

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

En homenaje al *Dr. Raymundo Amaro Guzmán*

Santo Domingo, R. D.



LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Ramón Ventura Camejo
Presidente

MIEMBROS:

Dr. Raymundo Amaro Guzmán

Dr. Franklin García Fermín

Lic. Gregorio Montero

Dr. Servio Tulio Castaños Guzmán

Lic. Olivo Rodríguez Huertas

Alain Delmas

*Impresa en República Dominicana
Printed in Dominican Republic
Agosto de 2011*

¿Qué es el MAP?

Es la Institución del Estado Dominicano, creada el 16 de enero de 2008, mediante la Ley 41-08 de Función Pública, el Ministerio de Administración Pública, es el órgano rector del empleo público, y de los distintos sistemas y regímenes previstos por dicha ley, del fortalecimiento institucional de la Administración Pública, y de los procesos de evaluación de la gestión institucional.

Editor



Ministerio de Administración Pública

Av. México esq. Leopoldo Navarro,
Edificio de Oficinas Gubernamentales "Juan
Pablo Duarte", piso 12

Santo Domingo, Rep. Dominicana

Tels.: (809) 682-3298 / (809) 687-4043

1- (809) 200-3297 (desde el interior
sin cargos)

Faxs: (809) 682-2220 / (809) 688-6040

www.map.gob.do

Email: map@map.gob.do

Director de la Revista:

Lic. Ramón Ventura Camejo

Responsable de Producción:

Lic. Gregorio Montero

Colaboración Internacional

Jaime Rodríguez-Arana

Corrección de Estilo

Gregorio Montero

Juan A. Forzani

Cuidado de Edición

Licda. Mabel Joa

Encargada de Distribución

Licda. Nidia de León

Diseño Gráfico

Lic. Juan A. Forzani

Ilustración de Portada

Luis Hernández

Responsable de Impresión

Editora Tele-3

Contenido

- 5** **Palabras de Presentación**
Ramón Ventura Camejo
- 11** **Las Bases Constitucionales de la Administración Pública**
Eduardo Jorge Prats
- 61** **Principios Constitucionales de Actuación de la Administración Pública**
Oscar D'Oleo
- 77** **La Constitucionalización de la Función Pública**
Gregorio Montero
- 117** **Base Constitucional del Procedimiento Administrativo**
Omar Victoria
- 143** **Constitucionalismo Dominicano y Potestad Sancionatoria de la Administración**
Juan Manuel Guerrero
- 187** **Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional**
Jaime Rodríguez-Arana (Colaboración Internacional)



Presentación

La Administración Pública dominicana continúa su proceso ascendente de afianzamiento jurídico, como antesala de la necesaria institucionalización del Estado. Son incontables los esfuerzos que en esta dirección se concretan día a día, siendo objeto de una profusa regulación que alcanza ya aspectos centrales que hacen parte de la gestión adecuada de los recursos y los intereses públicos. En este orden cabe citar lo relativo a las contrataciones públicas, el control interno, el libre acceso a la información pública, la función pública, entre otros.

Sin embargo, la muestra más notoria del referido proceso de afianzamiento jurídico de la Administración Pública lo constituye el contenido de la Carta Magna proclamada el 26 de enero de 2010, la cual, ya es sabido, le da un tratamiento sin precedente a esta importante expresión del poder estatal.

Está comprobado que una configuración constitucional de la Administración Pública atendiendo a los elementos que

definen su perfil, pues la Administración Pública tiene su propio perfil constitucional, es una condición básica para su adecuado funcionamiento, a partir de los principios que le son dables.

Precisamente, en el presente número de la Revista Especializada de Administración Pública nuestro Ministerio quiere abordar y dejar constancia del gran aporte que el revisor constitucional de 2010 ha hecho al desarrollo de la Administración Pública dominicana, siendo la intención, además, contribuir al debate jurídico y académico de las diversas temáticas desde las cuales el texto sustantivo enfoca la actividad administrativa del Estado.

*Esta edición número 5 está concebida bajo el título **La Administración Pública Bajo el Nuevo Régimen Constitucional**, con el propósito de desarrollar un conjunto de artículos que de seguro marcarán de forma ostensible diferencia con la serie de artículos que integraron el primer número de la Revista que apareció con el título de “La Administración Pública en la Constitución Política”.*

*El primer artículo de la serie que se presenta es de la autoría del reputado constitucionalista Eduardo Jorge Prats, dedicado a las **Bases Constitucionales***

de la Administración Pública, en el cual aborda con gran profundidad los principios que recoge la Constitución y que dan esencia a la nueva configuración de la Administración Pública. Además, presenta enfoques jurídico-constitucionales interesantes respecto de la Responsabilidad de la Administración Pública, así como de la actividad regulatoria de ésta, haciendo énfasis particular en la regulación de los servicios públicos y los principios que los rigen.

*El trabajo siguiente está bajo la responsabilidad de Oscar De Óleo, con el título **Principios Constitucionales de la Actuación de la Administración Pública**, quien nos ofrece una panorámica sobre los principios establecidos por vía constitucional, y que de manera concreta afectan los mecanismos de actuación de la Administración Pública y sus funcionarios; el autor destaca la importancia que reviste para el Estado de Derecho el hecho de que dichos principios hayan sido consagrados constitucionalmente.*

*El tercer ensayo ha sido preparado por Gregorio Montero, titulado **La Constitucionalización de la Función Pública**, en el cual aborda desde una perspectiva jurídica y doctrinaria los diversos principios y normas que por primera vez establece la Constitución Política sobre la*

función pública, la protección de ésta, la carrera administrativa y la estabilidad de quienes la integran. En este trabajo se destaca la configuración del principio de mérito para el acceso, la permanencia y el desarrollo en los cargos públicos.

*El cuarto trabajo de la serie es presentado por Omar Victoria con el título **Base Constitucional del Procedimiento Administrativo**, en el que recoge enfoques doctrinarios relativos a los cauces que deben seguirse desde la Administración Pública para concretar su actuación. Además, el autor analiza los fundamentos constitucionales de los procedimientos administrativos, así como los principios más importantes que les sirven de sustento jurídico.*

*La serie continua con el artículo de Juan Manuel Guerrero, el cual aparece con el título **Constitucionalismo Dominicano y Potestad Sancionadora de la Administración**, en el cual el autor nos muestra las bases teóricas y doctrinarias, tanto locales como internacionales, de la potestad sancionadora de la Administración Pública, así como expone y justifica los principios y normas que desde el ordenamiento constitucional y legal de nuestro país le sirven de base.*

La colaboración internacional de este número, y que aparece como el sexto y

*último artículo, está a cargo del ciudadano español Jaime Rodríguez-Arana, quien ha titulado el trabajo como **Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional**; en el cual, desde la experiencia constitucional y de la jurisprudencia españolas, expone importantes reflexiones en torno a la relación existente entre el Estado social y los derechos fundamentales y sus aportes al desarrollo de la sociedad, así como la necesaria vinculación entre dichos derechos con el interés general o colectivo, todo lo cual requiere de una adecuada configuración constitucional.*

Con el presente número queremos rendir un merecido homenaje al Dr. Raymundo Amaro Guzmán, por sus grandes esfuerzos y aportes a la constitucionalización de la Administración Pública, y de forma particular de la profesionalización de la Función Pública. No cabe duda, siempre que en el país se hable de Administración Científica, de Servicio Civil y de Carrera Administrativa, el nombre y la obra de Raymundo Amaro estarán presentes.

Esperamos que este, al igual que los demás números, contribuya al debate y al conocimiento del perfil constitucional de la Administración Pública, como forma de contribuir a una efectiva aplicación de

su contenido. Y lo más importante, hacer conciencia sobre la necesidad de reclamar su plena aplicación desde la propia Administración Pública, los sectores académicos, profesionales, sociedad civil, y toda la comunidad en su conjunto.

Agradecemos a la Unión Europea, a través del Programa de Apoyo a la Reforma de la Administración Pública (PARAP), su invaluable cooperación, la cual hace posible la edición de este número 5 de la Revista de Administración Pública.

Las Bases Constitucionales de la Administración Pública

*Eduardo Jorge Prats**

La Constitución de 2010 sienta las bases constitucionales de la Administración Pública en la medida en que: (i) enmarca la misión de la Administración conforme la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; (ii) establece los principios constitucionales que rigen la Administración; (iii) consagra los principios básicos de la responsabilidad administrativa; (iv) delinea los aspectos básicos del estatuto de la función pública; y (v) consagra la facultad regulatoria de la Administración respecto de los servicios públicos y la economía en sentido general. Veamos en detalle estos aspectos...

1. La Administración Pública en un Estado Social y Democrático de Derecho. Tradicionalmente, el Derecho Administrativo, en tanto Derecho de la

Hoy no puede hablarse de que la misión de la Administración es simple y llanamente servir el interés general por lo que debe gozar de una serie de prerrogativas como la presunción de legalidad de sus actuaciones, la ejecutoriedad de sus actos, la inembargabilidad de sus bienes, y la potestad sancionadora.

Administración y de las relaciones de los administrados con ésta, se ha desarrollado a espaldas de la Constitución. Hoy, sin embargo, el Derecho Administrativo solo puede concebirse 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.

Hoy no puede hablarse de que la misión de la Administración es simple y llanamente servir el interés general por lo que debe gozar de una serie de prerrogativas como la presunción de legalidad de sus actuaciones, la ejecutoriedad de sus actos, la inembargabilidad de sus bienes, y la potestad sancionadora. Ello así porque el interés general se encuentra precisamente en la función esencial del Estado que, conforme al artículo 8 de la Constitución, es la protección efectiva de los derechos de la persona. Esto así, el interés general no puede ser otro que la promoción de los derechos fundamentales y ello exige que el Estado no se encierre en sí mismo y, muy por el contrario, requiere que la Administración se abra al público y al foro público, como bien evidencian los mecanismos de consulta pública de las propuestas reglamentarias consagrados por la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley

Monetaria y Financiera y la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública.

El interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho como quiere y manda el artículo 7 de la Constitución radica en la protección del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas, pero principalmente de las más desfavorecidas.

Pero más aún: el interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho como quiere y manda el artículo 7 de la Constitución radica en la protección del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas, pero principalmente de las más desfavorecidas. Y es que a la Constitución le preocupa no la persona considerada in abstracto como en el Derecho Privado sino la persona socialmente situada. Por eso el Título II de la Constitución garantiza no solo los derechos individuales sino también los sociales y por eso el artículo 39 de nuestra Ley Sustantiva no solo proclama el principio de igualdad y no discriminación sino que también establece el deber del Estado de adoptar todas las políticas necesarias para combatir y prevenir la desigualdad, la discriminación, la marginalidad y la exclusión (artículo 39.3). Este último mandato constitucional constriñe al Estado a remover todos los obstáculos que impidan no solo la igualdad formal sino también la igualdad sustancial, la igualdad social.

Es por este reconocimiento de que la función esencial del Estado es la protección efectiva de los derechos de la

persona y de que esta persona no puede perfeccionarse progresivamente viviendo solo en un orden de libertad individual sino que requiere, además, un orden de justicia social, que el Estado debe garantizar no solo los derechos individuales de la persona sino también y sobre todo los derechos sociales sin los cuales es imposible ejercitar aquellos derechos individuales.

Lo anterior obliga no solo a replantearse las instituciones del Derecho Administrativo a la luz constitucional sino también a que todo esfuerzo de reforma constitucional conciba a la Administración desde una óptica iusfundamental que debe ser necesariamente una óptica socialmente vinculada. El Derecho Administrativo tiene innegables bases constitucionales y éstas no solo son las del constitucionalismo liberal sino fundamentalmente las del constitucionalismo social. El Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado pero el Derecho Constitucional no solo es el Derecho de las libertades individuales sino también el de las libertades sociales. Todo verdadero Derecho Administrativo es, por tanto, Derecho Administrativo Social, si partimos de que la misión fundamental del Estado es la protección de una persona socialmente situada. El Derecho Administrativo es, entonces, Derecho

Administrativo de la procura existencial, sobre todo en un país que, como la República Dominicana, se caracteriza por graves y profundas desigualdades sociales.

Sólo tomando en serio la cláusula del Estado Social y los derechos sociales fundamentales, estrecharemos la distancia entre el ser de la Administración con el deber ser de la Administración social y constitucionalmente vinculada. La reforma constitucional es una oportunidad para dar este paso.

La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

2. Los principios constitucionales de la Administración. Conforme la Constitución, “la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado” (artículo 138).

2.1 Eficacia. La Constitución exige a la Administración que su acción sea eficaz, es decir, que alcance los fines perseguidos, que, como ya hemos visto, son básicamente la protección de los derechos de la persona. La eficacia administrativa, sin embargo, no implica el desconocimiento de los límites formales, procesales y materiales derivados del principio del Estado de

Derecho y establecidos por el ordenamiento jurídico (JORGE PRATS 2010). Tomando en cuenta que el Estado contemporáneo es primordialmente un Estado administrativo y que la Administración es una Administración socialmente comprometida en virtud de la cláusula del Estado Social, el mandato de eficacia conduce necesariamente a la conclusión de que “la Administración, a la que en el período del Estado liberal de Derecho se le exigía sólo la correcta aplicación del Derecho y, con el desarrollo de las políticas sociales, pasó a requerírsele, cada vez más, eficacia y eficacia distinta en cada uno de sus ramos y sectores de actividad (...) le es demandada ahora, además, eficiencia en la eficaz realización del interés general conforme a su determinación por el Derecho” (PAREJO ALFONSO: 145). De manera que, la eficacia exigida a la actuación administrativa es, no hay que olvidarlo, una “eficacia eficiente”.

La eficacia de la acción estatal y, en específico, de la actuación administrativa, resulta ser también un mandato supranacional -y por ende constitucional, partiendo de que como bien establece la propia Suprema Corte de Justicia en su Resolución 1920-2003, los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus interpretaciones por sus órganos de aplicación forman parte del “bloque de

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

constitucionalidad” - en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si asumimos que la eficacia es garantía de buena Administración, no hay dudas de que ésta integra el derecho fundamental a un debido proceso, lo cual ha sido reconocido también en la Resolución citada por nuestro más alto tribunal de justicia. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C. No. 72, párrafo 129). Este derecho a un debido proceso administrativo incluye el derecho a ser oído, el cual, tal como establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo el criterio del administrativista argentino Agustín Gordillo, “no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos, y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión” (CIDH, Informe No.

49/99, *Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, México 13 de abril de 1999, párrafo 69).

El procedimiento administrativo, por tanto, es al mismo tiempo garantía de una buena Administración y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. De ahí que el procedimiento administrativo no es un fin en sí mismo sino que tiene un rol eminentemente instrumental. “Afirmar la naturaleza instrumental del procedimiento administrativo no debe conducir, sin embargo, a considerar que lo más importante es la aplicación correcta de la ley a los casos concretos, es decir, la legalidad material de los actos administrativos, independientemente de las irregularidades formales del procedimiento. Hay que enfatizar que las decisiones administrativas no pueden ser legales o correctas al margen del procedimiento. Muy por el contrario, las formalidades procedimentales permiten legitimar la actuación administrativa (...). Parfraseando el adagio anglosajón de que *justice must not be only done, it must also seem to be done*, podríamos afirmar que no basta con que la Administración decida o actúe conforme a las normas procedimentales, lo cual significa, en principio, actuar conforme a Derecho. El respeto a las normas

Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

procedimentales es clave principalmente cuando el legislador deja un margen de apreciación o discrecionalidad a la Administración pues, en ese caso, la decisión no podrá ser invalidada, en principio, por su contenido, el cual puede ser libremente determinado por la Administración, sino que necesariamente la corrección de la actuación tendrá que ser vista a la luz de los principios y garantías procedimentales, como es el caso del debido proceso y la razonabilidad” (JORGE PRATS 2008: 115).

Por este carácter doblemente garantista del procedimiento administrativo que hace que éste cumpla una función eminentemente instrumental, la eficacia es un principio clave del procedimiento administrativo. El mismo indica, para decirlo con las palabras del legislador peruano, que “los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados” (Artículo IV.1.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General No. 27.444 del año 2001). En otras palabras, el procedimiento administrativo debe ser eficaz lo que

significa que solo es eficaz aquella actuación administrativa donde se ha observado el procedimiento legal establecido.

La eficacia, a su vez, implica los siguientes sub principios:

- a) Instrumentalidad. Como ya hemos dicho, el procedimiento administrativo no es un fin en sí mismo. La eficacia implica el principio de instrumentalidad. Esta instrumentalidad significa que el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados porque esa es precisamente la finalidad principal del Estado: la protección efectiva de los derechos de la persona.
- b) Economía procedimental. Esto conlleva a que el procedimiento administrativo esté orientado a disminuir el número de diligencias administrativas y a eliminar todas aquellas que son superfluas o establecen requisitos que no tienen nada que ver con el objeto ni la prosecución del procedimiento.
- c) Simplicidad. Los trámites administrativos deben ser sencillos, debiendo eliminarse toda compleji-

complejidad innecesaria. Aquí debemos resaltar que de la sencillez del procedimiento administrativo dependerá en gran medida la simplicidad en el acceso a la justicia, si eventualmente la actuación administrativa es sujeta a censura a nivel jurisdiccional.

d) Uniformidad. La Administración deberá establecer requisitos similares para trámites similares. La diferenciación deberá basarse en criterios razonables y debidamente sustentados. Esto está vinculado con el principio de igualdad y no discriminación. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los requisitos administrativos que se exijan “deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana” (Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafos 240 y 242).

- e) Antiformalismo. La forma es garante de la libertad pero el procedimiento administrativo no cumple su función si la actividad administrativa es una mera forma, un aparato exterior que busca tan solo dar forma solemne al acto. El procedimiento administrativo, por tanto, no puede estar construido a imagen y semejanza del formalista proceso civil. De ahí que, las normas procedimentales deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de manera que sus derechos e intereses no sean vulnerados por la exigencia de formalidades que pueden ser subsanadas dentro del procedimiento, siempre y cuando dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés general.
- f) Celeridad. Una buena y eficiente Administración debe ser célere porque la tardanza administrativa es una denegación de los derechos del ciudadano. “La exigencia de celeridad, sin embargo, no puede conducir a que la Administración Pública omita el cumplimiento de actos de procedimiento necesarios, o los cumpla solo parcialmente, dejando de lado recaudos que deben concretarse para establecer la

verdad material, para así garantizar la defensa de los administrados y fundar una decisión legítima y oportuna” (Araujo Juárez: 124).

- g) Información. La eficacia administrativa implica que los ciudadanos puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre la organización de la Administración y los procedimientos que ésta despliega. Es por ello que la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública dispone no solo la entrega de esta información sino que establece el deber de las autoridades de “establecer una organización interna, de tal manera que se sistematice la información de interés público, tanto para brindar acceso a las personas interesadas, como para su publicación a través de los medios disponibles” (artículo 4).
- h) Racionalidad. Ya hemos dicho que la eficacia constitucionalmente exigida al Estado y, en especial, a la Administración, es una eficacia eficiente. No se trata, en consecuencia, solo de alcanzar los resultados legalmente exigidos sino sobre todo alcanzarlos de la manera más racional, eficiente, óptima. De ahí que la eficacia exige que en cada procedimiento administrati-

vo se cumplan no solo los requisitos legalmente exigidos sino todos aquellos técnicamente necesarios para obtener el mejor resultado.

2.2 Jerarquía. La Administración Pública está subordinada a la Presidencia de la República y esa subordinación requiere su articulación interna de modo tal que la jefatura presidencial sobre la Administración sea efectiva, que la dirección de éste sea observada por la totalidad de los elementos componentes de la Administración. Se requiere, por tanto, garantizar la colaboración positiva, la sinergia de las partes y los elementos de la organización, de modo que la Administración funcione como un todo coherente. La dirección de la Administración por el Presidente demanda la articulación entre sí de sus unidades y centros conforme a técnicas que garanticen la división racional de tareas entre los mismos y, en consecuencia, la dependencia de unos con relación a otros, la subordinación o imbricación de unos con otros, de manera que se produzca el resultado único perseguido, o sea, el cumplimiento del fin de la organización administrativa. La técnica organizatoria que permite garantizar la sumisión de la Administración a las decisiones de los órganos políticos o superiores es la de la jerarquía. Y es que sólo una estructura vertical

permite, la constitución en el seno de la organización de una cadena de relaciones entre sus unidades transmisoras eficazmente de las directrices que vienen de las instancias políticas o superiores. Esto no impide, sin embargo, la existencia de organismos autónomos y descentralizados (artículo 141) y organismos reguladores de los servicios públicos y de determinados sectores económicos creados para tales fines (artículo 147.3).

2.3 Objetividad. El principio de legalidad de la Administración significa que ésta debe servir con objetividad, con imparcialidad, los intereses generales, ya que debe actuar o abstenerse de actuar en la forma que manda el ordenamiento jurídico, con abstracción de los intereses políticos particulares que en un momento determinado pretendan imponerse. Ello no significa que la Administración de un Estado democrático como el dominicano no actúe sometida a las directrices de quien ocupe el Poder Ejecutivo. No. Lo que significa es que la Administración es un instrumento de concreción y gestión de la política que en cada caso determine el Poder Ejecutivo, pero su acción debe someterse a los criterios objetivos fijados por el ordenamiento jurídico.

2.4 Igualdad. La Constitución consagra que todos somos iguales ante

la ley (artículo 40.15), lo que significa que todos debemos ser tratados de modo igualitario por los poderes públicos, en especial la Administración, que vela por la fiel ejecución de las leyes. Pero no se trata solo de la igualdad formal de recibir “la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas” y de gozar “de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación” (artículo 39), sino también la igualdad real: la Administración debe también adoptar las medidas necesarias “para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión” (artículo 39.3) y debe asimismo garantizar “mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables” (artículo 61.2). Queda claro, con la consagración constitucional de la igualdad como principio rector de la actuación administrativa, la gran influencia de la cláusula del Estado Social (artículo 7) en el modelo de Administración que quiere y manda la Constitución, que no puede ser más que el de una Administración socialmente vinculada, es decir, que en todo momento es consciente de que su misión constitucional es, a la luz del artículo 8 de la Constitución, “la

protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva”.

