profesor Santiago Muñoz Machado, al abordar el tema en cuestión, en su Diccionario de Derecho Administrativo, cita las palabras del profesor García Luengo en el sentido de que, a diferencia de lo contemplado en el caso anterior, en este supuesto de actuación lícita de la Administración no se genera el problema de igualdad en la aplicación del ordenamiento.

En este sentido, secundamos la opinión juris del profesor Raúl Ernesto Bocanegra Sierra, quien entiende que, por regla general, procede el reconocimiento de la situación de confianza, salvo que el ciudadano haya propiciado con su

comportamiento que el acto haya devenido en inoportuno e incurrido en uno de los supuestos legales de revocación.

En el ordenamiento jurídico dominicano, si bien la actual Constitución de la República, promulgada en el 26 de enero del 2010, no consagra de manera expresa este principio, el proceso de “motorización legislativa” –término acuñado por Carl Schmitt, y genialmente abordado por Don Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández –, ha traído consigo la promulgación de instrumentos legislativos que ya contemplan esta noción. Verbigracia, la recientemente puesta en vigor Ley de Derechos de las Personas en su Relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo, No. 107-13 (LPA), de fecha 6 de agosto del 2013, indica en su Considerando Octavo:

El procedimiento administrativo tiene la virtud de generar una mayor aceptación y consenso en los destinatarios de las decisiones administrativas, ya que les permite la obtención de información adecuada y una mejor ponderación de los intereses en juego, evitando la conflictividad judicial o, en su caso, facilitando su ulterior enjuiciamiento, lo que inspira confianza, seguridad jurídica y atracción de la inversión económica.

El actuar de la Administración frente a los administrados, debido a que se reputa conforme a la ley, presenta vocación a generar una confianza y legítimas expectativas. En tal virtud y bajo ese razonamiento, el catálogo de principios del derecho administrativo dispuesto en el artículo 3 de la LPA promueve, en su numeral 15, el principio de confianza de confianza legítima, al describirlo como aquel ...en cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.

Lo anterior se concatena con las disposiciones del artículo 45 de la LPA, donde se dispone la noción de la declaración de lesividad de actos favorables. Este es un requisito o imposición que el legislador sabiamente impuso a la Administración para que esta no pueda ir deliberadamente en contra de sus propios actos. Esta es la

denominada doctrina de los actos propios que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del “venire contra factum proprium non valet”. Con ello se protege a los Administrados beneficiados de actos administrativos atributivos de derechos de que, transgrediendo las legítimas expectativas creadas a partir del dictamen de estos actos, la Administración pueda desidia-samente contrariarlos. El artículo de referencia reza así:

Los órganos administrativos podrán declarar, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados nulos o anulables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Párrafo I. Si el vicio del acto determinara su nulidad, el proceso de lesividad puede iniciarse en cualquier momento, siempre y cuando no se haya producido prescripción de acciones, o si por cualquier circunstancia su activación contraría la equidad, la buena fe o la confianza legítima [...]

Párrafo III. La Administración podrá inadmitir motivadamente las solicitudes de inicio del proceso de lesividad cuando carezcan manifestamente de fundamento, sean contrarias a la buena fe o a la confianza legítima.

Finalmente, nuestro Tribunal Constitucional ha enarbolado el principio de confianza legítima en diversas sentencias y, aunque aún de manera tímida, va encaminando sus abordajes a la par con los Tribunales Constitucionales y Tribunales Supremos que, a través de la historia, han servido sus precisiones de inspiración, modelo y sostén para nuestro ordenamiento jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho.

Referencias bibliográficas

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Editora Ariel, Barcelona, 1984.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa*. Revista General de Derecho Administrativo, No. 4, diciembre 2003, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Revista de Administración Pública, Madrid, 1962.

LONG, MARCEAU et al. *Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones librería del profesional Bogotá, 2000.

HAURIOU, M. *Précis de Droit Administratif*. Décima Edición, París, 1921.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo parte general*. Tecnos, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Siete tesis sobre el control de la discrecionalidad*. Cuadernos de derecho judicial No. 94, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de derecho administrativo general*. Tomo I. Madrid, Iustel, 2004.

España, Tribunal Supremo, 13 de julio de 1984, sentencia No. 22/1984.



¿Te interesa publicar en la Revista Jurídica?