La transparencia exige publicidad en todos los procedimientos administrativos porque la publicidad es consustancial a toda democracia republicana en donde los administradores de la cosa pública deben informar a los administrados de su gestión.

2.5 Transparencia, publicidad y participación. La transparencia y la publicidad, valores administrativos expresamente consignados en la Constitución, están estrechamente vinculados entre sí y con un valor administrativo constitucionalmente implícito: la participación. La transparencia es un valor predicado por la ética pública, hoy constitucionalizada, y que supone la proscripción de la corrupción en todas sus formas (artículo 146). La transparencia exige publicidad en todos los procedimientos administrativos porque la publicidad es consustancial a toda democracia republicana en donde los administradores de la cosa pública deben informar a los administrados de su gestión. Por su parte, la participación, derivada de la transparencia y la publicidad, así como del derecho fundamental a un debido proceso administrativo, es, tal como establece el Tribunal Constitucional español, “un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos”, pero, además, constituye “una garantía para el mayor acierto de las decisiones” (STC 102/

1995). Y es que la Constitución tiene como finalidad, como expresan los jueces constitucionales españoles, “instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y la oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos de los potencialmente afectados”, como bien ha establecido el Tribunal Constitucional español (STC 119/1995).

Esta participación es crucial porque, en la medida en que el principio del Estado Social conduce a una Administración socialmente vinculada, el rol del Poder Ejecutivo en la elaboración y definición de políticas públicas mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria se incrementa, lo que conduce necesariamente a la participación ciudadana en la elaboración de unos reglamentos que, por demás, no necesariamente desarrollan leyes previas pues la potestad reglamentaria ejecutiva es autónoma en nuestro ordenamiento constitucional. Como la ley no siempre precisa ya los intereses generales y como la definición de éstos son dejados por el legislador mediante leyes sectoriales al ámbito discrecional del Poder Ejecutivo, la participación ciudadana permite que la

configuración de los intereses generales tenga en cuenta los intereses de los ciudadanos. La intervención de los ciudadanos contribuye a reforzar la legitimidad democrática de los actos y reglamentos de la Administración en los casos en que ésta goza de potestades discrecionales para la determinación del interés general, como ocurre principalmente en el ámbito de los sectores regulados por las Administraciones independientes.

El derecho a la participación ciudadana en los procedimientos administrativos no se reduce a la audiencia de los interesados, exigida expresamente por el artículo 138.2 de la Constitución, pues el derecho fundamental a un debido proceso administrativo no se restringe al derecho a ser oído. Existe “un derecho subjetivo de los ciudadanos a que sus alegaciones sean tenidas en cuenta, así como una obligación jurídica de la Administración de tomarlas en consideración, respondiéndolas de forma razonada. Obligación que forma parte integrante de la obligación jurídica más general de seguimiento de un procedimiento administrativo debido, por lo que el derecho a que las alegaciones sean tenidas en cuenta forma parte, a su vez, del más general derecho al procedimiento debido” (PONCE SOLÉ: 345). La

respuesta a las alegaciones debe producirse durante el desarrollo del procedimiento, debiendo ser dadas a conocer a quien alegaron e incorporadas al expediente. Que no se deje la respuesta a las alegaciones para la motivación de la decisión es garantía de que se produce un fructífero intercambio interactivo entre los ciudadanos y la Administración. Esto no impide, sin embargo, que la motivación de la decisión administrativa incluya respuestas a las alegaciones, principalmente cuando estas respuestas cambiaron con posterioridad al trámite participativo.

2.6 Economía. Como ya hemos visto, al tratar el principio de la eficacia, la actuación administrativa no solo debe ser eficaz sino que debe ser también eficiente. Hay que alcanzar los objetivos de una Administración socialmente comprometida, como exige la cláusula del Estado Social, pero ello debe ser del modo más eficiente y óptimo, sin despilfarro de recursos, de un modo racional y, por tanto, razonable.

G. Coordinación. Como el Presidente dirige la Administración y como debe velar por el buen funcionamiento de todas sus unidades, no basta con que se cumplan los mandatos u órdenes de los jefes de la Administración, sino que se requiere una efectiva coordinación

que haga posible la acción conjunta, racionalizada y eficaz de todos y cada uno de los elementos que la componen. En otras palabras, no basta con que la Administración cuente con una estructura jerárquicamente organizada si no que se requiere, además, que la Administración disponga de una organización coordinada que actúe coordinadamente.

I. Sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. El sometimiento al Derecho de los poderes públicos implica que la Administración, en tanto parte de los poderes públicos, actúa sujeta a todo el sistema de fuentes (Constitución, leyes, reglamentos, principios generales de Derecho, etc.). Ese sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico es pleno: no hay zonas exentas de esta dependencia de la Administración del Derecho. Por otro lado, el principio implica que la Administración sólo actúa legítimamente cuando existe previo apoderamiento o habilitación por parte de la ley. Finalmente, el sometimiento de la Administración al Derecho implica, como es lógico, que su actuación puede ser controlada jurídicamente por los tribunales competentes (“los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública”) y que “la ciudadanía puede requerir ese control” (artículo 139).

Hasta 1947, en la República Dominicana, como en Francia antes de 1789, y como todavía hoy acontece en Inglaterra y Estados Unidos, los tribunales ordinarios ejercían el control de los actos administrativos. A partir de ese año, se crea la jurisdicción contenciosa administrativa mediante la Ley 1494, la cual fue “provisionalmente” desempeñada durante más de medio siglo por la Cámara de Cuentas, aunque sus decisiones estaban sujetas al recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia. En 1992, se crea la jurisdicción contencioso tributaria, con lo que la Cámara de Cuentas quedó como la jurisdicción contenciosa administrativa de todos los asuntos no tributarios. Esa jurisdicción contencioso tributaria fue constitucionalizada en la reforma constitucional de 1994 y a la misma, en virtud de la Ley 13-07 de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Administración, se le traspasaron las funciones jurisdiccionales en materia contencioso-administrativa de la Cámara de Cuentas. Con la reforma constitucional de 2010, la jurisdicción contencioso-administrativa queda incorporada como una jurisdicción especializada dentro del Poder Judicial (artículos 164 a 167). De manera que, aunque existe una jurisdicción especializada para los asuntos contenciosos administrativos, ésta no constituye un

orden jurisdiccional separado del judicial, lo cual acrecienta la justiciabilidad de los actos de la Administración, al encontrarse ésta sometida a una jurisdicción, si bien especializada, perteneciente en todo momento al aparato jurisdiccional del Poder Judicial y no a la Administración. En consecuencia, el juez dominicano, más que el francés, cuando juzga la Administración, no administra sino que simplemente ejerce sus poderes jurisdiccionales.

Lo urgente es establecer la responsabilidad de todos y cada uno de los funcionarios en quienes se delegan las facultades que la sociedad no puede hacer efectivas por sí misma, Hostos: 378.

3. La responsabilidad de la Administración. Ya sabemos que el principio de separación de poderes implica ante todo responsabilidad por el ejercicio del poder. Eso y no otra cosa es lo que dice la Constitución cuando dispone que los encargados de los tres poderes del Estado “son responsables” (artículo 4). Y es que, como bien señalaba Hostos un siglo atrás, “lo urgente es establecer la responsabilidad de todos y cada uno de los funcionarios en quienes se delegan las facultades que la sociedad no puede hacer efectivas por sí misma” (Hostos: 378). En el ámbito de la Administración, la responsabilidad es consecuencia, además, del sometimiento de ésta al ordenamiento jurídico del Estado (artículo 138). De esta responsabilidad de la Administración se deriva la consecuencia de que, con independencia de la responsabilidad personal en que

Las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica.

podiesen incurrir los funcionarios públicos, la Administración debe indemnizar a las personas por los daños generados por la actuación administrativa en sus bienes y derechos. Así lo establece expresamente la Constitución en su artículo 148, en virtud del cual “las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica”.

4. El Estatuto de la función pública. La Constitución, en búsqueda de conseguir una función pública de carácter profesional alejada del *spoils system* vigente durante toda nuestra vida republicana, y en el que los cargos públicos son asignados en función de las relaciones políticas y personales y no tomando en cuenta la valía real de los elegidos conforme un sistema objetivo de selección de personal, consagra todo un Estatuto de la Función Pública, el cual define como “un régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado” (artículo 142). Ese régimen estatutario será determinado por ley (artículo 143) y contendrá “el estatuto de los funcionarios

públicos, el acceso a la función pública con arreglo al mérito y capacidad de los candidatos, el régimen de incompatibilidades de los funcionarios que aseguren su imparcialidad en el ejercicio de las funciones legalmente conferidas” (artículo 138.1). Aunque la ley determinará el régimen de compensación, la Constitución establece como reglas generales que “ningún funcionario o empleado del Estado puede desempeñar, de forma simultánea, más de un cargo remunerado, salvo la docencia” (artículo 144) y que “ninguna institución pública o entidad autónoma que maneje fondos públicos establecerá normas o disposiciones tendentes a incrementar la remuneración o beneficios a sus incumbentes o directivos, sino para un período posterior al que fueron electos o designados” (artículo 140). La separación de servidores públicos pertenecientes a la carrera administrativa es considerado como un acto inconstitucional e ilegal (artículo 145).

Por su parte, el artículo 146 establece una serie de obligaciones de penalizar a cargo del Estado toda forma de corrupción, desde la sustracción de fondos (artículo 146.1) hasta el otorgamiento de ventajas a asociados, familiares, allegados, amigos o relacionados (artículo 146.2). Asimismo, “es obligatoria, de acuerdo con lo

dispuesto por la ley, la declaración jurada de bienes de las y los funcionarios públicos, a quienes corresponde siempre probar el origen de sus bienes, antes y después de haber finalizado sus funciones o a requerimiento de autoridad competente” (artículo 146.3). La Constitución establece, además, penas adicionales para quienes sean sancionados por delitos de corrupción: éstas son la degradación cívica y la restitución de los bienes apropiados ilícitamente (artículo 146.4). Se autoriza, además, a que el legislador establezca plazos de prescripción de mayor duración y un régimen de beneficios procesales más restrictivo (artículo 146.5).

5. La actuación regulatoria de la Administración

5.1 Fines de la regulación. Que el Estado sea subsidiario cuando se trata de su actuación empresarial, no significa que el mismo no desempeñe un papel activo en el plano económico y social. Ya hemos dicho que el papel del Estado conforme una Constitución que proclama a la República Dominicana como un Estado Social (artículo 7) es un rol activo con vistas a asegurar a la persona la obtención de los medios que permitan su perfeccionamiento de modo igualitario, equitativo y progresivo (artículo 8), por lo que éste juega un papel

fundamental en la prevención y combate de la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión (artículo 39.3) así como en la garantía de los derechos sociales de las personas, base indispensable para el orden de libertad individual y de justicia social que quiere y manda el artículo 8 de la Constitución. Ese rol activo del Estado se manifiesta también en la dimensión del Estado regulador económico, es decir, del Estado que puede “dictar medidas para regular la economía” (artículo 50.2), que corresponde a la emergencia y consolidación del Estado regulador.

Uno de los fines fundamentales de la regulación estatal de la economía en una economía de mercado como la que consagra y protege la Constitución es el de ser un instrumento al servicio del mercado y no su sustituto.

Uno de los fines fundamentales de la regulación estatal de la economía en una economía de mercado como la que consagra y protege la Constitución es el de ser un instrumento al servicio del mercado y no su sustituto. En este sentido, la regulación aparece como regulación de la competencia que busca enfrentar los fallos o distorsiones del mercado propios de un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde muchas veces es difícil o imposible la libertad de acceso, existen grandes concentraciones empresariales y se producen abuso de posiciones de dominio. Esta regulación de la competencia, ordenada por la propia Constitución cuando establece que “el Estado favorece y vela por la competencia libre

y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante” (artículo 50.1), se concreta a través del Derecho anti-monopolio, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores y el control de las concentraciones, pero también se manifiesta a través del estímulo de la iniciativa económica privada mediante políticas que promuevan el desarrollo del país (artículo 219). De modo que la regulación, en el esquema de la Constitución económica, “resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competitivo pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactados” (KRESALJA: 370).

La regulación, sin embargo, no es ni puede ser solo regulación de la competencia. La promoción de la competencia libre y leal no es el único mandato constitucional al cual debe ceñirse el Estado regulador en el ámbito económico. La regulación económica debe sujetarse a la cláusula del Estado Social y a un conjunto de mandatos constitucionales en la esfera económica que no se limitan a la promoción de la competencia, como es el caso de las

acciones que debe el Estado desplegar a fin de procurar “un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico” (artículo 218). Por eso, puede decirse que “la regulación no es, pues, un fin en sí mismo, sino una actividad de los poderes públicos orientada hacia unos objetivos. Una actividad que puede cambiar su estrategia y configuración en función de factores diversos, desde la estructura de los mercados hasta las orientaciones políticas o doctrinas económicas que se presenten como dominantes en cada momento. Y así es como pueden sucederse diversos modelos de regulación”. De ahí que la regulación económica no se identifica con el “modelo de regulación orientado a la competencia y a la recreación del mercado (...) De la misma manera que han existido otros modelos o paradigmas regulatorios con anterioridad al que se ha impuesto en los últimos años, nada impide que en el futuro más inmediato pueda adoptarse otro modelo” (ESTEVE PARDO: 401).

5.2 Concepto de regulación. La Constitución no define expresamente

qué se entiende por regulación. El término aparece por vez primera en el articulado constitucional con la reforma constitucional de 1947 que dispuso que “la regulación del sistema monetario y bancario de la Nación corresponderá a la entidad emisora” de billetes, es decir, el Banco Central. En todo caso, para entender qué entiende la Constitución por regulación hay que partir de la imagen que del instituto de la regulación se ha formado históricamente, a nivel mundial y en el seno de la comunidad política, empresarial y jurídica dominicana. Aunque usualmente se confunde la regulación con el ejercicio por parte del Estado de sus funciones normativas, lo cierto es que la regulación no solo es legislación y reglamentación, a pesar de la importancia de la potestad normativa en el conjunto de potestades regulatorias del Estado. “Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y

La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica.

también el poder sancionador” (MUÑOZ MACHADO 2009: 111). Es ese concepto amplio de regulación y no restringido a las normas el que precisamente el legislador acogió en el artículo 1.b de la Ley Monetaria y Financiera cuando dispuso que la regulación del sistema monetario y financiero “comprende la fijación de políticas, reglamentación, ejecución, supervisión y aplicación de sanciones, en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos dictados para su desarrollo”. Y ese ha sido también el sentido del término desde que el mismo apareció por vez primera en los textos constitucionales, hasta que se consagra expresamente con la reforma constitucional de 2010 la facultad del Estado regular todos los sectores de la economía y no solo el monetario y financiero. Ello así porque, como bien explica la Corte Constitucional colombiana, la regulación debe entenderse en sentido amplio dado que “la amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica” (Sentencia C-150 de 2005).

5.3 Organismos reguladores. La Constitución establece que la regulación

Es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercitarla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración

económica puede llevarse a cabo por “organismos creados para tales fines” por el legislador (artículo 147.3). Estos organismos reguladores deben gozar de independencia o autonomía reforzada pues no puede ser de otro modo, si tenemos en cuenta el hecho de que “es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercitarla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración” (MUÑOZ MACHADO 2004: 1173). Estas agencias, autoridades, comisiones o administraciones reguladoras independientes o de autonomía reforzada, tienen a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (mercados financieros, telecomunicaciones, energía, etc.) o que afectan derechos fundamentales básicos (por ejemplo, el derecho a la intimidad, sujeto a afectación por la existencia de bancos informatizados de datos personales). La opción por la regulación a través de estos entes reguladores, en lugar de regular vía el legislador o la propia Administración, se explica en la necesidad de fuerte especialización que requieren sectores económicos altamente dependientes de la innovación tecnológica, el imperativo de concentrar las potestades regulatorias del Estado en un solo órgano que

reglamente, administre y juzgue las controversias entre los agentes económicos regulados y, lo que no es menos importante, el deber de asegurar la neutralidad de la regulación en sectores económicos en donde la politización o partidización propia de las coyunturales mayorías legislativas o gubernamentales podría afectar sensiblemente la estabilidad o la eficiencia de los sistemas regulados. Se diferencian así estos organismos reguladores de los previstos en el artículo 141 los cuales son “organismos autónomos o descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica” y “adscritos al sector de la Administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector”, pues los organismos reguladores del artículo 147.3 deben gozar, por la definición misma de regulación económica y de ente regulador, de independencia o autonomía reforzada. A estos organismos reguladores es preferible denominarlos organismos reguladores independientes, pues la autonomía se predica en nuestro ordenamiento tanto de los organismos autónomos o descentralizados, fuertemente vinculados a la Administración central, como de los entes municipales. “En este contexto de confusión, el término independencia tiene el añadido

de que, al menos, indica un grado tal de autonomía muy superior al de los demás entes de la denominada Administración instrumental” (BETANCOR: 344).

La necesidad de una regulación económica desvinculada de una Administración Pública centralizada, conforme al modelo francés napoleónico imperante en Europa y América Latina en donde las decisiones administrativas están demasiado ligadas a las decisiones políticas del gobierno, debe ser enfatizada, para entenderla en su justa medida y escapar de la usual satanización de todo intento de configuración de autonomías a la que nos tienen acostumbrados muchos de nuestros políticos. “La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si esto es malo en todos los sectores, mucho peor resulta en aquellos de carácter económico que afectan decisivamente la propiedad de los ciudadanos o la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial y deben estar, por ello, revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales” (CARBAJALES: 200). Por ello, se encomiendan estas decisiones

a organismos reguladores, de carácter técnico y no político, compuestos por personas independientes y expertas, de estatuto protegido y a salvo de remociones sin justa causa, por lo menos durante un período fijo más o menos largo y que preferiblemente no debe coincidir con los ciclos electorales y con renovación periódica y gradual de sus integrantes, de modo que participen todas las mayorías políticas en su conformación. Estos organismos aseguran así poder ser verdaderos órganos imparciales que puedan, sin ser capturados por las empresas ni controlados por el Estado, arbitrar debidamente los conflictos entre los diferentes intereses en juego, los cuales ponen de frente no solo empresas privadas frente a otras empresas privadas sino también empresas estatales frente a las primeras.

Esta necesidad de entes reguladores independientes se hace más acuciante en los casos de privatización o liberalización de actividades antiguamente prestadas en régimen de monopolio público o en el marco de una fuerte intervención pública. Aquí “la regla general que se ha implantado es que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del

servicio, empresa o actividad. El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector quedarían en una situación de desigualdad” (MUÑOZ MACHADO 2009: 133). No por azar la Constitución consagra la posibilidad de crear estos organismos reguladores en el momento mismo en que establece todo un estatuto de los servicios públicos (artículo 147), los cuales podrán ser prestados directamente por el Estado o por delegación a los particulares, bajo cualquier forma legal o contractual (concesión, autorización, asociación, etc.). Lo que resulta obvio, a la luz de lo antes dicho, es que, aunque la creación de entes reguladores de los servicios públicos es una opción para el legislador, ello se hace imperativo cuando en la prestación de estos servicios concurren empresas privadas y empresas estatales, en tanto que el mantenimiento agrupado de las funciones de regulación y gestión constituiría una situación de privilegio de los operadores públicos frente a los privados, que no se compadece con el deber de dar igual tratamiento a la actividad empresarial y pública (artículo

221). Lógicamente de nada serviría separar la gestión y la regulación si el organismo estatal al que se le asigna las funciones regulatorias del servicio no goza de relativa autonomía reforzada o independencia pues, de ese modo, el Estado propietario o empresario podría seguir imponiendo, ahora con la careta de Estado regulador y de modo si se quiere indirecto a través de su control omnímodo del ente regulador, restricciones al acceso de los competidores privados a los mercados.

Como se puede observar, tres principios se deducen del artículo 147.3 y del resto de la Constitución económica respecto a los organismos reguladores. En primer término, más allá de que los entes reguladores en el Derecho de la Regulación Económica siempre han sido conceptuados como entes más o menos independientes, estos organismos reguladores deben y solo pueden ser independientes pues, si no fuese así, no tendría sentido crearlos, cuando, por demás, es perfectamente posible y constitucionalmente válido que el legislador deje la regulación en sus propias manos o en las de la Administración. En segundo lugar, el legislador puede optar entre crearlos y no crearlos porque se trata claramente de una opción constitucional (“la ley podrá establecer”).

Por último, la creación de estos organismos reguladores, si bien es opcional cuando el servicio público es prestado única y exclusivamente por el Estado o cuando se trata de la regulación “de otras actividades económicas”, se vuelve absolutamente imperativa cuando el Estado participa junto con las empresas privadas en la prestación de un servicio público, pues solo la separación del gestor del regulador impide la creación de un privilegio a favor del gestor, el cual es inconstitucional a la luz del principio de igualdad de tratamiento de las empresas públicas y las empresas privadas.