Envíanos tu artículo a consejoeditorialunibe@gmail.com



Sylvio Hodos

Abogado francés autorizado a ejercer en Francia y en República Dominicana – Director del Departamento Fiscal y Abogado Administrador en la Oficina Castillo Castillo – Profesor de Derecho en UNIBE, PUCMM y APEC – Fundador de la Maestría en Derecho Tributario y de la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la PUCMM.

Análisis y Comentarios al Proyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana

Resumen: El presente escrito analiza de manera crítica y exhaustiva el Proyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana, evidenciando sus lagunas y proponiendo enmiendas pertinentes, a la luz de los regímenes aplicables al ejercicio del derecho en otros países.

Palabras claves: Proyecto Abogacía – Derecho comparado – Francia – Jurista – Abogado – Pasantía – Reválida – Educación continua – Examen

A fin de aumentar la baja calidad de los profesionales del Derecho (sic)¹, circuló en febrero 2014 un Proyecto de Ley, pretendiendo renovar la regulación del ejercicio de la Abogacía y de la Notaría en la República Dominicana. Si la intención es laudable, y tenemos que reconocer que aporta unos puntos positivos, mas lamentamos también constatar que el intento carece de sentido² a muchos niveles. A la hora de publicar este artículo, cabe señalar que el proyecto perimió. Sin embargo, a la luz del proceso legislativo que pasó recientemente en el caso de la Nueva Ley de Notariado, y que tuvimos la ocasión de comentar desde agosto³, este Proyecto podría muy

bien pasar de extinto a resucitado de manera totalmente desapercibida. Por esta razón, consideramos pertinente comentarlo, aun el en día de hoy.

A primera vista, este proyecto se parece mucho al régimen vigente en Francia, modelo que tomaremos en consideración, por los orígenes y la colegiación de un modesto servidor.

Sin embargo, el contexto económico y social de la República Dominicana es todo sino comparable, por lo cual tenemos a bien señalar las consideraciones siguientes⁴:

1 Cuarto considerando del Proyecto de ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.

2 O quizás su propósito escondido es otro, como lo veremos más adelante.

3 De la anarquía instaurada por la Nueva Ley 140-15 que regula el Notariado Dominicano, Sylvio HODOS, Abogadosdq.com, Agosto 2015: <http://www.abogadosdq.com/2015/08/de-la-anarquia-instaurada-por-la-nueva.html>

4 A pesar de su interés, no nos extenderemos sobre el procedimiento disciplinario en el marco del presente artículo, por falta de espacio.

1) Diferencia Abogado vs Jurista:

Para bien entender el debate, hay que saber diferenciar un abogado de un jurista. Según la práctica mundial, un abogado es el que litiga o asesora a una persona “externa”, mientras que un jurista solo puede ser un empleado jurídico de una compañía, ya que no asesora a nadie más que la empleadora misma, o sus clientes. Aquí yace el criterio de distinción: las compañías tienen sus in-house counsels que preparan y revisan contratos (juristas), sin llamar a los servicios de un abogado externo. No obstante, en República Dominicana, hasta la fecha, las dos nociones se confunden y todo licenciado se gradúa abogado.

En Francia, Estados Unidos, y en casi todos los países del mundo, al graduarse de Licenciatura o de Jurisdoctor, no se puede subir al estrado. En efecto, el título académico solo representa un pasaporte para poder pasar un concurso de juez, de notario, o de abogado (cada categoría excluyéndose de la otra).

En cuanto al abogado, para hablar del caso francés, sólo luego del éxito a dicho concurso se entra en una escuela de formación de abogados, donde hay, entre otras cosas, clases de práctica forense y pasantías de “seis meses”, tanto en un bufete de abogados como en *“una institución vinculada al funcionamiento de los tribunales o al proceso de reforma judicial, con el objetivo de adquirir conocimiento y lograr experiencia con relación a la práctica judicial y el sistema de justicia”*⁵ (sic), para un total de un año.

Pero ¡joj! : todo este proceso es aplicable a abogados, es decir, quien quiere subir, no para “juristas”. Un jurista queda libre de trabajar en un banco, en una empresa de servicios, etc., desde que esté graduado.

Para volver al caso dominicano, en cuanto a los nuevos requisitos para poder ejercer en sí, el proyecto prevé, además de los demás requisitos clásicos: 1) haber validado la pasantía obligatoria prevista por esta ley; 2) haber aprobado el examen de reválida previsto por esta ley; y, 3) mantener actualizada la reválida quinquenal exigida por esta ley.

De ahí, los comentarios siguientes:

- Pasantía:

a) Duración: Nuestra primera sorpresa será la larga duración de dicha pasantía. Donde los demás países prevén entre seis meses y un año como máximo, aquí hay dos. ¿Por qué tanto?

b) Pertinencia: Por otro lado, si el jurista “no quiere litigar”, ¿de qué le sirve estudiar el funcionamiento de los tribunales, a fortiori dos años?

c) Remuneración: ¿Qué tal de la remuneración de dicha pasantía? El tema queda totalmente eludido... ¿A propósito...? En efecto, nadie ignora la queja de falta de recursos del Poder Judicial... ¿Qué tal si proponemos una ley que nos asegure una mano de obra de más o menos 1000 personas⁶ anualmente, pagada a un bajo costo, o ninguno? ¡Genial! ¡Podemos hasta prescindir de los asalariados actuales! (Huelgas a la vista)

Resulta pues muy interesante que la propuesta de ley venga del mismo Poder Judicial (más precisamente de la Suprema Corte de Justicia).

d) Logística: ¿Hay dónde recibir DOS MIL pasantes⁷, en condiciones dignas? Los tribunales parecen llenos ya, ¿dónde los vamos a sentar? ¿Hay presupuesto para comprar muebles?

⁵ Incluso empleado interno de un bufete de abogados.

⁶ Lo que los anglosajones llaman In-house Counsel.

⁷ Igual que lo que existe actualmente en la República Dominicana con la Escuela Nacional de la Judicatura. Concurso nacional y luego formación del futuro magistrado, juez o procurador.

⁸ Tasa de éxito promedia al concurso de abogado: 35% (<http://www.prepa-daloz.fr/cifpa/examen-du-cifpa>).

Tasa de éxito promedia al concurso de juez: 9% (http://www.enm-justice.fr/_uses/lib/5762/profil_promo_2014.pdf).

⁹ Cuando en República Dominicana se imparte forzosamente en todas las canteras de derecho, ya que todo licenciado, hasta esta reforma y luego de llenar las formalidades administrativas de obtención del exequátur, puede, y es precisamente la queja del Poder Judicial, litigar, pero no todo licenciado quiere necesariamente subir a estrado.

¹⁰ Párrafo 1 del Artículo 9 del Proyecto de ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.

¹¹ Y en Francia ni siquiera tiene legalmente que serlo.

¹² Término mal utilizado: a nuestro entender el exequátur era suficiente, solo bastaba redefinir los criterios de su obtención.

¹³ Ver nuestra deducción del por qué más lejos.

¹⁴ Estimación del número de estudiantes de derecho graduándose cada año en el país. No tenemos la cifra exacta, es puramente retórico.

¹⁵ Aquí, la remuneración del pasante deberá de negociarse exhaustivamente con el Colegio de Abogados.

¹⁶ Realizando un ahorro sustancial, pero no a todos: hay que formar a los pasantes.

¹⁷ 1.000 estudiantes por año durante dos años.

¹⁸ ¿O será que realmente prevén prescindir de los servicios de la misma cantidad de asalariados...?



e) Capacidad de enseñanza: Es más, fuera del tema de la mano de obra barata o gratis, ¿tienen los tribunales una capacidad para recibir y formar con “calidad” a DOS MIL pasantes?

Porque es precisamente el propósito oficial de dicha pasantía: aprender con calidad; no trabajar como mensajero, o para hacer fotocopias o café ».

f) Oficinas privadas: Además, su artículo 12 dice que “*las oficinas privadas de abogados podrán ser acreditadas como centros de pasantía con la aprobación y supervisión de las Cortes de Apelación de cada Departamento Judicial [...]*” »: ¿quién garantizará la calidad de enseñanza evocada más arriba? ¿Y bajo cuáles criterios se obtendría la acreditación?

g) Ruptura del mercado: De manera general, ¿cuál firma de abogados contratará paralegales en un futuro, a un sueldo decente, si puede obtenerlos de manera gratuita, o por un sueldo simbólico, casi humillante? En efecto, recorda-

mos que esta pasantía será obligatoria para poder esperar ejercer. Los aspirantes estarán pues dispuestos a aceptar LO QUE SEA.