No es ocioso recordar que, aunque el artículo 147.3 de la Constitución permitiría la creación de un organismo regulador en los casos en que el Estado ejerce un monopolio o controla la prestación de un servicio público, lo cierto es que “la opción por la titularidad pública sobre servicios y actividades se sitúa extramuros del espacio de la regulación. Hay dos razones claras que explican esta exclusión. La primera es que semejante opción queda fuera del alcance de los reguladores al recaer sobre ella una reserva de ley por determinación expresa de la Constitución. La segunda porque la titularidad pública nos sitúa en otro segmento de la actividad administrativa que, aunque se ha

reducido muy considerablemente, todavía se mantiene y es el de la actividad de prestación –directa o indirecta, con las fórmulas que se adscriben a otra modalidad-, de servicios y actividades de titularidad pública” (ESTEVE PARDO: 403). Y es que, a fin de cuentas, “cuando las actividades económicas están monopolizadas por los poderes públicos, no se produce ninguna tensión entre los intereses públicos y los intereses privados”, aparte de que “el mercado tampoco funciona, por definición, en los sectores ocupados por los monopolios” (MUÑOZ MACHADO 2004: 1174), lo que haría innecesaria no solo la creación de un organismo regulador sino la regulación misma, por lo menos en lo que respecta a la regulación económica, principalmente cuando ésta se manifiesta como regulación de la competencia.

Finalmente, es preciso enfatizar que la independencia o autonomía reforzada de estos organismos reguladores no es absoluta. La doctrina es más que clara al respecto. “Es una independencia relativa, como lo debe ser teniendo en cuenta que los organismos de los que hablamos son entidades que forman parte de un sistema jurídico-político llamado Estado de Derecho. No son, como es obvio, un Estado dentro del Estado; son entidades estatales y, como tales, sujetos a las reglas y a las

La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado.

limitaciones derivadas de esa pertenencia. En consecuencia, el Gobierno, el Legislativo y el Poder Judicial tienen poderes que les permiten, en mayor o menor grado, interferir o controlar el ejercicio de las funciones por parte de los organismos” (BETANCOR: 344). “No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama [...], valores que se entiende serán mejor satisfechos, si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista” (GARCÍA DE ENTERRÍA: 465).

5.4 El status constitucional de la autorregulación. La autorregulación es manifestación del principio constitucional de participación de los ciudadanos en la vida económica. La Constitución establece que “la regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado” (artículo 147.3). De esta disposición, resulta claro que la autorregulación queda solo prohibida constitucionalmente en el ámbito de los servicios públicos y es perfectamente válida en el resto de las actividades económicas pues, como bien señala la

propia Constitución, lo que no está prohibido está permitido (artículo 40.15). De todos modos, aún en el ámbito de los servicios públicos, es constitucionalmente admisible determinados niveles de autorregulación, siempre y cuando se trate de una autorregulación regulada, es decir, que exista una regulación pública de la autorregulación (DARNACULLETA I GARDELLA) que permita al Estado establecer los fines, el contenido y los medios de dicha autorregulación. Entre esos instrumentos de autorregulación regulada encontramos los códigos de conducta empresarial, la implantación de esquemas de estandarización y verificación, la adopción de acuerdos con la industria para la protección del medio ambiente. La regulación pública de la autorregulación puede adoptar diversas modalidades: el Estado puede asignar a un organismo privado la facultad de regulación de normas fijadas por el propio Estado, el Estado puede aprobar la regulación impuesta por un organismo privado o, finalmente, el Estado fomenta la autorregulación, exige unos contenidos mínimos y sanciona el incumplimiento de este deber de autorregulación a cargo de los privados.

5.5 La regulación de los servicios públicos. El artículo 147 de la Constitución establece que “los servicios públicos

Hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado.

están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo” y que “serán declarados por ley”. Estos servicios, que pueden ser suministrados directamente por el Estado o por particulares en quien haya delegado el Estado, “mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual”, de conformidad con la Constitución y la ley, serán regulados exclusivamente por el Estado o por organismos creados para tales fines. Como se puede observar, la Constitución parte del supuesto de que lo fundamental, en materia de servicios públicos, no es tanto la titularidad estatal del servicio como la obligación constitucional del Estado de garantizar la prestación del mismo. Y es que, como bien ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, “hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado” (Expediente No. 034-2004-PI/TC). Lo crucial es que los servicios públicos, no importa la modalidad de suministro o gestión, “deben responder a los

principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria” (artículo 147). Veamos estos principios en detalle...

5.5.1 Universalidad. La universalidad implica que el servicio público debe ser un servicio de calidad, accesible a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible. La universalidad presupone la igualdad ante el servicio público. Esta igualdad significa generalidad del servicio: el servicio público puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión ni discriminación alguna. La igualdad significa, además, uniformidad: el usuario tiene el derecho de exigir y recibir el servicio en uniformidad de condiciones, sin privilegios pero tampoco sin discriminaciones. La uniformidad no se opone a la existencia de categorías de usuarios (por ejemplo, servicio familiar, profesional, comercial, industrial, etc.) siempre y cuando en cada categoría se mantenga el trato igualitario para los usuarios y no se establezcan privilegios en beneficio de algunos usuarios y en detrimento de los demás.

5.5.2 Accesibilidad. Por su propia naturaleza y por la necesidad colectiva que se cubre a través de la prestación, es necesario que todos los integrantes de la

colectividad puedan acceder al servicio público. La accesibilidad es derivación del principio de igualdad que implica que los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios públicos en condiciones de igualdad y no discriminación (artículo 39). Para asegurar el acceso y el uso de los servicios públicos, es clave que, en aquellos servicios que no son gratuitos por imperativo constitucional, como es el caso de la educación pública gratuita en el nivel inicial, básico y medio (artículo 63.3), las tarifas no constituyan un impedimento para el acceso al servicio. De ahí que la accesibilidad está estrechamente vinculada con la asequibilidad, es decir, con la equidad tarifaria.

5.5.3 Eficiencia. La eficiencia significa que el servicio público debe cubrir la necesidad que justifica su existencia garantizando su acceso equitativo a toda la población, oportunamente y con costos razonables de prestación. Esa eficiencia es exigible a todos los prestadores del servicio público (Estado, concesionario, licenciatario).

5.5.4 Transparencia. La transparencia implica el derecho fundamental de los usuarios a “obtener información adecuada y veraz, entre la cual se encuentran la correcta medición del uso

y la adecuada facturación por el servicio, detallando los conceptos, las fechas de vencimiento y los recargos por mora que puedan corresponder” (DROMI: 648).

5.5.5 Responsabilidad. La responsabilidad implica para el Estado la obligación de regular el servicio público, es decir, reglamentarlo, supervisarlos, fiscalizarlos, sancionar los ilícitos cometidos por los prestadores del servicio y los usuarios y resolver las controversias entre los agentes participantes en el sector regulado. Por el lado del prestador, la responsabilidad implica el deber de asegurar un servicio de calidad, caracterizado por las notas distintivas constitucionales (universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria). La responsabilidad implica la obligatoriedad del servicio. De ahí que, como bien ha señalado la jurisprudencia argentina, “la empresa prestadora no se puede desobligar sobre la base de la genérica invocación de razones fundadas en el estado y condiciones de la red telefónica transferida” (CNFedCivCom, Sala 1^a, 11/7/95, “Goyena, Raúl H. c/ Telecom Argentina Stet France”, JA, 1996-I-604) y que “la obligación de la empresa concesionaria de seguir prestando al usuario el servicio es una carga que está ínsita en la prestación de un servicio

público” (CSJN, 5/11/96, “*Establecimientos Metalúrgicos S. Becció e Hijos SA c/ Ente Nacional Regulador de Gas*, JA, 1997-II-130).

5.5.6 Continuidad. La continuidad del servicio público significa que éste debe prestarse mientras la necesidad que satisface esté presente, o sea, que el servicio debe ser regular, permanente e ininterrumpido. Esta continuidad es absoluta en el caso de la electricidad, la telefonía, la provisión de agua potable cuyo servicio debe estar disponible 24 horas para los usuarios. La continuidad es relativa cuando el servicio no debe prestarse ininterrumpidamente sino solo en determinados momentos, como es el caso de la instrucción primaria y el servicio de bomberos. La continuidad del servicio público incide en el derecho a huelga de los empleados del servicio y el derecho al paro de las empresas privadas de los empleadores pues, si bien ambos derechos son reconocidos por la Constitución, en aras de preservar los derechos de los usuarios, la ley “dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos o los de utilidad pública” (artículo 62.6).

5.5.7 Calidad. La Constitución establece que “el Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad”

(artículo 147.1), lo que significa que la Administración debe asegurar la mejora continua del servicio público en relación a la seguridad, volumen y características de las prestaciones, regularidad del servicio, puntualidad o tiempos de espera, exactitud, cobertura, transparencia de la facturación e información al usuario. Dado que la calidad es relativa, la exigencia constitucional de calidad implica el deber del Estado de regular, planificar, ejecutar, evaluar y controlar el servicio de manera que se aseguren y mejoren los estándares de prestación de los diferentes servicios, y el deber de los operadores y contratistas de servicios públicos de cumplir con esos estándares mínimos y promover las mejoras impuestas por los avances tecnológicos y el mercado.

5.5.8 Razonabilidad. La razonabilidad implica la mutabilidad del servicio público, es decir, que los poderes públicos pueden modificar las condiciones de prestación de los servicios públicos, aun sean suministrados por empresas privadas, en la medida en que sea conveniente para satisfacer el interés general y siempre y cuando la modificación sea razonable y, en caso de alterar el equilibrio financiero del contrato de concesión o de cualquier modalidad contractual bajo la cual se opere el servicio público cuyas

condiciones de prestación han sido modificadas. La razonabilidad significa, además, que, sin perjuicio del principio de accesibilidad, pueden establecerse condiciones de acceso al servicio diferentes, siempre que sean razonables. “Estas diferencias pueden obedecer a finalidades sociales o de discriminación positiva (por ejemplo, la reducción de los precios del transporte para personas de la tercera edad o para los jóvenes, o la limitación de algunas prestaciones asistenciales a personas en situación particularmente menesterosa), pero también a estrategias comerciales en el caso de los servicios liberalizados (piénsese en las ofertas económicas de las compañías telefónicas a empresas o grupos de personas determinados), siempre que se ofrezca condiciones transparentes y no discriminatorias” (SÁNCHEZ MORÓN: 751).

5.5.9 Equidad tarifaria. La equidad tarifaria está estrechamente vinculada a la accesibilidad al servicio público: para que el servicio sea accesible, debe ser asequible y, para que sea asequible, la tarifa debe ser equitativa. Cuando el valor de la tarifa impide el acceso al servicio, el Estado debe subsidiar a quienes no pueden abonarlas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARAUJO JUÁREZ, José. *Tratado de Derecho Administrativo*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005.

BETANCOR, Andrés. *Regulación: mito y derecho*. Navarra: Civitas / Thomson Reuters, 2010.

CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2006.

DARNACULLETA I GARDELLA, Ma. Mercé. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.

ESTEVE PARDO, José. "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público". En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima - Bogotá: Palestra / Temis, 2006.

HOSTOS, Eugenio María de. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Santo Domingo: ONAP, 1980.

JORGE PRATS, Eduardo. "La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los

derechos fundamentales". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Num. 13. Enero-junio 2010.

JORGE PRATS, Eduardo y Omar Victoria Contreras. *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*. Santo Domingo: Ius Novum, 2008.

KRESALJA, Baldo y César Ochoa. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica". En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo y Público General. I. Primera edición*. Madrid: Iustel, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.

PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*. Madrid: Editorial Lex Nova, 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2006.

(*) El autor es Abogado, Catedrático Universitario y especialista en Derecho Constitucional.

Principios Constitucionales de Actuación de la Administración Pública

*Lic. Oscar D'Oleo**

I) Introducción

La reciente Constitución proclamada en fecha 26 de Enero de 2010, regula un aspecto muy importante del funcionamiento de la Administración y es el atinente a los principios que deben orientar sus actuaciones. Según el artículo 138 estos principios son los siguientes: 1. Eficacia; 2. Jerarquía; 3. Objetividad; 4. Transparencia; 5. Publicidad; 6. Coordinación; 7. Economía y 8. Sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (Principio de Legalidad)¹.

¹ La Constitución Española de 1978, texto en el cual se inspiraron nuestros constituyentes a los fines de establecer esta norma consagra una regulación análoga a la nuestra. Al respecto el artículo 103.1 de la CE, establece lo siguiente: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Existen una serie de principios constitucionales básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública que, a pesar de que no están explícitamente consignados en la Constitución... están aun vigentes aun cuando no exista una norma que expresamente los imponga.

Nuestra Constitución anterior no contenía previsiones expresas en el sentido anteriormente indicado, pero al respecto debemos indicar que implícitamente dentro de la misma podíamos encontrar tales principios. Eduardo Jorge Prats al respecto indicaba lo siguiente en relación a estos principios: Existen una serie de principios constitucionales básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública que, a pesar de que no están explícitamente consignados en la Constitución., están aun vigentes aun cuando no exista una norma que expresamente los imponga².

Debemos destacar que estos principios son muy importantes para la consolidación del Estado de Derecho y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Esperamos que la instauración de estos principios enriquezcan el debate jurídico en nuestra nación e inicien una real apertura para un cambio en la gestión administrativa.

A continuación pasaremos al estudio de los mismos eligiendo para este ensayo los siguientes: 1. Eficacia; 2. Jerarquía; 3. Objetividad; 4. Transparencia; 5. Publicidad y 6. Coordinación. Hemos

² Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Volúmen II, Editora Gaceta Judicial, P. 559.

Del artículo 8 de la Constitución es posible inferir la eficacia como principio implícito que rige la administración. En efecto cuando se establece la obligación efectiva por parte del Estado de los derechos de la persona y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse.

excluido el principio de sometimiento de la Administración al Derecho (legalidad) en razón de que es un tema clásico del derecho administrativo que por su extensión sería menester tratarlo en otro ensayo, así como el de economía por las grandes aristas que presenta este tema y que seguramente desbordaría el espacio limitado que con mucha distinción me han complacido en reservarme el Ministerio de Administración Pública para esta revista especializada.

II) Síntesis de cada uno de los principios de actuación de las Administraciones Públicas (aproximación doctrinal y alcance de los mismos)

2.a) Principio de Eficacia

La eficacia más que un mero principio informador del ordenamiento jurídico constituye un verdadero mandato constitucional y supranacional. En el contexto de la anterior constitución Eduardo Jorge Prats nos informaba al respecto lo siguiente: Del artículo 8 de la Constitución es posible inferir la eficacia como principio implícito que rige la administración. En efecto cuando se establece la obligación efectiva por parte del Estado de los

La teoría tradicional define la jerarquía como la agrupación típica de oficios administrativos, dispuestos en una serie de grados sucesivos, a modo de pirámide, que aparece y se comporta como un todo unitario.

derechos de la persona y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse³.

La eficacia es el grado en que se alcanzan los objetivos de las Administraciones mediante el ejercicio en concreto de la función administrativa del Estado. Este ejercicio concreto de la función administrativa del Estado debe ir orientado en función de los siguientes contenidos: a) Celeridad; b) Razonabilidad; c) Simplicidad y d) Antiformalismo.

Dado el alcance de la protección constitucional y legislativa del principio de eficacia, el no ejercicio de la actividad de la Administración Pública de una forma *eficaz* puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad de la misma, teniendo disponible la misma a sus fines todo un conjunto de prerrogativas exorbitantes al derecho común para lograr en toda su extensión la materialización del principio de eficacia.

2.b) Principio de jerarquía

La teoría tradicional define la jerarquía como la agrupación típica de

³ Jorge Prats, Eduardo, La eficacia en la Actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos, Revista No. 3 de la Secretaría de Estado de Administración Pública.

oficios administrativos, dispuestos en una serie de grados sucesivos, a modo de pirámide, que aparece y se comporta como un todo unitario. El impulso y las directrices para la acción, para la actividad, descienden desde el vértice a la base.⁴ El principio de jerarquía se traduce en las siguientes prerrogativas para el superior que ejerce este tipo de relación: a) Poder de Dirección; b) Poder de Control; c) Poder de Revisión de acto y d) Poderes de transferencia sobre la propia competencia a la del inferior, lo cual puede traer como consecuencia el ejercicio de las prerrogativas de desconcentración de competencias, delegación de competencias, avocación y delegación de firmas.

Uno de los mas claros ejemplos en materia del Principio de Jerarquía podíamos evidenciarlo en el artículo 55 de nuestra Constitución anterior con respecto a las facultades del Presidente de la República quien es el Jefe de la Administración Pública. En consonancia con esta disposición constitucional podemos también observar la ley Orgánica de Secretarías de Estado 4378 que establece una organización de estructura jerárquica a lo interno de las Secretarías y la posibilidad de que el Presidente de la República asuma las

⁴ Morel Ocaña, Luis, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Aranzadi, 2da Edición, P.331.

competencias de las Secretarías de Estado.

Actualmente esta visión centralista y jerarquizada del ejercicio del poder ejecutivo del Estado se observa en el espíritu del artículo 128 (artículo análogo al 55 de la constitución anterior) de nuestra nueva constitución y en el artículo 141 de la misma, el cual establece que los organismos autónomos y descentralizados deben adscritos estar al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector.

Es un contrasentido establecer que se trata de un órgano autónomo o descentralizado pero adscrito a la fiscalización de un ministerio; bajo una óptica pura de la teoría de la organización esto debe movernos a algún tipo de reflexión y va a imponer la revisión necesaria de algunos instrumentos legislativos que bajo el amparo de la Constitución anterior se habían creado ciertos organismos autónomos y descentralizados sin adscribirlos a ningún tipo de ministerio, situación esta que estimamos va a ser una fuente de conflictos⁵.

⁵ Debemos indicar que desde un punto de la teoría de la organización pura nuestro ordenamiento jurídico no conoce propiamente de órganos autónomos, en razón de que un

Consideramos que con la nueva Constitución el espíritu organizativo tradicional centralista del Estado Dominicano ha quedado plasmado, sin perjuicio del reconcomiento de ciertos niveles de descentralización y autonomía como es el caso de los Municipios (Vid. Artículo 199 y siguientes de la Constitución) los cuales deben coordinar el ejercicio de sus competencias con la Administración Central, salvo aquellas que sean exclusivas.

Consideramos que con la nueva Constitución el espíritu organizativo tradicional centralista del Estado Dominicano ha quedado plasmado, sin perjuicio del reconcomiento de ciertos niveles de descentralización y autonomía como es el caso de los Municipios (Vid. Artículo 199 y siguientes de la Constitución) los cuales deben coordinar el ejercicio de sus competencias con la Administración Central, salvo aquellas que sean exclusivas.

2.c) Principio de Objetividad

El principio de objetividad tiene grandes conexiones con el principio de igualdad, que busca dentro de sus fines que la Administración sirva con imparcialidad a los intereses generales y el ejercicio de la forma más razonable las potestades discrecionales.

Aunque la Constitución anterior no reconocía de forma expresa este principio podíamos deducir que la obligación de la Administración de actuar con neutralidad estaba estrechamente relacionada con el mandato de interdicción a la arbitrariedad de los

órgano autónomo es capaz de darse su propia organización, situación que no ocurre en nuestro país, por lo tanto el término correcto para designar este tipo de organización es la autarquía.

poderes públicos y con el principio de igualdad.

La labor orientadora del principio de objetividad implica en síntesis las siguientes acciones puntuales: a) No discriminar en el ejercicio de las potestades públicas; b) Ejercer una línea de actuación administrativa uniforme y c) La elección de las decisiones discrecionales más razonablemente compatibles con los intereses generales.

2.d) Principio de Transparencia

Una legislación muy importante de colaboración en la realización de este principio es la ley 10-04 sobre Cámara de Cuentas, y cuya ratio legis va en el sentido de fortalecer el postulado de la transparencia como uno de los requisitos exigible a todas las administraciones públicas en relación al uso de los fondos públicos. (Vid. Art. 7 Núm. 4 de la ley 10-04).

Asimismo debemos destacar que el principio de publicidad juega un papel muy importante en la realización del principio de transparencia, es así como con el régimen jurídico de acceso a la información pública ha logrado que muchas de las instituciones públicas dominicanas faciliten el acceso a información de relevancia pública en los

distintos portales de internet que deben ser habilitados a tales efectos.

Debemos destacar que este principio de transparencia no es un mero principio informador del ordenamiento jurídico, sino que contiene un mandato expreso a los poderes públicos de respetar el mismo en su máxima extensión.

2.e) Coordinación

La coordinación es un fenómeno que tiene su punto de partida en dos aspectos fundamentales: 1) La búsqueda del ejercicio de una acción conjunta, racionalizada y eficaz de todos y cada uno de los elementos que componen la Administración, aun dentro de las jerárquicas⁶; 2) La insuficiencia de la jerarquía para organizar todas las acciones de la Administración Central, motivo por el cual fue necesaria la búsqueda de otras formas de organización⁷.

Uno de los aspectos más controversiales en materia del principio de coordinación es cuando se atribuyen

⁶ Jorge Prats, Eduardo, Derecho Constitucional, Opus Cit., P. 561.

⁷ Rivero Ysern, Enrique, Las Relaciones Interadministrativas, Revista de Administración Pública (RAP), Mayo-Agosto 1976, No. 80.

competencias conexas o análogas a distintas administraciones públicas entre las cuales no existe una organización administrativa jerárquica, estas competencias han de ser ejercidas de forma coordinada, es decir, que no deben superponerse los esfuerzos para la consecución de los fines públicos ni mucho menos debería de haber contradicción en los lineamientos de actuación de estas administraciones públicas.

Por ejemplo podemos observar como nuestro ordenamiento jurídico regula relaciones entre distintas administraciones públicas dentro de las cuales cabe destacar las relaciones entre el Poder Municipal y el Poder Ejecutivo, en lo que respecta la asignación de ciertos tipos de competencias al Municipio.

En este sentido observamos que la ley 176/07 que regula el Poder Municipal dominicano establece lo siguiente: **Artículo 12.- Relaciones Interadministrativas.** Las relaciones entre los ayuntamientos y los organismos, entidades e instituciones del Gobierno Central deberán desarrollarse conforme a los principios de colaboración, coordinación, concurrencia, subsidiariedad, información mutua y respeto a sus respectivas competencias.