De ahí que, se producirá posiblemente el efecto siguiente: los estudiantes no encontrarán donde trabajar durante su carrera » (sino en áreas ajenas al Derecho), lo que no necesariamente es malo », ya que poco a poco habrá, al no encontrar trabajo, como en los demás países, dos tiempos: uno para estudiar, luego otro para trabajar ».

- Educación continua y Reválida:

a) Duración de la educación continua: El Artículo 24 prevé una educación continua de “*no menos de seiscientas (600) horas reales cada año [...]*” ». La cifra de SEISCIENTAS HORAS anuales es puramente, y perdonémos la expresión, “grotesca”. Esto significaría un ritmo y una duración de enseñanza de Maestría, donde los conocimientos son nuevos y profundizados, no solo actualizados. Por otro lado, a un ritmo de 45 semanas de estudio por año », hablaríamos

¹⁹ Ya sempiterna queja de los estudiantes trabajando como paralegales en el país
²⁰ Artículo 12 del Proyecto de ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.

²¹ Ya que todos los puestos están ocupados por los pasantes; ¡los necesitan para poder ejercer!
²² No sería tampoco un lujo dedicar más tiempo a los estudios.
²³ Y no los dos a la vez, como en República Dominicana.
²⁴ Artículo 26 del Proyecto de ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.
²⁵ Ritmo promedio universitario.



de 13 horas y 20 minutos semanales, o sea aproximadamente 4 horas y media por día, 3 veces a la semana. Además, dudamos mucho de que la actualización jurídica dominicana sea tan profusa que se merezca cursar maestría tras maestría toda su vida para poder ejercer.

A título de ejemplo, en Francia, donde la actualización jurídica es netamente más frecuente que en República Dominicana, la formación continua pedida a los abogados en ejercicio es de “veinte horas”²⁶. Sí, TREINTA VECES MENOS. Entendemos pues que hubo verosimilmente un error en cuanto a la cuantía de horas anuales de formación

continua y que la cifra de veinte horas anuales parece más coherente. Acaso, ¿los jueces seguirán aún más horas de educación continua? ¿6pm a 10pm CADA DIA DEL AÑO?

b) Profesorado y calidad de la educación continua:

- ¿Quién será digno de impartir un programa de educación continua?

El artículo 26 precisa, entre otras, que “*son instituciones autorizadas para la educación continua de reválida: 1. Las universidades dominicanas [...]*”, ¡cuando esta ley precisamente pretende paliar a la supuesta deficiencia de su formación! ¿De quién se burlan? ¡O la formación universitaria es de calidad, o no lo es! Porque lo que esta ley dice, es que un graduado es actualmente de “baja calidad”... ¿Y de dónde, precisamente, se gradúa? » Pues, si la universi-

dad formó mal al abogado, ¿Por qué sería capaz de mantenerlo mejor actualizado? ¡Hay que ser lógico!

- ¿De dónde sacarán tantos profesores capaces y como les remunerarán?

Hablaríamos aquí de aproximadamente 40,000 abogados que deberían recibir una educación continua de calidad para poder ejercer. Si ponemos un profesor por 40 abogados en educación continua, se trataría de mínimo 1000 profesores necesarios. ¿De dónde? » ¿Y con qué recursos se pagarían? O, ¿los abogados tendrían que financiar dicha educación continua? La ley evita el tema.

c) Dualidad inútil: Si como quiera se va a llevar a cabo un examen de comprobación de la educación continua, para evaluar si los conocimientos adquiridos durante la educación continua fueron bien asimilados, ¿por qué obligar al abogado a seguir seiscientos horas? Entendemos que solo una de las dos opciones es necesaria, y es precisamente lo que parece admitir el Párrafo I del Artículo 28 cuando dice que “*la Comisión de Reválida podrá exonerar de la obligación de presentarse al examen quinquenal de reválida a aquellos profesionales de las ciencias jurídicas habilitados para el ejercicio de la abogacía que hayan aprobado satisfactoriamente más de ochocientas (800) horas reales de educación continua [...]*”²⁷. O sea que, fuera de la (todavía) ridícula cifra, la posibilidad de no aprobar el examen fue contemplada.

d) Contenido del examen: Partiendo de la idea que el examen de reválida quinquenal seguiría en pie, ¿Cuáles serían las materias contempladas? ¿Todas? Si soy litigante penalista desde hace 30 años, ¿me prohibirán seguir ejerciendo porque repruebe la materia de Derecho Internacional Público? A un cardiólogo no se le pide actualizarse y pasar exámenes de neurología.