Es oportuno establecer que el objetivo de este artículo que consigna ciertos principios básicos de la organización administrativa municipal debe ser analizado de una forma sistemática con posibilidad que tienen los ayuntamientos de ejercer competencias compartidas o coordinadas con el Estado en temas que anteriormente podían caer dentro de la exclusividad del poder central.

Los ayuntamientos podrán ejercer como competencias compartidas o coordinadas todas aquellas que corresponden a la función de la administración pública, salvo aquellas que la Constitución le asigne exclusivamente al Gobierno Central.

Respecto a las competencias coordinadas la ley 176/07 establece lo siguiente: Los ayuntamientos podrán ejercer como competencias compartidas o coordinadas todas aquellas que corresponden a la función de la administración pública, salvo aquellas que la Constitución le asigne exclusivamente al Gobierno Central, garantizándoles como competencias mínimas el derecho a estar debidamente informado, el derecho a ser tomado en cuenta, el derecho a participar en la coordinación y a la suficiencia financiera para su adecuada participación, dentro de estas competencias destacamos las siguientes: a) Lucha contra la pobreza; b) servicios de salud; d) Agua Potable y e) Promoción y Fomento del Turismo, etc.

Es importante observar que esta ley de Municipios dentro del marco de los

principios de actuación establecidos en el artículo 12 de la ley 176/07, establece la posibilidad de solicitar la transferencia forzosa de las competencias no exclusivas del Poder Ejecutivo, siempre y cuando demuestren suficiencia técnica, financiera y transparencia, pudiendo los Municipios en caso de la negativa del Estado de materializar la transferencia de la competencia apoderar al Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo a los fines de que resuelva estos conflictos competenciales.

Constituye un gran paso de avance normativo la instauración en el texto constitucional del principio de coordinación, y las directrices bajo las cuales el mismo debe ser exigible va orientado en función de lo siguiente: a) Evitar la superposición y duplicidad de actuaciones b) Cuando existan contradicciones en las actuaciones administraciones públicas entre las cuales no existe una relación jerárquica debiendo preferir los poderes públicos los comportamientos más razonablemente compatibles con los intereses generales; c) Evitar el menoscabo de las competencias decisorias de los órganos que se encuentran en una relación de inferioridad, ya sea por cuestiones financieras, falta de suficiencia técnica, entre otras y d) Evitar excluir de los

procesos de toma de decisiones a algún órgano con una competencia coordinada.

Entendemos que el principio de coordinación es una de las formas más idóneas para lograr una representación cada vez más plural en nuestra sociedad y el resultado de los procesos de decisión en los cuales se aplique de una forma altruista contribuirá a una integración efectiva de todos los sectores sociales y políticos de nuestra nación.

2.f) Principio de Publicidad.

Previa la aprobación de la Constitución actual nuestro ordenamiento jurídico había positivado el principio de publicidad a través de la ley 200-04 y su reglamento de aplicación.

Esta norma ha constituido un gran paso de avance en la consolidación del Estado de Derecho, ha fortalecido el Principio de Transparencia y ha contribuido a garantizar la participación de los interesados en el proceso de elaboración de cualquier norma de carácter general que vaya a ser adoptada por una administración pública.

En efecto el principio de publicidad en nuestro ordenamiento jurídico esta orientado según las siguientes directrices:

El Estado Dominicano se encuentra en un proceso de cambios que deberá ir orientado hacia una mejoría de la clase política dominicana, el pluralismo de las decisiones, el respeto a los derechos de las minorías y la integración de todos en un verdadero Proyecto de Nación, para así contar con una Administración Pública mas enfocada en los fines altruistas que el legislador le confía.

a) Inversión de la carga de la prueba en contra de la Administración en materia de acceso a la información pública. b) Reducción de la discrecionalidad de la Administración Pública acerca de la información que puede ofrecer al público. c) Plazos jurisdiccionales breves. d) Recursos sencillos y de fácil acceso por los interesados. e) Participación de los interesados en los proyectos normativos que son llevados a cabo por nuestras administraciones públicas.

III. Valoración Final de la Instauración de los Principios de actuación de las administraciones públicas:

Constituye un gran paso de avance el hecho que estos principios de actuación de nuestras administraciones públicas hayan sido constitucionalizados. El Estado Dominicano se encuentra en un proceso de cambios que deberá ir orientado hacia una mejoría de la clase política dominicana, el pluralismo de las decisiones, el respeto a los derechos de las minorías y la integración de todos en un verdadero Proyecto de Nación, para así contar con una Administración Pública mas enfocada en los fines altruistas que el legislador le confía.

Por otra parte debo advertir que el Derecho no esta por encima de la realidad y al efecto la realidad dominicana en lo que a nuestras administraciones públicas respecta, ha sido bastante cuestionada en nuestra breve historia democrática, motivo por el cual el cambio de toda una cultura de actuación no necesariamente vendrá dada por un texto legislativo, sino más bien por el compromiso de todos en cumplir y hacer cumplir las leyes para de esta forma superar del subdesarrollo administrativo histórico que nos ha caracterizado como nación.

(*) El autor es Licenciado en Derecho, con Master en Derecho Público.

La Constitucionalización de la Función Pública

*Lic. Gregorio Montero**

Introducción

Alrededor de la Constitución Política proclamada en 2010 se generaron múltiples polémicas, lo cual es obvio tratándose de la reforma jurídica más importante y tratándose además de un hecho político, como siempre lo será una reforma de la Carta Magna; lo que de alguna manera intranquiliza es que hay quienes han pretendido minimizar la importancia y los avances del nuevo texto.

Siempre hemos dicho que, si bien la reforma no llenó todas nuestras expectativas, lo cual también es obvio en una democracia, es preciso reconocer que en varios renglones el nuevo texto es aprovechable más que cualquiera otro de los que hemos tenido para avanzar en la configuración de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Entendemos que el tema de la profesionalización de la Función Pública y la Carrera Administrativa aun requiere de mucha difusión, no nos cabe duda de que ahora que es materia constitucional las condiciones se presentan a favor.

Precisamente, uno de los aspectos donde se fortalece jurídicamente el Estado dominicano con la nueva Carta Magna es en lo relativo a la Administración Pública, ámbito en el cual se hace un diseño nunca contemplado. De manera particular destacamos lo relativo a la Profesionalización de la Función Pública y la Carrera Administrativa, temas que sirven de marco al desarrollo del presente ensayo.

Es nuestro plan precisar en este trabajo algunos elementos relacionados con los antecedentes de la Función Pública en el nivel constitucional dominicano, así como analizar todo lo relativo a la configuración jurídica que hace el nuevo texto constitucional respecto de los principios, diseño normativo, subsistemas técnicos, etc., así como respecto de la profesionalización, la carrera administrativa, el estatuto de los servidores públicos, las carreras especiales, régimen de incompatibilidades, entre otros aspectos de interés para el entendimiento apropiado del tema.

Entendemos que el tema de la profesionalización de la Función Pública y la Carrera Administrativa aun requiere de mucha difusión, no nos cabe duda de

que ahora que es materia constitucional las condiciones se presentan a favor, por lo que es importante abordar los distintos aspectos que lo concretan, no solo desde su perspectiva jurídica, sino también científica, teórica y política.

Antecedentes

El constitucionalismo dominicano no presenta dentro de sus fortalezas el tratamiento adecuado de la Administración Pública, muy por el contrario, ha sido una de sus más sentidas falencias y una de las causales del escaso desarrollo del Estado.

El constitucionalismo dominicano no presenta dentro de sus fortalezas el tratamiento adecuado de la Administración Pública, muy por el contrario, ha sido una de sus más sentidas falencias y una de las causales del escaso desarrollo del Estado. Esto ha incidido negativamente en la profesionalización de la Función Pública y ha obstaculizado por mucho tiempo la implantación efectiva de la Carrera Administrativa.

No obstante, algunos hechos recoge la historia administrativa; para el año 1821, siendo colonia española, hubo aprestos de independizar la parte de la isla que hoy sirve de asiento a la República Dominicana, lo cual es de gran significación para el tema que nos ocupa, pues en el Acta Constitutiva de la Nación se dispuso que los empleados públicos sólo podían ser cancelados de sus funciones si se probaba que habían cometido faltas graves en el desempeño de las mismas, esto pudo haber

constituido, sin duda, un eslabón importante en la configuración de un régimen de función pública.

En el año 1844, el 6 de noviembre, fue proclamada en san Cristóbal la primera Constitución Política como resultado del nacimiento del Estado Dominicano, como consecuencia del logro de la independencia que arrebatamos a los haitianos el 27 de febrero del mismo año; se considera una de las más avanzadas constituciones políticas que han regido nuestro Estado, incluso de muchos estados de la región. En la misma quedó consagrado lo que pudo haber sido el germen del principio del mérito como condición para el ejercicio de las funciones públicas, al establecer que los servidores del Estado no podían ser destituidos de sus cargos a menos que fueran debidamente escuchados y se les probare la comisión de faltas graves en el ejercicio de sus funciones.

Para desgracia de la función pública dominicana este postulado constitucional fue derogado con la primera enmienda que se hizo a la Carta Magna diez años más tarde, en 1854, teniendo como marco unos primeros años de vida republicana caracterizados por mucha convulsión social, política y económica,

lo que afectó sensiblemente la soberanía y el fortalecimiento institucional del Estado Dominicano; el ámbito jurídico-administrativo fue sin duda el más afectado.

A partir de entonces, jamás el principio de estabilidad fue reintroducido en el ordenamiento constitucional dominicano¹, a pesar de 39 enmiendas al texto sustantivo y pese a los esfuerzos ingentes por restablecer constitucional o legalmente el mismo. Hubo que conformarse con ver concretarse el tema solo legalmente en 1991, cuando se promulgó la ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Nueva Constitución

En varios escritos habíamos advertido e insistido con relación a la necesidad de avanzar en una profunda reforma del texto constitucional dominicano, con miras a ponerlo a tono no solo con la realidad de nuestra sociedad, sino con las evoluciones que en materia jurídica sustantiva se vienen experimentando en el plano internacional. No olvidemos que el mundo

¹ Es en 2010 cuando la clase gobernante salda una deuda histórica con la sociedad, incluyendo el tema en la Carta Magna.

actual impone reglas que deben reflejarse necesariamente en los ordenamientos jurídicos nacionales, el constitucional no es una excepción.

Si bien la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 no llenó las expectativas de todos, claro, nunca sucederá, no menos cierto es que estamos ante una de las reformas más sustanciosas que se haya conocido en nuestra historia republicana; si bien dejó en muchos la sensación de que pudo ser un mejor texto, siempre será así, no menos cierto es que representa mejora en cuestiones fundamentales que habrán de servir de base para la construcción y consolidación sostenible de un Estado más garantista y justo, con un mejor enfoque en los ciudadanos.

En esta línea reflexiva es importante destacar el gran desafío que presenta y la importancia que reviste la nueva concepción del Estado Dominicano recogida en el artículo 7, el cual reza: **“Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación**

e independencia de los poderes públicos”.

A partir de esta concepción y configuración del Estado, nuestra sociedad asume un compromiso mayor con el respeto de las leyes, la atención integral a los ciudadanos desde una perspectiva de derechos fundamentales, así como la observación irrestricta de todos los principios de la democracia. Así el artículo 8 de la Carta Magna establece: **“Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.**

No hay duda de que estos tres nuevos elementos (social, democrático y de derecho) que califican y fundamentan la configuración del Estado, le dan una dimensión que obliga a observar el principio de igualdad de todos los dominicanos, a atender con gran rigor no solo los principios y valores democráticos, sino la protección social de

los ciudadanos, garantizando sus derechos fundamentales y observando el cumplimiento estricto de las leyes. Para esto es preciso que el Estado sea organizado y funcione a partir de criterios modernos, especialmente en lo que respecta a la gestión de los recursos humanos.

Como se puede notar, siendo la tipificación del Estado una cuestión transversal a todo el contenido constitucional, resulta básico admitir que el nuevo texto presenta avances cualitativos significativos, que bien podrían ser aprovechados para encontrar las vías definitivas de desarrollo de nuestro país.

Principios Constitucionales sobre la Administración Pública

Ninguna de las constituciones aprobadas le habían dado el tratamiento que le da la proclamada en 2010 a la Administración Pública, este es uno de los aspectos donde el asambleísta revisor de la Constitución hizo mayor énfasis, procurando abordarlo con un enfoque sistémico y sentido de integralidad. Es por ello que entendemos que lo dispuesto por el nuevo texto constitucional para la Administración Pública es suficiente

para sentar las bases que permitan saldar la gran deuda que se tiene con los ciudadanos en materia de prestación eficiente de los servicios públicos.

La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

La Constitución ha dispuesto un conjunto de principios generales para el funcionamiento de la Administración Pública, de manera concreta el artículo 138 establece: **“Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado...”**

Cada uno de ellos juega un papel central en el funcionamiento del aparato público, incidiendo de manera positiva en la calidad de la gestión, fundamentalmente en la actividad prestacional del Estado o administración de los servicios públicos. El principio de eficacia obliga a que los órganos estatales se estructuren y desarrollen sus actividades atendiendo a criterios de racionalidad, tomando como centro de atención a los ciudadanos, a los fines de que estos sean impactados positivamente por la gestión.

El principio de igualdad está muy relacionado con el de objetividad, garantiza que los ciudadanos sean tratados de forma equitativa por la Administración Pública, evitando todo tipo de discriminación y viabilizando el libre acceso de los ciudadanos a los servicios públicos como a los cargos públicos.

El principio de jerarquía supone que todos los órganos, instituciones como individuos, en el desarrollo de sus actividades están sometidos a un orden jerárquico que garantiza el funcionamiento de los principios de unidad y control del Estado; dicho de otro modo, en la Administración Pública cada quien tiene un supervisor, cuyas pautas e instrucciones debe seguir. El principio de objetividad expresa la obligación que tienen las instituciones públicas de actuar imparcialmente, solo reconociendo los derechos legítimos de cada ciudadano en su relación con el Estado.

El principio de igualdad está muy relacionado con el de objetividad, garantiza que los ciudadanos sean tratados de forma equitativa por la Administración Pública, evitando todo tipo de discriminación y viabilizando el libre acceso de los ciudadanos a los servicios públicos como a los cargos públicos. El principio de transparencia, transversal a todos los procesos administrativos, procura eliminar los espacios de opacidad de la Administración Pública, poniendo a disposición de los ciudadanos todas las informaciones relacionadas con su funcionamiento, este es determinante de todos los demás principios.

El principio de transparencia, transversal a todos los procesos administrativos, procura eliminar los espacios de opacidad de la Administración Pública, poniendo a disposición de los ciudadanos todas las informaciones relacionadas con su funcionamiento, este es determinante de todos los demás principios.

El principio de economía encierra la idea de que la gestión administrativa debe desarrollarse en función de la aplicación efectiva de la fórmula costo-beneficio, procurando la satisfacción de los ciudadanos a un costo razonable, este tiene una relación estrecha con el principio de eficacia. El principio de publicidad es una de las formas en que se materializa el principio de transparencia, por lo que el Estado debe generar todos los medios posibles que faciliten la disponibilidad de información por parte de los ciudadanos.

El principio de coordinación es vital para el funcionamiento adecuado de los órganos públicos, permite entender que la Administración Pública actúa en base a un enfoque sistémico, por lo que ellos deben actuar de manera coordinada, siendo esta la única forma de lograr eficacia y eficiencia en la actuación; además, es una expresión del principio de unidad del Estado. El principio de sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado, es el mismo principio de legalidad, el cual resulta innegociable en un Estado de Derecho, pues plantea que todas las decisiones que se tomen en los órganos públicos deben responder a las normas que hacen parte del sistema jurídico vigente, de lo contrario serían nulas.

La Función Pública en el Nuevo Texto Constitucional

Como hemos analizado antes, solo en la primigenia Constitución proclamada en 1844 se tomó en cuenta en el texto fundamental algún aspecto relacionado con el mérito para el acceso, permanencia y desarrollo en los cargos públicos; esto así, porque se estableció que los empleados del Estado solo podían ser removidos de sus funciones si se comprobaba que habían cometido alguna falta que justificara su destitución.

Si bien no se trataba de la concreción constitucional del principio de inamovilidad o estabilidad², por lo menos podía ser considerado como el germen de un sistema de mérito en el servicio público. Su desaparición en la primera reforma de 1854 significó un duro golpe para las posibilidades de que desde el inicio de la República nuestra Administración Pública trillara los caminos y sentara las bases de la profesionalización.

Esta situación no eliminó, por fortuna, los esfuerzos por darle al sector público un marco normativo que

² Preferimos asumirlo bajo la nomenclatura de estabilidad, pues sintoniza mejor con la gestión moderna y la necesaria combinación de mérito y flexibilidad.

permitiera instaurar un sistema de gestión de recursos humanos basado en las técnicas de la ciencia de la administración. En esos esfuerzos se inscriben la Ley No. 14-91, de Servicio Civil y Carrera Administrativa de 1991 y la Ley No. 41-08, de Función Pública, del 2008, esta última derogó la primera.

Es la recién proclamada Constitución, 26 de enero del 2010, la que por primera vez hace un diseño jurídico apropiado del tema, estructurando un conjunto de principios y normas sustantivas que sientan las bases para la implantación de un sistema de mérito en la Administración Pública, cristalizando así una vieja aspiración de importantes reformadores dominicanos³.

Otra parte del contenido del artículo 138 dispone “...**La ley regulará: 1) El estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública con arreglo al mérito y capacidad de los candidatos, la formación y capacitación especializada, el régimen de incompatibilidades de los funcionarios que aseguren su imparcialidad en el ejercicio de las funciones legalmente conferidas...**”

³ Entre ellos el Dr. Raymundo Amaro Guzmán, considerado el padre del Servicio Civil de Carrera en nuestro país.

*Hablar hoy de
Función Pública es lo
mismo que hablar de
funcionariado del
sector público,
burocracia, servicio
civil, administración
de personal; así lo ha
asumido la doctrina
moderna, la cual,
como valor agregado,
le imprime un
criterio de
flexibilidad.*

Como vemos, en el nuevo texto fundamental no solo se contemplan principios básicos del sistema de empleo público y la carrera administrativa, sino que se refieren algunos de los subsistemas técnicos de gestión de los Recursos Humanos que forman parte del sector público. Lo más importante, se tomó la previsión de que el diseño constitucional en esta parte sintonizara con el contenido de la Ley de Función Pública, promulgada a principios de 2008. De esta forma, no es necesario revisar dicha Ley, salvo para formalizar su carácter de Ley Orgánica⁴, como manda la Constitución.

Función Pública

Hablar hoy de Función Pública es lo mismo que hablar de funcionariado del sector público, burocracia, servicio civil, administración de personal; así lo ha asumido la doctrina moderna, la cual, como valor agregado, le imprime un criterio de flexibilidad. El concepto puede ser adaptado con facilidad a las características de cada país.

⁴ Se propone una fórmula para que la Ley de Organización de la Administración Pública, que sería sometida próximamente al Congreso, reconozca la condición de Ley Orgánica a la No. 41-08, del 16 de enero de 2008.

En este marco, en el año 2003 se firmó la Carta Iberoamericana de la Función Pública, la cual ofrece un concepto de Función Pública adornado de cierta elasticidad, que permite desarrollar e implantar su contenido en cualquiera de los países de la región, sin importar su sistema político ni el nivel de desarrollo en que se encuentre su Administración Pública.

La Función Pública constituye el conjunto de arreglos institucionales mediante los cuales se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran en una realidad nacional determinada.

La Carta propone un concepto partiendo de que la Función Pública constituye el *“conjunto de arreglos institucionales mediante los cuales se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran en una realidad nacional determinada”*. En consonancia con lo que hemos afirmado, la Carta agrega que dichos arreglos *“comprenden normas escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas, cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz, al servicio del interés general”*.

El contenido y desarrollo de la Ley de Función Pública de nuestro país se inspira en el marco conceptual que ofrece la referida Carta.

Estatuto de la Función Pública

En los inicios, la relación jurídica entre la Administración Pública y sus servidores era explicada desde las normas del Derecho Privado, posteriormente se negaba la posibilidad de relación contractual entre el Estado y sus funcionarios. Es el surgimiento del Estado de Derecho que, luego de reconocer una relación de tipo contractual, la enmarca en el ámbito del Derecho Público, dando así origen al contrato administrativo.

La relación jurídica entre los servidores públicos y los órganos del Estado es de naturaleza *estatutaria*, así ha convenido la doctrina internacional casi de manera unánime, por lo que la formalización de un conjunto sistematizado de normas ha sido un elemento común en todos los países. Este armazón normativo contiene principios, normas, sistemas, procesos, derechos, deberes, etc., todo lo cual configura y viabiliza la referida relación jurídica desde un punto de vista laboral; es a esto que suele denominarse, indistintamente, Estatuto de Funcionarios, Servidores o Empleados Públicos, o simplemente, *Estatuto Funcionarial*.

El artículo 142 de la Constitución, haciendo referencia al Estatuto de la

Función Pública, dispone un conjunto de principios y normas sustantivas que configuran un régimen jurídico particular para las relaciones laborales en el sector público dominicano, el mismo establece: **“Función Pública. El Estatuto de la Función Pública es un régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado. Dicho estatuto determinará la forma de ingreso, ascenso, evaluación del desempeño, permanencia y separación del servidor público de sus funciones”**.

El Estatuto de la Función Pública es un régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado.

El artículo 143 faculta al legislador para establecer el régimen estatutario de los diferentes órganos públicos, a saber: **“Régimen estatutario. La ley determinará el régimen estatutario requerido para la profesionalización de las diferentes instituciones de la Administración Pública”**.

Principio de Mérito

Como se puede apreciar, el Pacto Fundamental establece el mérito como la base de una gestión eficiente en el Estado. Todos los modelos de Carrera están supeditados a la comprobación de

los méritos para el acceso, la permanencia y el desarrollo de quienes integran el sistema de Carrera; esto constituye la garantía de su efectivo funcionamiento; el merito es la antítesis de las prácticas nocivas que han significado las relaciones primarias y el clientelismo en la asignación de cargos públicos.

Con **Max Weber** aprendimos que la *organización burocrática* encuentra verdadero sustento en funcionarios formados y capaces, habilitados para la profesionalización efectiva, demostrando permanentemente sus méritos. Es por ello que la meritocracia ha sido elevada a un principio de primera importancia para la Función Pública.

El principio de merito postula de manera concreta que el acceso, la permanencia y el progreso en el sistema de Carrera se basa en el mérito demostrado por los ciudadanos en los distintos procesos técnicos que las normas y los procedimientos disponen, ya se trate de concursos externos en sus distintas modalidades, concursos internos en sus diferentes versiones o evaluación directa de méritos según el escalafón diseñado.

Principio de Permanencia

No se concibe un sistema de Carrera sin que esté acompañado del principio de permanencia, pues la única posibilidad de que se pueda establecer una expectativa laboral en el tiempo es descartando la posibilidad de que los empleados sean destituidos por causas ajenas al sistema. La permanencia es recogida de manera distinta en los sistemas de Función Pública.

En algunos se recoge bajo el principio de *inamovilidad*, en otros bajo el de *estabilidad*. En el caso de nuestro país, las normas recogen ambos principios, por ejemplo, para la Carrera Judicial y otras la permanencia se expresa con *inamovilidad* y para la Carrera Administrativa General con *estabilidad*.

La cuestión es que, aunque todo indica que jurídicamente tienen el mismo significado, técnicamente no, pues la idea de *inamovilidad* denota pocas posibilidades de destitución, aun se produzcan causas que la justifiquen, además, no está muy a tono con la evolución de la Función Pública, la cual demanda hoy flexibilidad y debe enfocarse más en los ciudadanos que en los empleados públicos que la integran. Este concepto responde más a los

La separación de servidores públicos que pertenezcan a la Carrera Administrativa en violación al régimen de la Función Pública, será considerada como un acto contrario a la Constitución y a la ley.

modelos tradicionales de Carrera, los cuales llevaron a los servidores públicos a pensar que su ingreso al sistema constituía una protección a prueba de incapacidad, deficiencia en los resultados y poca entrega por los servicios.

De todas formas, el criterio de permanencia que establece nuestra Constitución permite que se diseñe y desarrolle el principio de estabilidad como forma de proteger a los servidores que pertenecen a la Carrera ante los cambios políticos que necesariamente se producen, garantizando así la continuidad del Estado y la ejecución de las políticas públicas, a partir de las capacidades instaladas y la memoria histórica institucional.

En este sentido el artículo 145 establece: **“Protección de la Función Pública. La separación de servidores públicos que pertenezcan a la Carrera Administrativa en violación al régimen de la Función Pública, será considerada como un acto contrario a la Constitución y a la ley”.**

Como consecuencia del significado que hoy tiene la permanencia, y como resultado de su vinculación con el criterio de flexibilidad, se procura proteger la Administración Pública de los servidores

públicos, aun sean de carrera, descuidados con sus funciones y su desarrollo, de aquellos que no terminan entendiendo que su razón de ser son los ciudadanos, cuya satisfacción con la prestación de servicios está por encima de todo y de todos. De ahí que la misma, y por ello preferimos denominarla estabilidad, está condicionada al buen desempeño y resultados, a la conducta apropiada y a los intereses del Estado y de los ciudadanos.

Profesionalización de la Función Pública

Tanto el artículo 142 como el 143 hacen referencia a la profesionalización de la Función Pública, a partir de este criterio se deben desarrollar los subsistemas de gestión de Recursos Humanos que garanticen no solo los meritos de los individuos que hacen parte de la Carrera, sino también su profesionalidad en la prestación de servicios y desarrollo de sus actividades.

La profesionalización, que no necesariamente se refiere a titulación universitaria, está determinada por la capacidad técnica de los servidores públicos para enfrentar las demandas crecientes de los ciudadanos en la

prestación de los servicios públicos, se refiere también a la capacitación continua y a la evaluación periódica de ellos, que serán las que determinarán su crecimiento a lo interno de la Carrera Administrativa, sea la general o una especial.

Los estados modernos enfrentan serios desafíos por el aumento de demanda en la actividad prestacional por parte de los ciudadanos, además los trámites administrativos se tornan más complejos, como consecuencia de la ampliación de su función rectora y reguladora y del reconocimiento de derechos fundamentales de nueva generación. Todo esto solo es posible enfrentarlo en el marco de un proceso decidido de profesionalización de Función Pública que privilegie el mérito, la seguridad jurídica, los derechos de los ciudadanos, la calidad de los servicios públicos y el sistema de Carrera.

Carrera Administrativa

Cuando un ciudadano ingresa a la Administración Pública con la intención de hacer de ella un espacio natural para su desarrollo laboral y profesional lo hace a través de un cargo de Carrera, para el cual debe reunir los requisitos esta-

blecidos y someterse a los procesos selectivos correspondientes; por eso se hace necesario diseñar un escalafón que le viabilice sus expectativas de desarrollo y crecimiento laboral.

La Carrera Administrativa constituye un régimen jurídico especial que tiene como fundamento el mérito, la estabilidad y el desarrollo de quienes la conforman; es donde se verifica con mayor rigor la profesionalización de la Función Pública. Por ello la Constitución en su artículo 143 manda la protección de los empleados que pertenecen a la Carrera, ante despidos injustificados.

La Carrera Administrativa constituye un régimen jurídico especial que tiene como fundamento el mérito, la estabilidad y el desarrollo de quienes la conforman; es donde se verifica con mayor rigor la profesionalización de la Función Pública.

En este orden se prevén las condiciones jurídicas constitucionales no solo para el desarrollo de la carrera Administrativa General, la cual es transversal a toda la Administración Pública, sino también Carreras Especiales que respondan a la naturaleza técnica de determinados sectores estatales, siempre partiendo de la convicción de que solo existe carrera si existe estabilidad.

Carreras Especiales

La teoría administrativa, especialmente aquella que trata sobre los sistemas de empleo público, abordan,

dentro de un marco general, lo relativo a los sistemas de Carreras Administrativas Especiales, ofreciendo las herramientas técnicas y conceptuales pertinentes, las cuales a su vez dan forma a un ordenamiento jurídico particular, para que sean desarrolladas en aquellas instituciones y sectores de la Administración Pública en que por la naturaleza especial de sus funciones se justifique.

Históricamente ha existido un temor justificado con la proliferación de sistemas especiales de Carrera, pues ello podría llevar a una atomización tal que no solo haría más compleja la gestión de los Recursos Humanos, sino también que llevaría a desmembrar el sistema de Carrera Administrativa general, lo cual sería sumamente contraproducente para el sistema. Muchos propugnan la creación de carreras especiales con el único interés de los privilegios que a veces se generan a partir de ellas para grupos profesionales y técnicos específicos.

No obstante, si bien es cierto que es preciso actuar con sumo cuidado en la creación de carreras especiales, no menos cierto que estas son necesarias por múltiples motivos. No siempre es posible aplicar a determinadas actividades de la Administración Pública un diseño de

Carrera Administrativa general, puesto que técnicamente no se pueden operar para todos los cargos los distintos subsistemas de gestión de Recursos Humanos de forma transversal.

Por otro lado, el diseño y desarrollo de carreras especiales permite avanzar con mayor rapidez en la implantación de la Carrera Administrativa, particularmente en aquellas áreas donde no solo se verifican características especiales de gestión, sino que además cuentan con un ordenamiento jurídico que les dota de ciertas prerrogativas y autonomía.

El Estado reconoce el ejercicio de la carrera docente como fundamental para el pleno desarrollo de la educación y de la Nación dominicana y, por consiguiente, es su obligación propender a la profesionalización, a la estabilidad y dignificación de los y las docentes.

De todas formas, ha sido el nuevo texto constitucional, ya lo había hecho la Ley de Función Pública, el que ha reconocido la existencia de carreras especiales en aquellos sectores que atienden a las características que hemos señalado antes. En este orden, el artículo 63, numeral 5, de la Constitución reza: **“El Estado reconoce el ejercicio de la carrera docente como fundamental para el pleno desarrollo de la educación y de la Nación dominicana y, por consiguiente, es su obligación propender a la profesionalización, a la estabilidad y dignificación de los y las docentes”**.

Ya existe el Estatuto del docente, emitido mediante Reglamento No. 639-

03 de fecha 26 de junio de 2003, el cual desarrolla la Carrera Especial Docente, establecida por la Ley General de Educación, No. 66-97, de fecha 9 de abril de 1997.

Si bien la Carrera Judicial no se articula a lo interno del Poder Ejecutivo, sino del Judicial, el estatuto que se refiere a los jueces dispone una carrera especial, toda vez que en el seno del Poder Judicial deben operar dos carreras, la de los jueces y la que regirá al personal que ocupa los cargos comunes existentes en dicho Poder del Estado.

En este orden, el artículo 150 de la Constitución dispone: **“Carrera judicial. La ley regulará el estatuto jurídico de la carrera judicial, el ingreso, formación, ascenso, promoción, desvinculación y retiro del juez, con arreglo a los principios de mérito, capacidad y profesionalidad; así como el régimen de jubilaciones y pensiones de los jueces, funcionarios y empleados del orden judicial.**

Párrafo I.- La ley también regulará la Escuela Nacional de la Judicatura, que tendrá por función la formación inicial de los y las aspirantes a jueces, asegurando su capacitación técnica.

Párrafo II.- Para ser designado juez del Poder Judicial, todo aspirante debe someterse a un concurso público de méritos mediante el sistema de ingreso a la Escuela Nacional de la Judicatura que al efecto establezca la ley y haber aprobado satisfactoriamente el programa de formación de dicha escuela. Sólo estarán exentos de estos requisitos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que sean de libre elección”.

No olvidemos que la Carrera Judicial fue instituida en la reforma constitucional de 1994, y fue desarrollada luego por la Ley No. 327-98 del 11 de agosto de 1998, de Carrera Judicial, y por el Reglamento para el desarrollo de la Carrera Judicial, emitido por Resolución sin número el 1 de noviembre de 2000.

En lo que respecta al Ministerio Público, el artículo 173 de la Constitución dispone: **“Sistema de carrera. El Ministerio Público se organiza conforme a la ley que regula su inamovilidad, régimen disciplinario y los demás preceptos que rigen su actuación, su escuela de formación y sus órganos de gobierno, garantizando la permanencia de sus miembros**

La Constitución no se limita a configurar sustantivamente algunos sistemas de carreras especiales, sino que da rango constitucional a otros regímenes de carrera que ya habían sido regulados por el legislador, totalmente diferenciados de la Carrera Administrativa General, por lo que una parte de la doctrina los reconoce como carreras especiales.

de carrera hasta los setenta y cinco años”.

Como se infiere del texto constitucional, ya la Carrera Especial del Ministerio Público había sido regulada legalmente, esto ocurrió mediante la Ley No. 78-03, de fecha 18 de marzo de 2003, la cual estableció el Estatuto del Ministerio Público y el Reglamento de Aplicación No. 4-06, del 5 de enero de 2006.

Otros Regímenes de Carrera

La Constitución no se limita a configurar sustantivamente algunos sistemas de carreras especiales, sino que da rango constitucional a otros regímenes de carrera que ya habían sido regulados por el legislador, totalmente diferenciados de la Carrera Administrativa General, por lo que una parte de la doctrina los reconoce como carreras especiales. No se trata solo de que responden a sectores de la Administración estatal que poseen características particulares, sino que operan bajo una lógica y orientación conceptual, jurídica y de gestión distintas.

En concreto, el artículo 253 dispone:
“Carrera militar. El ingreso, nombra-

miento, ascenso, retiro y demás aspectos del régimen de carrera militar de los miembros de las Fuerzas Armadas se efectuará sin discriminación alguna, conforme a su ley orgánica y leyes complementarias. Se prohíbe el reintegro de sus miembros, con excepción de los casos en los cuales la separación o retiro haya sido realizada en violación a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, previa investigación y recomendación por el ministerio correspondiente, de conformidad con la ley”.

También, el artículo 256 manda: **“Carrera policial. El ingreso, nombramiento, ascenso, retiro y demás aspectos del régimen de carrera policial de los miembros de la Policía Nacional se efectuará sin discriminación alguna, conforme a su ley orgánica y leyes complementarias. Se prohíbe el reintegro de sus miembros, con excepción de los casos en los cuales el retiro o separación haya sido realizado en violación a la ley orgánica de la Policía Nacional, previa investigación y recomendación del ministerio correspondiente, de conformidad con la ley”.**

Ambos regímenes funcionariales existían bajo regulación de sus

respectivas leyes orgánicas, lo que hace el nuevo texto constitucional es darle categoría de norma fundamental, lo que deja de manifiesto la intención del asambleísta constitucional de darle configuración jurídica sustantiva amplia al tema de la profesionalización de los servidores del Estado.

Subsistemas de Gestión de Recursos Humanos

Importante es entender que para la articulación de un sistema de empleo público, especialmente si este está basado en un régimen de carrera, no basta con hacer una definición jurídica del tema, sino que en el marco de su diseño se debe considerar la perspectiva técnica de la cuestión, tomando en cuenta los distintos subsistemas de gestión de Recursos Humanos, los cuales se constituyen en las herramientas que hacen posible su desarrollo y aplicación efectiva.

Desde la Ley de Servicio Civil de 1991 se establecieron algunos de los referidos subsistemas, los cuales fueron ampliados y actualizados con la Ley de Función Pública. El nuevo texto constitucional, en la parte *in fine* de su artículo 142 establece: “...**Dicho estatuto determinará la forma de ingreso, ascenso,**

evaluación del desempeño, permanencia y separación del servidor público de sus funciones”.

Ingreso. Ya la Ley de Función Pública y su Reglamentación han determinado los requisitos y las formas de ingreso a los cargos públicos, a partir de la categorización que la misma Ley hace; dado que existen cargos de libre designación (políticos y de confianza), de estatuto simplificado, temporales y de carrera, basta decir que existe un ámbito de discrecionalidad para el manejo del ingreso a las tres primeras categorías enunciadas, solo se requiere el cumplimiento de requisitos generales⁵.

No obstante, para el ingreso a los cargos de carrera el Estatuto dispone que, además de cumplir con los requisitos generales, sean demostrados los meritos necesarios mediante concursos de libre competición (para los ciudadanos que aspiran a ingresar) o mediante proceso de evaluación interna (para los servidores públicos activos que ocupan cargos de carrera, pero que no tienen el estatus).

Ascenso. Para el ascenso de los servidores de carrera la referida

⁵ Ver artículo 33 de la Ley No. 41-08, de Función Pública.

La Ley de Función Pública contempla que el desempeño de los funcionarios de carrera debe ser evaluado periódicamente, a los fines de fundamentar decisiones importantes que impactan el funcionamiento de la Administración Pública.

legislación prevé que la base la constituyen los resultados de la evaluación del desempeño y la capacitación continua⁶. Este subsistema le incorpora al sistema de carrera administrativa un incentivo no solo vinculado con la estabilidad que, como hemos dicho, es la base del sistema, sino también con el desarrollo profesional y laboral de los empleados, aspiración legítima de todo el que forma parte de un sistema de empleo.

Evaluación del Desempeño. En este aspecto el postulado constitucional reconoce, a pesar de sus dificultades prácticas, que es preciso apostar a la evaluación de los empleados públicos, lo cual constituye una condición de la mejora continua. La Ley de Función Pública contempla que el desempeño de los funcionarios de carrera debe ser evaluado periódicamente, a los fines de fundamentar decisiones importantes que impactan el funcionamiento de la Administración Pública⁷.

Sobre la permanencia, ya lo hemos abordado en este mismo trabajo, al desarrollar el epígrafe referido al principio de permanencia, en consecuencia, referimos al lector al mismo.

⁶ Ver artículos 45 y 46 de la Ley No. 41-08.

⁷ Ver artículos 46 al 50 de la Ley No. 41-08.

Separación. Es en este subsistema donde los sistemas de carrera encuentran uno de sus principales desafíos, pues alrededor del mismo se presenta con frecuencia una situación de tensión, en algunos casos consecuencia de las prácticas personalistas y de clientela que imperan en las instituciones estatales, en otras, consecuencias de esquemas de gestión que no reivindican el principio de estabilidad en la carrera, como es el caso de algunas prácticas neoliberales.

En este orden, la Ley de Función Pública y su reglamentación regulan la separación de los servidores públicos pertenecientes a la Carrera Administrativa, supeditándola, en principio⁸ a los resultados insatisfactorios de la evaluación del desempeño⁹ y a la violación del régimen disciplinario¹⁰.

Régimen de Incompatibilidad y Compensación

Constituye este uno de los temas más controversiales en el diseño y aplicación del sistema de Función Pública en nuestro país, producto de prácticas

⁸ De forma excepcional, el artículo 64 de la ley de Función Pública permite la supresión de cargo de carrera.

⁹ El artículo 48 de la Ley de Función Pública establece que un empleado de carrera que de resultado insatisfactorio en dos evaluaciones consecutivas del desempeño será destituido.

¹⁰ Ver artículo 84 de la Ley de Función Pública.

históricas inadecuadas, que no hacen diferencia en cuanto a la necesidad de racionalización del gasto público y su relación directa con el empleo público.

Un diseño administrativo eficaz parte de premisas fundamentales como la dotación adecuada de cargos, lo que implica, entre otras cosas, contar con la planilla que se necesita; otra premisa es la mutual costo-beneficio, los empleados públicos existentes deben aportar valor a la gestión, cada uno debe justificarse en la satisfacción de los ciudadanos. Otra premisa importante es la equidad y la justicia, propias de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde un supuesto básico es la distribución equitativa, en este caso del empleo público.

Estas premisas no solo inciden en la adjudicación de los cargos públicos, a través de los procedimientos establecidos, evitando siempre injusticias, sino también en la asignación de los salarios de dichos cargos. Los salarios deben responder a criterios técnicos y jurídicos (nunca discrecionales), dentro de los cuales están la equidad retributiva interna y externa, la racionalidad, la objetividad, los indicadores económicos, entre otros.

Es así que el artículo 144 de la Constitución reza: “**Régimen de**

compensación. Ningún funcionario o empleado del Estado puede desempeñar, de forma simultánea, más de un cargo remunerado, salvo la docencia. La ley establecerá las modalidades de compensación de las y los funcionarios y empleados del Estado, de acuerdo con los criterios de mérito y características de la prestación del servicio”.

Ningún funcionario o empleado del Estado puede desempeñar, de forma simultánea, más de un cargo remunerado, salvo la docencia.

Como se puede ver, la disposición contempla lo relativo al régimen de incompatibilidades en el ejercicio de una función pública, exceptuando solo la labor docente¹¹. También refiere a la ley lo relativo al régimen de compensación en el empleo público, dejando claro que el mismo deberá basarse en los criterios de mérito y las características del servicio público.

Carácter Orgánico de la Norma de Función Pública

La nueva Constitución introduce, en el ámbito de los tipos de leyes, la figura de ley orgánica, para diferenciarla de la ley adjetiva ordinaria, en ese sentido el artículo 112 dispone: **“Leyes orgánicas.**

¹¹ Leyes adjetivas anteriores a la nueva Constitución, como la de Función Pública, habían ampliado la lista de excepción a las labores cultural, deportiva y de investigación.

La Constitución le otorga el carácter de ley orgánica a la que regula la Función Pública, por lo que se requiere una mayoría cualificada para su aprobación y modificación.

Las leyes orgánicas son aquellas que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales; la estructura y organización de los poderes públicos; la función pública; el régimen electoral; el régimen económico financiero; el presupuesto, planificación e inversión pública; la organización territorial; los procedimientos constitucionales; la seguridad y defensa; las materias expresamente referidas por la Constitución y otras de igual naturaleza. Para su aprobación o modificación requerirán del voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras.”

Como se advierte, la Constitución le otorga el carácter de ley orgánica a la que regula la Función Pública, por lo que se requiere una mayoría cualificada para su aprobación y modificación. Conviene ahora buscar una salida técnica, pues ya la Ley de Función Pública ha sido aprobada en el 2008 y a nuestro juicio no es necesario someterla de nuevo al Congreso para consignar su carácter de ley orgánica, como hemos comentado antes, sino que basta con que una ley, como sería la de organización de la Administración Pública, contenga una cláusula de organicidad para la Ley de Función Pública y cualquiera otra de las ya existente, que se entienda pertinente.

Conclusiones

Si estamos de acuerdo respecto de que la consolidación de un Estado de Derecho pasa necesariamente por un proceso de adopción de normas de rango constitucional, legal y reglamentario que configuren y complementen todos los temas que son consustanciales al desarrollo, tenemos que acordar también que el nuevo texto constitucional representa una gran oportunidad para que el Estado dominicano experimente un gran salto en términos de su fortalecimiento, especialmente en lo que hace a la Administración Pública, y de manera bien particular, a la profesionalización de la Función Pública.

Ahora corresponde al legislador continuar cerrando el ciclo de normativización del Estado, adoptando nuevas leyes y adaptando aquellas que es preciso a la nueva configuración constitucional. Sabemos que se trata de una laboriosa obra que requiere de atención plena.

No obstante, es preciso cuidarse de un error bastante recurrente en nuestro país, que es orientarse exclusivamente de una perspectiva juricista, pretendiendo que con la sola asunción de las normas se resuelven los problemas. Todos

debemos ser conscientes de que la aprobación de las leyes es solo una fase del proceso, sobretodo cuando de profesionalización se trata, pues es preciso, además, establecer las bases materiales, humanas y técnicas para que la reforma jurídica cumpla su cometido.