De ahí, dos opciones:

- Exámenes por materia: Y por ende, limitación²⁸ del ámbito de práctica. Si solo se

²⁶ Para los curiosos: <http://avocats.org/avocats/2013-09-17-08-39-25.html>
²⁷ No cabe duda que nuestros lectores entendieron el insulto apenas disfastizado de este proyecto hecho a las universidades dominicanas en su conjunto.

²⁸ Acordamos que, lógicamente, los profesores universitarios no son dignos de impartir educación continua, ya que el corazón del problema, y la razón misma de esta ley, es precisamente el fracaso de la formación impartida en grado.

²⁹ Párrafo I del Artículo 28 del Proyecto de ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.

³⁰ O no: Si no se limita correlativamente el ámbito de práctica posible, entonces se puede contemplar la posibilidad de poner X materias mínimas que aprobar.

Y ahí se perderá, esperemos, la mala costumbre y aberración de los diplomados de otorgar “certificaciones” a los “participantes” sin exa-

pasan exámenes de penal y comercial, sólo se puede litigar en estos ámbitos, no en los demás. Pues, si se pretende litigar en todas las ramas del derecho, se pasarán exámenes en todas las ramas.

- Exámenes en la misma educación continua: ¿Quién mejor que el mismo profesor del curso está apto para evaluar si los conocimientos que impartió fueron adquiridos? Nadie. De ahí, la segunda opción, a nuestro entender mejor: “no tener examen quinquenal sino exámenes en la misma formación continua”. Si el abogado reprueba no se validarán las horas, y tendrá que cursarlas de nuevo, hasta correcta asimilación de los conocimientos. De tal manera, el abogado se actualizará adecuadamente en los ámbitos de su predilección y de su práctica profesional, y no únicamente en los temas que caerían en el examen quinquenal.

Para concluir, y sin extenderse sobre los numerosos casos de corrupción que podrían surgir en cada etapa de todos estos procesos, consideramos, tal como lo señala justamente el quinto considerando del proyecto, que el verdadero problema para esta Suprema Corte de Justicia yace en la baja calidad de abogados “litigantes” con los cuales tiene que lidiar a diario. Obligar a todos los profesionales del derecho a seguir este proceso nos parece ser poco prudente, además del gigantesco problema logístico que esto conlleva.

La mejor solución nos parece ser pues, al inicio, de limitar el problema a estos, sin querer (todavía) legislar sobre los demás juristas; y crear una escuela de formación de abogados, con un examen nacional de entrada, igual al proceso seguido por la existente escuela de formación de jueces (Escuela Nacional de la Judicatura). Se podría igualmente usar el ahorro susodicho realizado con las pasantías para esos fines (examen como formación).

Además, limitando el caso a los litigantes, constituirá un buen comienzo, y podría determinarse de manera más serena la línea de con-

ducta a seguir para los demás profesionales del derecho. De tal forma, se evitaría también insultar directamente la calidad de enseñanza en las universidades dominicanas, y, al formar personalmente los futuros litigantes, evitará futuras quejas (como la actual) del mismo Poder Judicial sobre la calidad de su formación.

Por otro lado, y sólo para extender un poco más sobre las posibles soluciones, se pudiera imitar a Francia y limitar el acceso a la Suprema Corte de Justicia a sólo algunos abogados litigantes.

Pero de todos modos, tal filtraje debe realmente ser a favor de la justicia, y no solamente constituir una disfrazada limitación del acceso a la profesión por parte de los que “ya están adentro”.

Nos imaginamos ya el colosal aumento de solicitudes de exequátur que llegarán a la Procuraduría, por parte de todos los licenciados en derecho que nunca hicieron, hasta ahora, los respectivos trámites.