Todo esto nos llevará a realizar las reformas institucionales necesarias, con sus consecuentes intervenciones en el ámbito de los recursos humanos, los procesos, la cultura organizacional, calidad de los servicios públicos, entre otros. Como vemos, no se trata solo de una reforma legal, sino también institucional, proceso en el cual, claro, la norma precede.

Es preciso resaltar, a riesgo de ser reiterativo, que el tema de la profesionalización de la Función Pública ha sido debidamente enfocado en la nueva Constitución, lo que constituía un reclamo persistente de los reformadores, por lo que la esperanza en este orden se ve renovada y se abren nuevas posibilidades de avanzar en un eje que resulta fundamental para el desarrollo, no solo estatal, sino humano.

Somos de opinión que las bases jurídicas para la profesionalización de la Función Pública en nuestro país están

dadas, el desafío es ahora para los órganos públicos, institucionales e individuales¹², responsables de su aplicación, y más que desafío, se trata de la gran oportunidad de demostrar que estos son los enfoques propicios para que el Estado avance.

Esto, acompañado de la conformación de una masa crítica, contar con una sociedad apoderada, convencida y haciendo opinión sobre estos temas y lo que ellos constituyen, y reclamándoles a la vez a las autoridades públicas al respecto, no tenemos la menor duda, se dará el impulso necesario a la inserción de la Administración Pública dominicana en el siglo XXI y a la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho.

¹² Hacemos acopio de la teoría del órgano, la cual lo conceptualiza y explica como órgano institución y como órgano individuo o persona.

(*) El autor es Abogado, Politólogo, Catedrático Universitario y ocupa el cargo de Vice-Ministro de Función Pública.



Base Constitucional del Procedimiento Administrativo

*Lic. Omar Victoria**

Las actuaciones de los órganos de la Administración Pública, sin dudas, crean un marco de derechos y obligaciones tanto para sus administrados como para la propia Administración. Estas actuaciones deben seguir un cause formal para que las prerrogativas y obligaciones que se encuentran en juego no sean irregularmente afectadas, asegurando así que la Administración opere dentro de un marco de seguridad jurídica. De este reconocimiento a los efectos de las actuaciones de la Administración Pública se deriva el tema del procedimiento administrativo que, en palabras sencillas, es precisamente ese conjunto de reglas que organizan el marco de toma de decisiones de la Administración Pública.

Este tema nos obliga, antes de su profundización, detenernos brevemente

A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

en el concepto de Administración Pública y su relevancia respecto de los principios y reglas del procedimiento administrativo.

1. Administración Pública.

Tradicionalmente la Administración Pública ha sido concebida desde dos ópticas distintas: la subjetiva (u orgánica), mediante la cual se define como un conjunto de órganos, esencialmente del Poder Ejecutivo; y, por otro lado, la objetiva (o funcional), en la que ésta se define a partir de la actividad que se realiza¹. De manera particularmente clara lo explican García de Enterría y Fernández: “*A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo*”². Y agregan: “*Hacia mediados del XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas*

¹ Entrena Cuesta, Rafael: “*El concepto de Administración Pública en la doctrina y el derecho positivo españoles*”. Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. Año 1960. Pág. 57.

² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: “*Curso de Derecho Administrativo I*”. Décima Edición. Civitas. Madrid. Año 2000. Pág. 28.

y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania en una aportación capital, sin duda tomada en préstamos del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica”³.

Precisamente esta concepción del Estado como persona jurídica produjo que la Administración Pública, *“identificada [tradicionalmente] con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa[ra] a ser considerad[a] entonces como una función del Estado persona”⁴* y, por tanto, el concepto de Administración Pública se concentrase alrededor de la función de administración.

En el Derecho Administrativo dominicano, el concepto de Administración Pública se ha desarrollado al margen de una definición legislativa precisa. Como explicaban en sendos artículos los doctores Amaro Guzmán⁵ y Pina Toribio⁶, la Administración

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ Amaro Guzmán, Raymundo: *“Marco constitucional de la Administración Pública”* en la Administración Pública en el marco constitucional. Revista de Administración Pública No. 1, Oficina Nacional de Administración y Personal (ONAP). Santo Domingo. Año 2007.

⁶ Pina Toribio, César: *“La Administración Pública en la evolución constitucional dominicana”*. En la Administración Pública en el marco constitucional. Revista de Administración Pública No. 1. Oficina Nacional de Administración y Personal (ONAP). Santo Domingo. Año 2007.

Pública como figura constitucional tuvo una escasa evolución, lo que se unió a la ausencia de una legislación especial que la definiera y estableciera el marco de su proceder.

Al estudio de esta evolución no ha estado ajena la doctrina dominicana. Precisamente Amaro Guzmán, a quien con sobradas razones dedicamos estas líneas, citado por Pina Toribio, definía la Administración Pública como *“la organización social generada por voluntad del Estado para actuar a su servicio, en el contexto de la realidad nacional y en orden a los intereses que define el poder político. En tanto que, como organización político-administrativa, es el instrumento a través del cual se ejerce la función de gobierno y se desarrollan determinados procesos productivos de bienes y servicios en todo el territorio nacional”*⁷. De igual manera Silié Gatón hacía referencia de tal distinción del concepto objetivo y subjetivo de Administración Pública⁸.

Una de las más recientes legislaciones dominicanas en el ámbito administrativo ha incorporado el concepto funcional u objetivo de Administración Pública. Esto lo encontramos en el artículo 3 de la Ley

⁷ Pina Toribio. Op. Cit. Pág. 3.

⁸ Silié Gatón, José: *“Instituciones de Derecho Público”*. 1era Edición. Editora Centenario. Santo Domingo. Año 1999. Pág. 326.

sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones No. 340-6, de fecha 18 de agosto de 2006 (Ley de Compras y Contrataciones): *“A los efectos de esta ley se entenderá por Gobierno Central, la parte del sector público que tiene por objeto la conducción político-administrativa, legislativa, judicial, electoral y fiscalizadora de la República, conformada por el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas”*.

En definitiva, la Administración Pública es comprendida por todo órgano estatal que ejerza funciones propias de administración. Como indica la doctrina y la legislación comparada, y reconoce de manera tímida nuestra legislación, la Administración Pública no sólo incluye al Poder Ejecutivo, quien evidentemente concentra la mayor parte del poder de administración, sino también al poder legislativo, judicial, municipal y electoral, siempre que éstos ejerzan una actividad materialmente administrativa⁹.

⁹ Parada, Ramón: *“Derecho Administrativo I”*. Décimoquinta Edición. Editora Marcial Pons. Año 2004. Madrid. Págs. 14-17.

“El procedimiento administrativo es al mismo tiempo garantía de una buena Administración y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos”.

La Constitución de la República proclamada el 26 de enero de 2010, marco constitucional en el cual desarrollamos el presente análisis, no adopta un concepto expreso de Administración Pública; sin embargo, a diferencia de los anteriores textos constitucionales, hace repetidas alusiones a ésta, a los principios básicos que la configuran y ordenan su actuación, a la vez que impone al legislador plasmar en un texto legislativo el desarrollo del ejercicio de dicha función. Más adelante abordaremos en detalle algunas de estas alusiones.

2. El procedimiento administrativo. Como afirma Parada, *“del procedimiento administrativo en sentido general se ha comenzado a hablar a finales de siglo XIX, para indicar las secuencias de los actos de la autoridad administrativa relacionados entre sí y tendentes a un único fin”*¹⁰. La reglamentación de esta secuencia de actos y el otorgamiento de un conjunto de efectos jurídicos al procedimiento administrativo se fundamenta en la búsqueda de la protección de los intereses de los administrados y terceros. Como nos afirma Jorge Prats, *“el procedimiento administrativo es al mismo tiempo garantía de una buena Administración y*

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 210.

garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos”¹¹.

El procedimiento administrativo se nutre de una diversidad de principios de orden fundamental, supranacional y legislaciones y normas adjetivas. Independientemente del valor jurídico de cada concepción, estos principios buscan que *“tanto el particular como la Administración tengan un conocimiento total y acabado de la cuestión planteada”¹²*. Es decir, que el objetivo fundamental del procedimiento administrativo es *“determinar, conocer y comprobar los datos, hechos y circunstancias en virtud de los cuales debe adoptarse una decisión o resolución administrativa, con objeto de garantizar los intereses públicos”¹³*.

2.1. Constitucionalización del procedimiento administrativo y sus principios. La Constitución vigente concibe, vía su artículo 138, la base fundamental de la actuación de la

¹¹ Jorge Prats, Eduardo: *“La eficacia de la actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos”*, en *“Modernización de la gestión pública”*. Revista de Administración Pública No. 3. Secretaría de Estado de Administración Pública (SEAP). Santo Domingo. Año 2008. Pág. 16.

¹² López Olvera, Miguel Alejandro: *“Los principios del procedimiento administrativo”*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>. Pág. 178.

¹³ Bermejo Vera, José: *“Derecho Administrativo Básico”*. Sexta Edición. Editora Arazandi. España. Año 2005. Pág. 231.

Administración Pública dominicana: *“La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regulará: 1) El estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública con arreglo al mérito y capacidad de los candidatos, la formación y capacitación especializada, el régimen de incompatibilidades de los funcionarios que aseguren su imparcialidad en el ejercicio de las funciones legalmente conferidas; 2) El procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley”.*

Como se observa, este artículo 138 establece como regla general que la Administración Pública en su accionar está sujeta a una serie de principios fundamentales, así como al *“sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”*; al mismo tiempo, ésta ordena al legislador establecer el marco legal *“a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos”*. Veamos por separado estos aspectos...

2.1.1. Principios constitucionales comunes y básicos del procedimien-

to administrativo. Como hemos comentado, el nuevo texto constitucional, por primera vez, eleva a rango sustantivo un conjunto de principios básicos y comunes en materia de procedimiento administrativo: eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación.

A. Eficacia. Como ya había indicado la doctrina especializada, el principio de eficacia, salvo honrosas excepciones, como el caso de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, de fecha 21 de noviembre de 2002 (Ley Monetaria y Financiera), y más reciente en la ya citada Ley sobre Compras y Contrataciones, no aparecía plasmado expresamente en ninguno de los textos legales que servía de fundamento al estatuto de la Administración Pública dominicana¹⁴. Sin embargo, este principio se infería del artículo 8 de la Constitución vigente hasta 2010, mediante el cual se reconocía *“como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible*

¹⁴ Jorge Prats, Eduardo: *“La eficacia de la actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos”*, en *“Modernización de la gestión pública”*. Op. Cit. Pág. 12.

con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos”.

Como indica Parejo Alfonso, citado por Jorge Prats, la eficacia *“es el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos o también la actuación para cumplir tales objetivos”*¹⁵. Es decir, que significa *“hacer bien las cosas”*.

La legislación dominicana, que incluyó expresamente el principio de eficacia mediante una mención en el artículo 4.e de la Ley Monetaria y Financiera, ha incorporado una definición de éste vía el artículo 3.1 de la Ley de Compras y Contrataciones (circunscrito a dicho ámbito): *“Se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración. Los actos de las partes se interpretarán de forma que se favorezca al cumplimiento de objetivos y se facilite la decisión final, en condiciones favorables para el interés general”*.

Entrar en el estudio pormenorizado del principio de eficacia no es la finalidad del presente análisis; sin embargo, su

¹⁵ Parejo Alfonso, Luciano. Citado por Jorge Prats, Eduardo: *“La eficacia de la actuación de la Administración Pública como garantía de los derechos de los ciudadanos”*, en *“Modernización de la gestión pública”*. Op. Cit. Pág. 10.

incorporación constitucional como principio cardinal de la actuación administrativa amerita resaltar, como ha reconocido la jurisprudencia española, que *“la eficacia es un principio jurídico que establece un mandato del que las Administraciones Públicas no pueden desvincularse, ni en su actividad ad extra ni en su actuación ad intra”*¹⁶. Es decir, que la eficacia se mide y exige tanto en la actuación frente a los ciudadanos o administrados, como respecto del propio nivel interno de la Administración.

La eficacia es un principio jurídico que establece un mandato del que las Administraciones Públicas no pueden desvincularse, ni en su actividad ad extra ni en su actuación ad intra.

Asimismo, la eficacia de la Administración implica o alcanza tanto el ámbito económico, como organizativo. En este sentido, en consideración de la jurisprudencia española, inspiración esencial del artículo 138 de la Constitución dominicana, *“toda decisión administrativa debe respetar el principio de eficacia que en su aspecto económico, determinara que se escoja la solución que menor gasto público implique, y en su aspecto organizativo, exigirá que se tenga en cuenta la solución que más convenga al buen funcionamiento de los respectivos departamentos”*¹⁷.

¹⁶ Nevado-Batalla Moreno, Pedro: *“Análisis jurídico del principio de eficacia en la actuación pública”*. <http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2006/PonenciaPNevado.pdf>

¹⁷ Ídem.

La eficacia, a su vez, tiene una importante relación con el principio de efectividad¹⁸.

B. Jerarquía. El principio de jerarquía supone el respeto de los órganos administrativos a la estructura organizativa de la Administración y, por tanto, el sometimiento a las competencias propias de cada ente. Como indica García Trevijano, el principio de jerarquía de la Administración Pública *“hay que ponerlo en conexión con la estructura interna de cada Administración Pública como principio general de organización administrativa, precisamente por considerarse que la jerarquía constituye un instrumento útil para alcanzar una mayor eficacia en la actuación administrativa”*¹⁹.

Este principio, por tanto, incide en las atribuciones competenciales y en la atribución o reconocimiento de potestades de los órganos administrativos. Este principio es esencial, sobre todo, cuando las normas que ordenan la actividad de

¹⁸ Para una ideal comprensión de esta relación recomendamos leer a Jorge Prats, Eduardo: *“La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los derechos fundamentales”*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 13. Enero-Junio 2010. Págs. 155-169.

¹⁹ García Trevijano, Ernesto: *“Sinopsis del artículo 103 de la Constitución española”*. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

cierta Administración no son suficientemente claras en la atribución de las funciones propias de la misma y de sus diferentes órganos.

Aunque lógicamente se vinculan, el principio de jerarquía no debe confundirse con el principio de jerarquía normativa, en tanto este último es un principio esencial y eje transversal del Derecho y se infiere, a su vez, del artículo 138 de la Constitución, cuando se establece, como veremos más adelante, que la Administración Pública se encuentra plenamente sometida al ordenamiento jurídico del Estado. El principio de jerarquía normativa lo encontramos en legislaciones sectoriales como la Ley Monetaria y Financiera, específicamente en su artículo 4.e.

C. Objetividad. La Administración Pública tiene la obligación de actuar con criterios objetivos en el logro de los fines constitucionales y legales atribuidos. Es decir, sus decisiones no pueden fundamentarse en otros criterios que no sean aquellos propios del caso en cuestión, por ello este principio es esencialmente vinculado al de imparcialidad. Esta imparcialidad alcanza las decisiones en las que se afectan diversos intereses, e incluso cuando se trata de la evaluación de situaciones que afectan los intereses de la propia Administración, en

tanto ésta, finalmente tiene como objetivo el interés general.

D. Igualdad. Incluir este principio parecería obvio, sobre todo, ante el hecho de que desde 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció, en su primer artículo, que *“los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”*. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Administrativo y de las actuaciones de la Administración Pública se ha discutido ese pleno ejercicio de la igualdad, en tanto a la Administración, ante ciertos fines de interés público, tradicionalmente se le han reconocido potestades que exorbitan los niveles comunes de igualdad.

*“Los hombres
nacen y
permanecen
libres e iguales
en derechos”.*

Esta discusión, de hecho, no es reciente. El maestro Entrena Cuesta ya en 1962 analizaba esta realidad de la aplicación del principio de igualdad ante la ley y sus variables en el ámbito del Derecho Administrativo y de la actuación administrativa. Interesante resulta ver lo que desde esa época fundamentaba un debate sumamente importante en el día de hoy en el Derecho Administrativo dominicano: *“Si bien se mira, una vez que el Derecho Administrativo se perfecciona, lejos de advertirse un olvido en sus normas de acción del principio de igualdad ante la Ley, puede descubrirse la aplicación del mismo, por*

“El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión”.

más que sea una aplicación proporcional en relación con los fines que persiguen los sujetos que entran en juego en las relaciones que regula. Si, de una parte, en efecto, la Administración puede, en virtud de su prerrogativa, imponer sacrificios a quienes con ella se relacionan, de otra, como el mismo Garrido ha señalado, la indemnización, la garantía, constituirá el instrumento técnico para restablecer el equilibrio perturbado. Basta con asomarnos a los institutos jurídicos básicos de esta rama del Derecho -la contratación administrativa, la expropiación forzosa, etc.- para llegar a esta conclusión. Igualdad, pues, también en cuanto a las relaciones entre la Administración y los particulares; pero igualdad proporcional y no una igualdad civil, plana, sin matices”²⁰.

Más allá, este principio es reconocido como eje transversal del accionar administrativo. La Constitución, en su artículo 39.2, es explícita al respecto: *“El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión”.*

²⁰ Entrena Cuesta, Ernesto: *“El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho Administrativo”*. Revista de Administración Pública. Número 37. Enero-abril 1962. España. Págs. 72-73.

E. Transparencia y publicidad.

Tratamos conjuntamente los principios de transparencia y publicidad por su estrecha vinculación. En muchos sistemas estos principios son concebidos en la legislación adjetiva. La Constitución dominicana de 2010 los eleva a un rango evidentemente superior. Y es que en el actual rol que juega la Administración Pública, la transparencia y publicidad constituyen el mejor desinfectante y piedra angular para la real construcción de un Estado de Derecho.

Parafraseando a Zak²¹, la transparencia y la publicidad en o de la Administración Pública irradia consecuencias en todo el ámbito de su actuación, como elemento intrínseco del sistema democrático. Diríamos que ambos principios se fundamentan en el acceso a la información y a los datos. La transparencia y publicidad se manifiestan tanto mediante un estado pasivo de la Administración, es decir, manteniendo accesible al ciudadano a cualquier información o dato que requiera, así como de un componente dinámico o activo de la información, es decir, el deber de la Administración de informar, de hacer públicas las

²¹ Zak, Pablo: “El principio de transparencia en la Administración Pública”. <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>

informaciones que son necesarias para el correcto ejercicio de sus funciones y el correcto ejercicio de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos.

F. Economía. La economía, estrechamente relacionada también con los principios de eficacia y eficiencia, significa lograr los fines o funciones atribuidas con el menor coste posible. Así, como afirma López Olvera, *“dentro del procedimiento administrativo, el principio de economía se refiere a que la actuación de la Administración Pública, debe desarrollarse con ahorro de trabajo, energía y costo, y atenta a la obtención del mayor resultado con el mínimo esfuerzo, lo que en la práctica implica evitar a los administrados trámites superfluos o redundantes o que se aminore el trabajo habitualmente recargado a los órganos y servidores públicos, para así alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en la tramitación de las resoluciones o actos administrativos”*²².

G. Coordinación. La coordinación también es un principio íntimamente relacionado al de eficacia, en tanto es de vital importancia para el logro de éste. La coordinación abarca tanto el ámbito interno de la Administración, como su

²² López Olvera, Miguel Alejandro: *“Los principios del procedimiento administrativo”*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>

relación con los demás órganos o entes de la Administración Pública. Esta doble visión o alcance de la coordinación se encuentra generalmente en el desarrollo de la legislación adjetiva, como lo es la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española. Es decir, se prevé que la coordinación agota un ámbito interorgánico, así como también uno interadministrativo.

De igual manera, como nos muestra Parejo Alfonso, *“la utilidad de conectar los principios de coordinación interadministrativa con las relaciones entre órganos de una misma Administración consiste en que ello implica el reconocimiento del carácter desagregado de las organizaciones presentes en una misma Administración pública y la necesidad de un resultado eficaz del conjunto de todas ellas”*²³.

La coordinación, además, es un principio que habilita el uso de técnicas orgánicas y funcionales. Las primeras se fundamentan en la atribución de la función de coordinación a un órgano por su supremacía en el organigrama o, por otro lado, en la creación de órganos

²³ Parejo Alfonso, Luciendo: “Manual de Derecho Administrativo”. Volumen I. 5ta Edición. Editora Ariel Derecho. España. Año 1998. Pág. 326.

colegiados donde se encuentren presentes las distintas ramas de la Administración o ente afectado²⁴. En República Dominicana la aplicación de la técnica orgánica la podemos encontrar tanto en la propia Constitución como en leyes adjetivas. El artículo 227 de la Constitución reconoce y establece a la Junta Monetaria como coordinadora de los entes reguladores del sistema financiero y del mercado financiero, disposición que ya se preveía en el ámbito adjetivo desde la promulgación de la Ley Monetaria y Financiera en 2002 (Artículo 1.d). Por otro lado, el Decreto del Poder Ejecutivo No. 923-09, de fecha 30 de diciembre de 2009, creó el Gabinete Eléctrico Estatal (GEEE), órgano conformado por las empresas y entes estatales eléctricos, con la finalidad de unificar criterios y proponer políticas comunes para el segmento eléctrico estatal.

Las funcionales, por su lado, buscan que en la actuación procedimental, sin necesidad de crear un órgano, se logre la interacción de diversos órganos dentro de la Administración que compete²⁵.

Finalmente, la coordinación va más allá. Este principio impone a los órganos

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.* Pág. 327.

administrativos la obligación de sujetar sus actuaciones a fines comunes de interés general e integrales del sistema o rama a la que sirven. Una muestra de este criterio se observa en el Reglamento Interno del Consejo Nacional de la Seguridad Social, adoptado mediante Decreto del Poder Ejecutivo No. 707-02, de fecha 4 de septiembre de 2002, en su artículo 28: *“Aunque estas entidades [del Sistema de Seguridad Social] disfrutan de diferentes grados de autonomía funcional, operativa y financiera, todas responden a las políticas, objetivos, metas, lineamientos, normas y procedimientos establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social como órgano máximo del Sistema Dominicano de Seguridad Social, debiendo ejecutar las responsabilidades a su cargo con una visión sistémica que procure la articulación y coherencia de las partes”*.

H. Contradicción. Aunque no se encuentra expresamente citado dentro de la lista de principios de la parte inicial del artículo 138, la contradicción se considera esencial para lograr decisiones que tengan en consideración los intereses envueltos y, en los casos de procedimientos sancionadores, para la protección del sagrado derecho de defensa. Este principio, por tanto, se deriva de la previsión del numeral 2 del citado artículo 138, que prevé que debe

garantizarse la audiencia en los procedimientos mediante los cuales se produzcan las resoluciones y actos administrativos.

“El procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley”

I. Debido proceso. Asimismo, cuando el numeral 2 del artículo 138 establece que la ley deberá establecer *“el procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley”*, sin dudas, es un mandato a observar el principio del debido proceso. Esta disposición del artículo 138 en su numeral 2 no es aislada. De manera más directa el numeral 10 del artículo 69 de la Constitución establece que *“las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

Los principios básicos del debido proceso se encuentran precisamente descritos en ese artículo 69, pero los mismos no son ajenos al reconocimiento del resto de reglas esenciales que lo configuran plenamente, como aquellas descritas por la ya famosa Resolución No. 1920, de 2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia. Entre estos elementos del debido proceso, la Suprema Corte destacó los siguientes principios: i) juicio previo; ii) juez natural;

iii) imparcialidad e independencia; iv) legalidad; v) razonabilidad; vi) *non bis in idem*; vii) dignidad; viii) igualdad; ix) igualdad en el proceso; x) no auto incriminación; xi) presunción de inocencia; xii) libertad; xiii) personalidad de la persecución; xiv) defensa; xv) formulación precisa de cargos; xvi) recursos efectivos; xvii) separación de funciones; xviii) obligación de estatuir; xix) motivación o fundamentación; xx) legalidad de la prueba; y, xxi) asistencia técnica.

3. Núcleo duro de los principios procedimentales y el efecto irradiante del texto constitucional. Sin lugar a dudas, estos principios citados por el artículo 138 o inferidos de su mandato deben considerarse como el núcleo duro de principios del procedimiento administrativo. Sin embargo, la legislación adjetiva podrá reconocer, como ya se ha hecho, mayores requerimientos procesales a la Administración en sentido general, o a Administraciones en particular. Una muestra de ello lo constituyen las disposiciones del artículo 4.e de la Ley Monetaria y Financiera, que prevé que *“la Junta Monetaria reglamentará las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos de la Administración Monetaria y Financiera de conformidad con lo dispuesto en este Artículo y de acuerdo con los principios generales del Derecho Administrativo y*

en especial con los de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, motivación de los actos que restrinjan la esfera jurídica de los interesados, jerarquía normativa, eficacia, razonabilidad, economía, transparencia, celeridad, preclusión de plazos, publicidad y debido proceso". Es decir, se establece un estatuto que va más allá de los mínimos constitucionales hoy previstos por el artículo 138.

El artículo 138 es preciso al establecer que las actuaciones de la Administración Pública se ejercen con "sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

Por demás, no debe entenderse que estos principios del artículo 138 son los únicos que afectan las actuaciones de la Administración Pública, en tanto la propia Constitución prevé otras reglas explícitas o implícitas que fundamentan el accionar de la misma.

4. Sometimiento al ordenamiento jurídico. El artículo 138 es preciso al establecer que las actuaciones de la Administración Pública se ejercen con *"sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado"*. Cabría preguntarse ¿qué es el ordenamiento jurídico del Estado? Lo primero que cabría destacar es que cuando la Constitución hace alusión al *"ordenamiento jurídico del Estado"*, trata de lo que la doctrina especializada refiere como el *"ordenamiento jurídico-administrativo"*, es decir, *"la parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración*

Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado.

*Pública*²⁶. Y es que el ordenamiento jurídico no sólo se conforma de las normas adoptadas por el Estado, sino de los diferentes estamentos sociales²⁷.

A este concepto la propia Constitución en su artículo 6 agrega una regla esencial: *“Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”*.

En definitiva, el ordenamiento jurídico comprende todo aquel sistema de reglas y principios que, derivados del sistema constitucional, tienen un carácter vinculante para la Administración Pública, por tanto, el accionar de la Administración no se agota con la observancia única de la tradicional pirámide normativa Constitución, ley y reglamento. Actuar dentro del ordenamiento jurídico *“no constituye un simple agregado de normas al margen de los principios generales del derecho ni de las peculiares características de la sociedad a la cual se proyecta. Su efecto práctico es que la interpretación de cada norma y su*

²⁶ García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Op. Cit. Pág. 67.

²⁷ Jorge Prats, Eduardo: *“Derecho Constitucional”*. Volumen I. Tercera Edición. Editora Ius Novum. Santo Domingo. Pág. 259.

aplicación consecuente operen teniendo en cuenta el ordenamiento entero en el cual se insertan y adquieren en él verdadero sentido”²⁸.

5. Establecimiento del marco legal. Finalmente, cuando el artículo 138 establece como una obligación directa del Estado la adopción de la legislación sobre procedimiento administrativo, se asegura romper con la inercia que tradicionalmente ha afectado al legislador dominicano en el desarrollo de un estatuto especial y completo sobre las actuaciones de la Administración Pública. Cabe aquí resaltar la labor previa de importantes instituciones y juristas dominicanos en la preparación de proyectos de legislaciones que, si bien no lograron un estatuto procesal particular, sin dudas sembraron la semilla del derecho procesal administrativo dominicano e inspiraron un reconocimiento jurisprudencial de algunas de las figuras más relevantes en el ámbito.

Lógicamente, lo más relevante del mandato del artículo 138 es la creación de un régimen común y básico de procedimiento administrativo que, entre

²⁸ Sesin, Juan Domingo: *“Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica”*. Segunda Edición. Lexis Nexis Depalma. Buenos Aires. Año 2004. Pág. 25.

otras cosas, deberá lidiar precisamente con esa tradicional ausencia de procedimiento administrativo en nuestra Administración Pública y, a la vez, con la existencia de leyes sectoriales que trazan ciertas pautas sobre dichos procedimientos a órganos o entes particulares.

En el actual estado de cosas, este análisis sobre la base constitucional de los principios del procedimiento administrativo se construye sobre la experiencia constitucional y administrativa comparada, con especial atención de la española, fuente de inspiración directa de nuestro artículo 138, vía el artículo 103.1 de la Constitución ibérica, su aplicación adjetiva y su interpretación jurisprudencial.

La importancia esencial del artículo 138 analizado es que, a partir de éste, sin dudas, comenzará a escribirse una historia procesal administrativa propia, que incidirá en una Administración Pública cada vez más eficaz y consciente del rol que juega el administrado en el sistema de administración y gestión de la cosa pública.

Ya no queda dudas de que, como afirmaba Jorge Prats, el *“Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado”*.

(*) El autor es Abogado, Master en Derecho de los Mercados Financieros, Catedrático Universitario.

Constitucionalismo Dominicano y Potestad Sancionatoria de la Administración

*Juan Manuel Guerrero**

INTRODUCCIÓN

En nuestro país resulta notable la influencia del constitucionalismo liberal-burgués europeo, así como el norteamericano de las postrimerías del siglo XVIII. Como dato relevante destaca la presencia del principio de separación de poderes que implicará el reparto de las potestades que en el Estado absolutista concentraba el monarca, mismo que en su formulación originaria traducía que a cada poder correspondía el ejercicio de una función, con carácter monopólico.

El principio *nulla poena sine iudicio*, corolario del catálogo de los derechos fundamentales en su primera formulación por la revolución francesa y del principio de división de los poderes,

desafía la legitimidad de un derecho administrativo sancionador, especialmente cuando las sanciones contempladas no se limitan al ámbito estrictamente disciplinario.

La materia represiva, en sus perspectivas judicial y administrativa no contempla, en modo alguno, la posibilidad de dispensar en la segunda, imperativos que se impongan a la primera; aún cuando algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia desaconseja la aplicación automática de los principios contenidos en la normativa penal al derecho administrativo sancionador: **“dadas las dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos”**. [Nieto, 2000:30].

En la República Dominicana las sanciones administrativas se establecen a propósito de la ocupación norteamericana de 1916, dando lugar al choque de dos sistemas de derecho bien diferenciados, el originario, de raigambre romano-germánica, producto de la traducción y adaptación de los códigos franceses, y el nuevo, “montado” en los tanques militares, de la tradición anglo-americana [**common law**], lo que llevó a **AMIAMA**, [1982:627] a expresar, refiriéndose al sistema de las sanciones administrativas, como que el mismo

“repugna nuestro ordenamiento jurídico y en las leyes netamente nacionales está excluido.”

Hoy día el crecimiento sostenido del aparato administrativo, comprometido con las premisas del Estado Social de Derecho, da cuenta de la hiperproducción de leyes-marco de contenido administrativo, cada una de las cuales se ocupa, en parte de su articulado, a la cuestión de las sanciones administrativas en sus ámbitos respectivos.

Hoy día el crecimiento sostenido del aparato administrativo, comprometido con las premisas del Estado Social de Derecho, da cuenta de la hiperproducción de leyes-marco de contenido administrativo, cada una de las cuales se ocupa, en parte de su articulado, a la cuestión de las sanciones administrativas en sus ámbitos respectivos.

La carencia de rigor en el manejo del sistema de fuentes, y del principio de reserva de ley, viene a complicar, en nuestro país, el cuadro del régimen (disperso) administrativo-sancionador, provocando una ostensible yuxtaposición de normas sancionatorias en ausencia de referencias dogmáticas, doctrinarias o jurisprudenciales, de la que resulta el manejo precario del principio de legalidad sancionatorio.

Hemos intentado esbozar, en apretadísima síntesis, y de forma crítica, la situación de la capacidad sancionatoria de la Administración (es) pública (s) dominicana (s), la que encontramos en estado lamentable, urgiendo la promulgación de una normativa general que regule la materia, armonizando el interés general con la tutela judicial

efectiva a favor de los individuos (administrados), que desarrolle el contenido del Artículo 40 Ordinal 17 de la Constitución dominicana del 2010.

SECCIÓN I: DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

A.- FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN:

*En el ejercicio de la
protestad sanciona-
dora establecidas por
las leyes, la
Administración
Pública no podrá
imponer sanciones
que de forma directa o
subsidiaria impliquen
privación de libertad.*

La cuestión de encontrar el fundamento básico de la potestad sancionatoria de la Administración ha sido objeto de temprano tratamiento por parte del pensamiento Administrativo más calificado; sin embargo, sobre el alcance y sentido de tal poder, la doctrina dista de ponerse de acuerdo. Un aspecto importante, relacionado con la constitucionalidad o no de la potestad en cuestión, por fortuna ha sido diluida con la reciente promulgación de un nuevo texto constitucional, que en su artículo 40 Ordinal 17 de la Constitución dominicana del 2010, dispone: **“En el ejercicio de la protestad sancionadora establecidas por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad”.**

La opinión de **García de Enterría**, en el sentido de que tal capacidad resulta la consecuencia de un poder de policía general absoluto e inherente a la Administración pública e independiente de la ley, implicará entonces la posibilidad de que la Administración pudiera imponer cualquier medida que considere adecuada para este fin, y de hacerlo a través del procedimiento que prefiriese. Un sector de la doctrina entiende que en esta concepción primaria hay una primacía de una pretendida eficacia y ejemplaridad sobre el respeto a las garantías de los ciudadanos.

En la concepción de **Mattes**, la existencia de potestades sancionatorias de la Administración, resulta incompatible con las premisas y principios de un Estado estructurado con arreglo a la división de poderes, y desde esta perspectiva, la Administración, a la hora de imponer sanciones, quedará vacía; solo los jueces, sujetos al principio de legalidad y a las garantías jurisdiccionales pertinentes, podrían imponer sanciones, porque solo a los órganos jurisdiccionales corresponderá la labor de enjuiciar el comportamiento de los administrados.

El fundamento jurídico de la capacidad sancionatoria de la Adminis-

No cabe duda que en un sistema que existiera, de manera estricta, sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora deberá constituir un monopolio judicial, y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado históricamente, y es lícito dudar de que fuera incluso viable.

tración es similar al que justifica el cumplimiento exorbitante de ésta, paralelo al que legitima la ejecutoriedad de los actos Administrativos: ni la Administración tiene que recurrir a los tribunales civiles ordinarios, ni tampoco a los tribunales de la jurisdicción represiva.

El Tribunal Constitucional Español [STCE, NO.77:1983] ha dicho oportunamente: **“No cabe duda que en un sistema que existiera, de manera estricta, sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora deberá constituir un monopolio judicial, y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado históricamente, y es lícito dudar de que fuera incluso viable.”**

A pesar de la quiebra de un principio tan trascendente como la división de poderes, lo que justificó un importantísimo debate doctrinario, hoy día existe al menos relativo consenso, basado en el predicamento de un poder punitivo o ius puniendi único del Estado que se bifurca: la potestad punitiva penal, ejercida por la jurisdicción represiva, y la potestad punitiva administrativa, ejercida por la Administración Pública, ambas expresiones del mismo poder.

NIETO se distancia de la aludida tesis mayoritaria acerca del poder punitivo único del Estado, significando que ésta potestad no es más que una mas anexa a la potestad general de gestión de los intereses públicos atribuida a la Administración.

En este sentido aboga por la reformulación del concepto de **Derecho Administrativo Sancionador**, diferenciándolo del **Derecho Penal**, para, a partir de esa diferencia, ubicarlo en el **Derecho Público Estatal**, y por consiguiente, elaborar potestades y principios propios, que sin sacrificar los asociados al principio de legalidad penal, se ajusten al carácter administrativo de dicha rama, pues el Derecho Administrativo es presidido por la idea de gestionar el interés general, que hace uso de los postulados penalísticos cuando ejerce la potestad sancionatoria, porque todavía no han logrado elaborarse los indicados postulados y principios propios.

A juicio de **PEÑA SOLIS** [2005:143] “debe quedar claro, no obstante, que a pesar de que la potestad sancionatoria de la Administración Pública es una manifestación de la potestad punitiva única del Estado, los actos derivados del ejercicio de la misma son administrativos, ya que ese ejercicio corresponde a órganos administrativos, los cuales deben actuar regidos por un procedi-

miento indudablemente administrativo, y en su actuación están sujetos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se da el caso de que órganos extraños puedan ejercer la potestad sancionadora administrativa, tal es el caso de un Juzgado de Paz que condena a un empleado a dos (2) salarios mínimos (multa) por el incumplimiento de un deber formal ante la Secretaría de Estado de Trabajo; verbigracia, no llevar libro de sueldos y jornales; en el escenario descrito éste tribunal, al no dictar sentencia en un proceso penal, es evidente que ejerce sustancialmente la potestad administrativa sancionatoria, ello a pesar de que lo contravencional suele introducir posibles confusiones.

La potestad administrativa sancionadora en el ordenamiento jurídico dominicano se caracteriza por la ausencia de cualquier indicio de sistematización, con tendencia al caos.

B.- PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Principio de Legalidad

Este principio, en tanto, garantía formal, parece admitir modulaciones en

función de su alcance, sobre la base de su generalidad o especificidad. La potestad sancionadora es, en definitiva, consecuencia del supuesto del sometimiento a la legalidad que informa todo el orden jurídico [**GARCIA DE ENTERRIA, 1983:418**]. Sin una atribución legal previa de potestades, la administración no puede actuar contrariamente a lo que sucede con los actos de los particulares, vinculados al principio de libertad y según el cual resulta lícito hacer todo cuanto no ha sido expresamente prohibido por la ley, la Administración, en cambio, en virtud del principio de legalidad, debe referir su actuación a una norma jurídica de la que extrae la materia sobre la que ha de actuar (principio de especialidad), así como su ámbito.

Para **Lorenzo De Viega**, [1996:10] el principio de legalidad debe entenderse como sometimiento de la Administración al orden jurídico, o sea al conjunto coherente de normas constitucionales, a los principios generales de derecho, reglamentos, etc., que lo informan. El campo de las sanciones administrativas debe ubicarse dentro de lo que la doctrina llama reserva de ley; se trata de una materia reservada privativamente a ley y excluida de la potestad reglamentaria.

La reserva de ley en materia sancionatoria se consagra a favor del legislador

y se manifiesta no solo en la tipificación de los ilícitos, sino también en la formulación de las sanciones, el enjuiciamiento de los hechos y la ejecución de las sanciones.

Como referencia histórica, cabe señalar, que durante el Estado absoluto, el derecho a castigar se concentraba en la figura del monarca y era compartido entre los tribunales y el gobierno. Esa forma de sancionar pasó al Estado de Derecho, razón por la cual la Administración hereda la potestad punitiva del “ancien régime”, que en el siglo XX es constitucionalizada, teniendo el cuidado de sujetar su ejercicio a las garantías propias del derecho penal.

Modernamente, el principio de la garantía de la reserva de ley ha resultado matizada, por lo que en algunos escenarios suele operar mediante la regulación de los principios básicos de la materia en la ley formal, pero admitiendo la colaboración del reglamento a los fines del desarrollo y ejecución de esos principios, de tal suerte que la reserva tiene presencia en un marco normativo formado por la ley y el reglamento [reserva legal relativa].

La configuración de ilícitos susceptibles de reproche aflictivo por vía reglamentaria, cuando solo cabría reconocerle

simple labor de colaboración para mejor concreción del tipo, resulta manifiestamente inconstitucional.

Estévez [2005:137] sobre el particular precisa: “tipicidad o necesidad de que la infracción esté claramente delimitada por la legislación urbanística, aunque ello no obste para un desarrollo reglamentario, que dentro del marco de la infracción tipificada por la ley, complete y concrete los hechos constitutivos de la infracción para su más fácil identificación”.

Directamente vinculado al tema, se ha pronunciado la doctrina sobre la constitucionalidad de los llamados “**tipos penales en blanco**” en el ámbito Sancionatorio administrativo, reconociéndosele al reglamento su labor complementaria o de colaboración.

Expresa **Nieto** sobre el tema, que “**una ley en blanco no es cheque en blanco**” que el Ejecutivo pueda llenar a su gusto, sino una ley incompleta [por su contenido] o una ley de remisión [por su función] que, consciente de sus carencias, encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarla, aunque cuidándose de indicarle cómo. Por así decirlo, el Reglamento no suple los olvidos de la Ley sino que completa lo que ésta ha dejado de forma

deliberada solamente esbozado o acaba lo que sea ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado. De aquí que se hable de “colaboración”, no de “sustitución”.

2. PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM

Tratarse de un principio jurídico de profunda raigambre penal-represiva. Empecemos por decir que ésta regla reconoce como uno de sus fundamentos la seguridad jurídica para los individuos y para el sistema, seguridad que, como valor deseable, el orden jurídico promueve y protege. [LORENZO, 1996:111].

Dispone que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, empero, su incorporación al derecho administrativo sancionador ha sido matizada en los distintos sistemas de derecho comparado.

Pese a que la Constitución española de 1978 no recoge expresamente esta institución, su vigencia ha sido defendida a partir de la interpretación extensiva del artículo 25 de dicho texto. En efecto, el T.C.E. calificó el principio de “*non bis in ídem*” como principio

general del Derecho, en los siguientes términos:

“El principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones-administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del objeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración - relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. [STCE, No.2, 30 ENERO 1981], que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.”

Puede afirmarse que el principio “*non bis in ídem*” asume una dimensión dual: 1) una material o sustantiva, que enerva la potestad de sancionar en más de una oportunidad a un mismo individuo por el mismo hecho y con base al mismo fundamento, evitando de esa manera reacciones sancionatorias desproporcionadas a “*una pluralidad de ellos*” [CASTRO, 2006:116], se extiende como principio general de derecho con aplicación concreta a la materia represiva [penal y administrativa] que se traducirá en la imposibilidad de aplicar mas de una sanción a un mismo hecho infraccional;

y 2) la procesal o formal, que repulsa la posibilidad de una pluralidad de procedimientos sancionadores cuando converjan identidad de sujetos, hecho y fundamento. Implica que en un mismo hecho antijurídico no podrá ser ventilado por la administración en más de una oportunidad; pero también, la imposibilidad de tramitar un procedimiento sancionador cuando ya se esté tramitando un procedimiento penal, según la regla de preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración, en caso de que los hechos puedan ser no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito de acuerdo con la legislación penal.

La cuestión nos lleva a examinar si un mismo hecho -simultáneamente- puede ser sancionado tanto penal como administrativamente, pese a converger los supuestos de “*res judicata*”. Los tribunales en España, tanto administrativos como el Constitucional, establecieron una regla: el doble castigo está prohibido por la norma infraconstitucional contenida en el artículo 25.1 de la C.E., y a seguidas, una excepción: en ciertos casos, en general calificados como de relaciones de especial sujeción, y en los que sea posible detectar un doble fundamento, o bien jurídico protegido se permite el doble castigo. [STCE, No. 188:2005].

Para **Beltrán de Felipe** resulta sorprendente ver como en los últimos años la jurisprudencia constitucional (española) sobre un aspecto procedimental, que ha dado ocasión al Tribunal Constitucional español para afirmar que de la Constitución “se deduce la preferencia del enjuiciamiento penal sobre el enjuiciamiento administrativo” Para los casos en que se dé la existencia de identidad de hecho y sujeto, pero no de fundamento, equivaliendo esto último a lo que los penalistas llaman “bien jurídico protegido,” se admite el doble castigo.