Referencias bibliográficas

1. Congreso Nacional de la República Dominicana. Proyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Notaría en la República Dominicana.
2. Congreso Nacional de Francia. Loi du 31 décembre 1971 régulant la Profession d'Avocat.
3. Congreso Nacional de Francia. Décret 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École Nationale de la Magistrature
4. Prépa DALLOZ. L'examen du CRFPA. Fecha de consulta 17/09/2014. Disponible en <http://www.prepa-dalloz.fr/crfpa/examen-du-crfpa>
5. École Nationale de la Magistrature. PROFIL DE LA PROMOTION 2014 DES AUDITEURS DE JUSTICE ISSUS DES TROIS CONCOURS D'ACCES ET DU RECRUTEMENT SUR TITRES. Fecha de consulta 17/09/2014. Disponible en http://www.enm-justice.fr/_uses/lib/5762/profil_promo_2014.pdf

men, quienes realmente sólo demostraron su capacidad a sentarse en una silla, no a manejar los conocimientos impartidos.



Sarah Suzaña

Estudiante de último año de Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (CSTA). Primer lugar, concurso de relatos “Letra Natural”; Mejor memorial competencia de Derecho Internacional Radhys Abreu; Finalista del concurso de escritos ALACDE 2015. Miembro de la Junta Directiva del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado (COLADIC-RD) y Secretaria de Formación Jurídica del Comité de Estudiantes de Derecho CED PUCMM-CSTA.

El precedente constitucional frente a las voces internacionales

Resumen: En las últimas décadas ha adquirido mayor fuerza el concepto de “bloque de Constitucionalidad”, surgiendo la cuestionante sobre cuál fuente impera. Si bien la Constitución y las sentencias constitucionales -con sus precedentes vinculantes-, son la voz predominante, los tratados internacionales tendrán un carácter supletorio cuando la legislación nacional no baste para amparar el derecho vulnerado.

Palabras claves: Precedente, principios de derecho, tribunal constitucional.

Dicen que las constituciones son subjetivas, profundas y contradictorias. Sus interpretaciones nunca son absolutas. Consideremos el caso, en que un individuo se vea afectado por la interpretación y considere menester llevar la sentencia ante una autoridad superior. Es el ejercicio de un derecho: apelar hasta llegar a una instancia que proteja el derecho vulnerado. En este asunto no hay discusión. Sin embargo, ¿qué sucede cuando en esa corte nacional se enfrentan la Carta Magna de una nación y un tratado internacional? ¿Cuál tiene más peso?

Algunos juristas piensan que la Constitución de un Estado no es la última voz a nivel legislativo. Su supremacía la comparte con el ya famoso Bloque de Constitucionalidad. Uno de los primeros tribunales en el mundo en referirse formalmente al mismo, fue el Tribunal Constitucional Español, el cual en la Sentencia 29/1982 definió el concepto.

La Sentencia Constitucional 29/1982 del Tribunal Constitucional Español, se refiere al bloque como “un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”.

Para la doctrina moderna, este conjunto de normas lo forman los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que en su ratificación vinculan definitivamente a un Estado. Varias constituciones latinoamericanas lo reconocen explícitamente. Una de ellas –que colocaremos a manera de ejemplo— es la Constitución colombiana de 1991:

ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Fue en esta nación que se presentó un conflicto, cuando chocaron indirectamente estas dos fuentes en un recurso de inconstitucionalidad. La ciudadana María Soleyne Mantilla Arroyave alegó ante la Corte Constitucional de su país la inexecutable de un artículo de la ley 734 de 2002, mediante la cual se expedía el “Código Disciplinario Único”. En su artículo 21, la ley decía así:



Diario Oficial No 44.708, de 13 de febrero de 2002, LEY 734 DE 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único

“ARTÍCULO 21. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS E INTEGRACIÓN NORMATIVA. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”.

La señora quiso determinar la inconstitucionalidad del artículo por contradecir la Constitución y su autoridad jerárquica. El artículo determina los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos con un carácter supletorio y la Constitución los ubicaba en un rango superior, según la señora.

Mediante Sentencia C-067/03 de la Corte Constitucional de Colombia, se zanjó la discusión fallando en contra de la demandante y ratificando la exequibilidad del artículo en discusión. De ésta se asentó en Colombia que la Constitución prevalece frente a otras normas que se refieren a lo mismo, y que solamente en ausencia de legislación constitucional referente al derecho fundamental vulnerado, se recurre a los tratados internacionales referentes a la materia. A nuestro parecer, se sentó un precedente.

Todas las sentencias pueden formar un precedente. Una sentencia tiene dos partes: el obiter dictum y el ratio decidendi. La norma creada por el precedente no se identifica con la motivación de la sentencia. Ratio decidendi es un principio al que se atiene el juez; un principio cuyo reconocimiento requeriría una interpretación de las decisiones jurisdiccionales correspondientes. La diferencia entre uno y otro es que la motivación encabeza razonamientos respecto al caso inter partes, mientras que el ratio decidendi aplica una regla clara, precisa, con efectos erga omnes.

Acerca de la fuerza del precedente, el italiano Pizzorusso habla de lo que llama “la eficacia persuasiva de una afirmación de derecho”, en la que coloca en tercer grado y a nivel superior al precedente. Pero si todas las sentencias tienen la capacidad de sentar un precedente, ¿podría decirse que cualquier sentencia chocaría con un tratado internacional? La respuesta es negativa. Basta con recordar que “las sentencias del Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes”; esta frase nos da a entender que los efectos de una Corte Constitucional, voz de las constituciones, tiene efectos más amplios, poderosos y repercusivos que cualquier otro precedente.

Los tratados internacionales también están basados en principios. De hecho, uno de los mayores logros en derecho internacional durante la última mitad del siglo pasado, fue positivar las costumbres internacionales.

Existe un principio en el derecho internacional que dice “pacta sunt servanda”; se refiere a la obligación de cumplir lo pactado. El principio se establece en la Convención de Viena de 1974 sobre Derecho de los Tratados, en su artículo 26. El artículo siguiente determina que una parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para incumplir un contrato internacional. Sin embargo, la misma convención crea una excepción en su artículo 46, cuando crea la reserva de cumplimiento si existe una violación evidente que afecte una norma fundamental del carácter interno de un Estado .

Vemos así que, cuando choca un tratado internacional con una Constitución, la última debe prevalecer, en virtud del principio de soberanía.

De todas maneras, no debemos perder de vista la idea de armonizar los derechos vulnerados, siempre inclinándonos a lo que más convenga a la víctima: sea la legislación exterior o interna. Queríamos explicar, aún de manera somera, cómo la Constitución es la máxima norma estatal. El ejemplo colombiano mostrado es la decisión práctica de una discusión filosófica. Los tratados internacionales funcionan de derecho supletorio sólo cuando los Derechos Humanos vulnerados no son salvaguardados por los Derechos Fundamentales.

Referencias bibliográficas

BECERRA RAMÍREZ, M. Derecho Internacional Público, 2da edición. México, D.F.: UNAM, Mc Graw-Hill/Interamericana Editores (1998). ISBN. 970-10-1464-2 pp. 9-10.

GARCÍA MÁYNEZ, E. Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. México: Editorial Porrúa (1978) pp. 115 y 116.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. En: REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal) (en

línea). Chile: Estudios Constitucionales vol. 4, núm. 1, julio 2006, pp. 97-124. Consultado en línea desde:

Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Chile: Estudios Constitucionales. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040205>

PIZZORUSSO, A. Lecciones de derecho constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1984). ISSN: 84-259-0709-8

RIVERA SANTIVÁEZ, J. Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno. En: REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal) (en línea). Chile: Estudios Constitucionales vol. 4, núm. 2, noviembre, 2006, pp. 585-609. Consultado en línea desde: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040124>

SALDAÑA BARRERA, E. El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. . En: REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal) (en línea). Chile: Estudios Constitucionales vol. 4, núm. 1, julio, 2006, pp. 67-96. Consultado en línea desde: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82040204.pdf>

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969 y en vigencia desde el 27 de enero de 1980 (en línea). Consultado desde: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

España, Tribunal Constitucional (en línea). Sentencia 29/1982 del 31 de mayo de 1982 (consulta 13 de enero, 2014). Disponible en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=16697>

Colombia, Corte Constitucional (en línea). Sentencia C-073/03 del 4 de febrero del 2003 (consultada el 20 de enero del 2014). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>



ESCUELA DE

 **DERECHO**

 **GRED**

GRUPO ESTUDIANTES DERECHO-UNIBE

WWW.UNIBE.EDU.DO