Algunos autores critican esta doble solución al coincidir afirmando que, la gigantesca expansión del Derecho penal y la criminalización de un gran número de conductas, el bien jurídico es tan amplio y generalizado que se diluye, y puede ser prácticamente cualquiera, con lo cual, el debate sobre cuál es, en cada caso, el fundamento o el bien jurídico que se protege es estéril y vale cualquier solución.

Ha sostenido la mejor doctrina [NIETO GARCIA, 2000:409] que *si los hechos son varios y cada uno de ellos es tipificado como una infracción y conminado con una sanción, no hay problema, puesto que aparece un concurso real de infracciones en el que*

las sanciones se acumulan; si el hecho es único y está tipificado como infracción en varias normas y conminado con una sanción en cada una de ellas, la cuestión será determinar si todas ellas (la prevalente, que excluye a las demás: concurso de normas): a) en el concurrido ideal de infracciones sólo se sanciona una de ellas, pero en cuantía superior, b) En el concurso de normas, sólo se castiga la infracción tipificada en la norma prevalente. Identificar el supuesto exacto es tarea del operador jurídico; y el Derecho Administrativo Sancionador habrá alcanzado su madurez cuando esté en condiciones de ofrecer un marco teórico de referencia que le permita operar con la misma soltura (no exento claro es, de dificultades y contradicciones) con 'que se mueve actualmente el juez penal.' [subrayado nuestro]

La solución dada al tema difiere también según sea el sistema a que nos avoquemos; la Ley de Procedimiento Administrativo General Peruana es clara al asumir la tesis negativa, al disponer en el artículo 230.10, que “no se podrá imponer sucesiva y simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

En cambio, en Costa Rica, ha sido juzgado que: “esta multiplicidad de efectos determina las diferentes clases de responsabilidad del funcionario, la disciplinaria o administrativa, la penal y la civil o patrimonial. Estas responsabilidades no son excluyentes, por lo que en un mismo hecho violatorio de un deber jurídico del servidor, puede generar los tres tipos de responsabilidades, y por tanto, tres tipos diferentes de sanciones. Aquí los principios de “**non bis in ídem**” o “**noten in ídem**” son inaplicables por cuanto se trata de tres géneros distintos de responsabilidad, cada uno con su dominio propio; las tres responsabilidades tienen finalidades específicas e inconfundibles; por lo que el clásico principio violado únicamente en el supuesto de tratarse de responsabilidades y sanciones de la misma especie [S.C.S. No.1265, 1995].

Para **Susana Lorenzo De Viega**, contrario a la opinión mayoritaria, es posible la aplicación en sede Administrativa de más de una falta disciplinaria al cabo del pertinente disciplinario; no atentaría al principio “**non bis in ídem**”, entendido como “**precepto relativo al Derecho Procesal**”, y no al sustantivo represivo.

Debe significarse sobre el particular la inexistencia de una solución unánime.

En Francia, país de origen de nuestra legislación el Juez ordinario está habilitado para conocer tanto del ilícito penal como del administrativo, en una especie de aplicación de la regla: “**quien puede lo más puede lo menos**”. La Jurisprudencia dominicana, en materia Laboral se decanta por la posibilidad del doble castigo, reteniendo la idea de la diferenciación de los tipos.

3. PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS

En el ámbito jurisdiccional, consiste dicho principio en que el tribunal de alzada (ad quem) al fallar a propósito del recurso de apelación, no puede modificar la decisión en perjuicio del propio impugnante si su contraparte no apeló la sentencia inferior (a quo).

Para **Guasp** [2005:446]: este principio de la limitación del objeto procesal que suele llamarse prohibición de la “**reformatio in pejus...**” se explica sólo por la diferenciación de objetos entre proceso de primera instancia y proceso de apelación, y lo que significa en último término es que el proceso de apelación no tiene el ámbito objeto que el de la primera instancia, sino el ámbito estricto que le proporciona la pretensión procesal autónoma que le da vida.

Algunos autores, a propósito de este principio, distinguen precisamente entre el procedimiento administrativo instado por el interesado y el procedimiento de oficio hecho por la administración, y concluyen que la reforma de un acto administrativo, empeorando por tal vía la situación del administrado a quien afecta el acto, no procede en el acto administrativo instado por el interesado a través de un recurso.

Por tanto, en la estricta oportunidad de la interposición de recursos no cabe la *reformatio in pejus*; sin embargo, este sector de la doctrina contempla la posibilidad de reforma en perjuicio, en aquellos supuestos en que no mediando la vía recursiva, la administración revisa sus propias decisiones en ejercicio del poder de autotutela. No obstante lo afirmado, Cajarville rechaza, en cuanto a sus efectos, la distinción entre actividad de oficio de la administración y la desarrollada a instancia de parte.

Destaca que la administración, por razones de legalidad, podrá revocar sus actos ilegítimos aún de oficio, pudiendo revocar también dichos actos por razones de mérito, ya de oficio, ya a propósito de un recurso, tratándose de un acto discrecional. Tratándose de un acto reglado no podrá, pues al dictarlo no tuvo ella discrecionalidad y, por

tanto, tampoco la tiene ahora para revocarlo. Pero ese acto administrativo discrecional puede haber creado una relación jurídica que la administración no puede modificar de oficio, es lo que se denomina actos creadores de derechos subjetivos. Solo cuando el interesado impugna el acto en cuestión, se levantan las restricciones que tiene la administración para modificarlo.

En el ámbito procesal administrativo, dado el carácter inquisitivo del proceso, se ha puesto en duda su aplicabilidad en aquellos casos en que el recurso se funda en motivos de legalidad, pues en tales casos la administración se encuentra habilitada para declarar la nulidad absoluta del acto, *“aún en perjuicio del recurrente”*.

Para **Castro Loria** [2006:134] debido a la extensa habilitación concedídale a la Administración sobre los vicios de la legalidad del acto, la viabilidad de este principio como integrador del derecho administrativo sancionador, parecería cuestionable; sin embargo, la debida interpretación **pro hominis** de los derechos y libertades públicos sugiere la revalorización del principio en cuestión.

La prohibición de la reforma peyorativa es una garantía contra la indefensión y su objeto sería impedir que

la situación jurídica establecida en una sentencia sea modificada en perjuicio del que recurre contra ella. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha concluido que la prohibición de la **reformatio in pejus** deriva del derecho constitucional a obtener tutela judicial efectiva a través de las garantías implícitas en el régimen de recursos. [STCE, No.279:1994].

4. PRINCIPIO DE LEX PROEVIA

Esta garantía material se desagrega en dos elementos: la ley cierta y la ley previa. En la actualidad la garantía de la denominada ley previa y también la ley cierta, o mejor la exigencia del mandato de tipificación aparece fundamentado en el principio de libertad, entendida como regla general de comportamiento de los ciudadanos, y por lo cual cualquier prohibición o restricción de la misma, configuradas como conductas sancionables, por supuesto, que constituyen excepción a dicha regla y por ello han de estar predeterminadas normativamente.

Para **Peña Solís** [2005:78] descansa, en adición, en el principio de seguridad jurídica, mismo al que asimila a categoría de un verdadero principio general del derecho de acuerdo a doctrina y jurisprudencia venezolanas.

Para **Garrido Falla**: [2000:347] “este principio, que constituye la columna vertebral del moderno derecho penal, cubre igualmente el campo de las infracciones administrativas.” La tipicidad consiste en que la norma, de rango indubitablemente legal, debe imponer a la persona la obligación o prohibición y calificar el incumplimiento de aquella conducta como reprochable.

Para **García De Enterría**, “la tipicidad es, pues la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, y según éste autor [2000:174] “a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa).”

Compartimos la opinión de que en materia sancionadora, por derivación de los principios de tipicidad y seguridad

jurídica no es posible acudir a analogías para llenar lagunas. La interpretación de toda norma represiva, sin importar sus ámbitos y materias, debe ser restrictiva *in extremis*, y por ello, en ausencia de norma que tipifique la conducta, sencillamente dicha actividad no resultará sancionable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido igualmente categórica en el tema, precisando que “... **en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista v resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente v cierto, en el que se expresan el reproche social v las consecuencias de este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.**”

De esta forma, el mandato de tipicidad se erige en una limitante para el órgano llamado a aplicar la sanción,

convirtiéndola en una tarea de mera subsunción de la conducta en la norma descriptiva del tipo, descartándose así la utilización de criterios subjetivos que puedan dar paso a la arbitrariedad.

Según **Medina Osorio**: [2000:271] *“Pode ha ver ilicitude formal da conductas prohibida, com seu enquadramento no tipo represivo, cabe averiguar a ilicitude material, ou seia se o comporta mentó efetivamente agríde o bem jurídico protegido pela norma”*

Ortiz Ortíz refiere: *“que en el ámbito administrativo sancionador no opera el principio de nullum crimen sine lege, sino únicamente el de nula pena sine lege, lo que supone una especial flexibilización en torno a la descripción del tipo, permitiendo al reglamento incursionar en su desarrollo; mientras que respecto de la sanción, es categórico en afirmar la reserva de ley.*

El propio autor, sin embargo, se muestra favorable a la creación de competencias mediante la sola indicación de fines, pues al menos dos de sus elementos [fin o contenido] deben estar regulados, aunque sea de forma imprecisa. Añade que la tesis inversa supondría una violación al principio de seguridad jurídica dada la ausencia total de regulación legal en cuanto al título justificativo de la potestad.

Esta afirmación cabe ser predicada respecto al ámbito sancionador urbanístico, pues como con acierto ha dicho **Parejo Alfonso** [1990:636] “infracción urbanística es, pues, al igual que en el derecho sancionador administrativo general una conducta o una actuación típica, antijurídica y culpable... Sólo son, pues, sancionables las vulneraciones de la legalidad urbanística así tipificadas”

Del principio de legalidad se desprende el de tipicidad, en virtud del cual las infracciones Administrativas y sus correspondientes sanciones no solo que han de estar previstas en una norma jurídica con rango formal de ley - y no de reglamento- sino que además, dicha previsión debe hacerse con la suficiente precisión como para evitar infracciones genéricas que permitan a la Administración configurar y sancionar como ilícito cualquier hecho cometido por el administrado.

Para **Jorge Prats**: [1996:49] “este principio conlleva admitir la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables y la retroactividad de las favorables.”

A juicio nuestro no puede tenerse por cumplida la exigencia de **lex certa**, cuando una norma, después de enumerar un conjunto de infracciones en los

términos antes señalados, vinculándolas a las correspondientes sanciones, aluda a otra con carácter residual, bajo la formulación: **“Cualquier otro atentado a un bien... en esta ley o en su reglamento..., será castigado como...”**. Sin embargo, si bien el derecho sancionador se nutre de los principios del Derecho Penal que regula el *ius puniedi* del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción pena; tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración.

Así, el principio general de la legalidad, admite en el Derecho Sancionatorio la delegación que haga el legislador en normas de rango sublegal, de algunos de los elementos que configuran el ilícito administrativo. Así, el principio de tipicidad de los delitos y las penas que se consustancia con el principio general de la legalidad, admite en el Derecho Sancionatorio la delegación que haga el legislador en normas de rango sublegal, de algunos de los elementos que configuran el ilícito administrativo, y asimismo, este, puede configurarse con contornos menos rígidos que la que rigen en el campo del Derecho Penal.

SECCION II: A.- POTESTAD SANCIONATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES DOMINICANAS

Tal y como hemos apuntado anteriormente, la cuestión de saber si resulta compatible con nuestras disposiciones constitucionales reservar a las administraciones públicas una cierta capacidad sancionatoria ha sido resulta; sin embargo, el nuevo texto de la constitución del 2010 no ha podido solventar el conjunto de las complejas y diversas situaciones que envuelve el establecimiento de un régimen disciplinario a lo interno de nuestras administraciones públicas.

Sectores de las doctrinas nacional y extranjera intentan resolver el problema planteado a partir de la distinción entre las infracciones y sanciones administrativas [falta o contravenciones] de aquellas infracciones y sanciones penales [delitos penales], para considerar que las primeras si podían ser conocidas y sancionadas por la Administración, mientras las segundas solo podían ser conocidas y sancionadas [juzgados] por los tribunales penales ordinarios, y que entre una y otra existen naturalezas jurídicas diferentes.

A este respecto, **Castaños Guzmán:** [2001:61] "...es preciso observar, que no todas las multas tienen un carácter

puramente administrativo, que es preciso delimitar el poder sancionador de la Administración Pública en el área disciplinaria y reglamentaria, a las simples contravenciones, nunca permitir que se introduzca en la normativa y aplicación de los delitos y crímenes, situación que ocurre en algunos casos.

Para **García De Enterría y Fernández Rodríguez** (1997:166), es en el orden formal donde se encuentran dichas diferencias: la autoridad que la aplica, el procedimiento autorizado y la sanción.

Para el Tribunal Supremo Español [TSE, 9 de Febrero 1972] se trata de diferencias de tipo instrumental que no desnaturalizan, sino que confirman, la tesis de la identidad sustancial de las sanciones administrativas y penales.

Para **Castaños Guzmán** la Administración no es una jurisdicción de ningún tipo y por tanto no puede juzgar y tampoco, nadie puede ser juzgado más que por un juez imparcial. Se inscribe en la doctrina según la cual, en ausencia de texto Constitucional que expresis verbis faculte a la Administración a sancionar no puede considerarse como Constitucional dicha capacidad, pues supone una violación a los principios de derecho de defensa y al de ser juzgado por un tribunal imparcial.

En sentido contrario opina el Constitucionalista dominicano, **Jorge Prats** [1996:48] al anotar: “...en lugar de perder tiempo precioso en discutir si procede o no un poder estatal fáctica y consuetudinariamente reconocido por la práctica, el legislador y el juez, y la conveniencia de devolver o no a los tribunales prerrogativas supuestamente arrancadas a estos por la Administración, proceder a analizar cuáles son los límites constitucionales al poder sancionador administrativo. Y es que, dado que la represión administrativa no es más que una vertiente de la función sancionadora del Estado, de su jus puniendi, la actividad sancionadora administrativa está limitada por una serie de grandes principios constitucionales que protegen los derechos del administrado.

Se impone, sin embargo la organización sistemática, coherente y garantista de toda la actividad sancionatoria de nuestras administraciones.

B.- DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y MEDIO AMBIENTE: SOLO UNA MUESTRA

El medio ambiente se ha erigido en uno de los sujetos de protección jurídica

de más trascendentes de los últimos 50 años siguiendo a **Martín Mateo**, podemos definir el medio ambiente como el conjunto “de aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”. Para otros [LOZANO,2004:30] el medio ambiente abarca, como su propio nombre lo indica, todo lo que nos circunda, lo que hace posible y agradable nuestra vida, por lo que necesariamente las normas que establezcan para proteger los recursos naturales han de formar un ordenamiento jurídico intersectorial.

Nuestra Ley 64-00 general de Medio Ambiente y Recursos Naturales, promulgada el 18 de agosto del 2000, dispone en su Artículo II, que sus disposiciones resultan de orden público; de ahí que las violaciones a sus preceptos puede llevar castigar o bien un delito o bien una falta.

El literal a.) del artículo 18 de la Ley 64-00 refiere que corresponde a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos (SIC) las siguientes funciones: “elaborar normas, revisar las existentes y supervisar la aplicación eficaz de la legislación...” **Santa María Pastor**, [citado por FERNANDEZ, 2006:21]

acota: “la cuestión se complica desde el momento en que el ordenamiento jurídico se halla integrado también por reglamentos, normas dictadas por los órganos del propio poder ejecutivo: y si es notorio que cualquier sujeto debe cumplir las normas dictadas por el mismo”.

El principio de la legalidad enarbolado en el siglo XIX por **FUEBACH**: “nullum delictum, nullum crimen, nulla poena sine lege proevia”, para una parte de la doctrina mas autorizada [**GOMEZ T.**, 2008:100] precisa, en el ámbito del derecho sancionador de: *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*.

La ley 64-00 de Medio Ambiente se limita a la catologización de sanciones medio ambientales, sin que las sanciones correspondientes se encuentren tipificadas, aún mínimamente, y sin que el legislador realice revisión al reglamento para completar ésta exigencia, corolario del principio de legalidad. En la STC 132/2001 del 8 de junio el TCE reitera la doctrina ya establecida sobre el significado general del principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador: esto es el alcance de la colaboración entre la Ley y los reglamentos.

La Ley 64-00 no tipifica los ilícitos administrativos-ambientales, no expresa

las acciones o comportamientos antijurídicos que afectan la responsabilidad administrativa, amén de erigir tipos penales en blanco.

Algunos actos u omisiones de los que la ley parecería deducir ilícitos administrativos.

- a) La violación del acto o hecho ilícito que se produzca en tanto a uno de los actos administrativos ambientales (permiso, licencia...); y otros sectoriales):
- b) Corte de Árboles fuera de áreas de protección hábiles.
- c) Caza y pesca de especies en la República Dominicana.
- d) Infracciones a las licencias ambientales de investigaciones en áreas Protegidas de bio-diversidad.

Fernández [2006:23] critica la resolución sancionadora de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales: **RJNO 06/2001** en contra de una empresa de montacargas, sancionada por aparcar sus vehículos en la vía pública de un sector residencial y emitiendo ruidos considerables. Refiere la indicada resolución: “... **que el establecimiento de la empresa ha incurrido en violaciones a las normas ambientales y a la ley No. 64-00**”... y;

“... que el artículo 2 de dicha ley establece que las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público”, puede observarse, coincidiendo con la referida doctrinaria que en ningún caso se identifica correctamente cuáles son esas normas de orden público que prohíben la intitulación de esta empresa, en plena vía pública, sin autorización previa, los niveles de ruido y norma que lo regularan.

De igual modo, la cámara de cuentas, misma que antes de la vigencia de la Ley 13-07 hacía las veces de Tribunal Superior Administrativo, por sentencia No.10 de fecha 10 de Septiembre del año dos mil (2000) acogió una demanda intentada por una junta de vecinos de la ciudad de Santiago de los Caballeros, contra su Ayuntamiento al incurrir en violación al principio de inderogabilidad singular del reglamento restringía la construcción de edificios de multi-niveles, a propósito de un permiso en contravención del referido reglamento.

La empresa Baxter Healthcare, luego de ser penalmente sancionada fue sancionada administrativamente por sentencia del 2001 en la Cámara de Cuentas, en funciones de Tribunal Superior Administrativo y que al decir

de la doctrina nativa [Fernández: 2006:55] los bienes jurídicos protegidos eran los mismos, cosa que no aclara del todo, amén de que se trata de un tema [el de los bienes jurídicamente tutelados] no reivindicado por la moderna penología.

CONCLUSIONES

La consolidación del Estado de Derecho que revaloriza la posición del individuo en las relaciones socio-jurídicas supone el replanteamiento de muchas de las potestades públicas, facilitando el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, para poner freno a la arbitrariedad.

La jurisprudencia dominicana, aunque escasa, intento llenar el vacío constitucional respecto a la posibilidad de que las administraciones públicas detenten potestades sancionatorias, al demandar que el ejercicio de esta facultad respete los imperativos del debido proceso; laguna esta solventada por la constitución del 2010.

Como apuntábamos al inicio del presente trabajo, todo nuestro régimen jurídico sancionatorio-administrativo tuvo sus antecedentes inmediatos en una normativa de origen anglo-americano, con tradición de reconocer capacidad

sancionatoria incluso a agencias estatales independientes.

Es frecuente como nuestra legislación aduanal, laboral, previsional, entre otras, contempla la posibilidad de sanciones administrativas que conllevan privación de libertad, incluso impuestas por organismos administrativos. Afortunadamente la promulgación en el año dos mil cuatro (2004) de un nuevo código de procedimiento penal, garantiza el predominio de los principios de tutela judicial efectiva, reconociendo, en adición, la aplicabilidad “self-executing” de la normativa que integra el bloque de constitucionalidad en materia de protección de derechos fundamentales.

Las sociedades modernas se caracterizan por prohijar una galopante e hipertrofiada producción normativa sancionatoria, sin aclarar convenientemente los bienes jurídicos que pretenden proteger; con esa tendencia, leyes y reglamentos embadurnan el ordenamiento con complejas listas de tipificaciones no menos complejas.

La doctrina vernácula, antes de la vigencia del Texto Magno del 2010, se dividía entre los juristas que bajo argumento de que, no existiendo previsión Constitucional expresa que

atenué el impacto de los principios de división de Poderes y de Indelegabilidad de las responsabilidades a cargo de éstos, tildaban de inconstitucionales las leyes adjetivas y los reglamentos que conceden potestades sancionatorias a favor de las Administraciones públicas, y los que, sugiriendo una interpretación dinámica de la Constitución, incluida la doctrina norteamericana de *check and balances*, entiendan legitimada la potestad sancionatoria de las Administraciones, pero sometida a los imperativos del “*due process of law*.”

Debe significarse, sin embargo, que en derecho comparado la existencia de una cierta o completa potestad sancionatoria-administrativa no ha dependido de que el constituyente hubiere previsto expresamente esa posibilidad. La doctrina y la jurisprudencia han brindado distintos argumentos explicativos del poder coercitivo de la Administración que van desde: “corolario del *lus Puniendi*” (y único) del Estado, hasta “expresión del poder de policía”, etc., redundando en lo que podría denominarse: una atribución implícita de la potestad sancionatoria.

De hecho, el *lus puniendi* del Estado, entendido como facultad de ejercer un control social coercitivo ante el comportamiento antijurídico, no solo se

manifiesta en la aplicación de leyes represivas por los tribunales del orden jurisdiccional, sino que también se evidencia en manos de la Administración.

Los que justifican la existencia de esta facultad en las supuestas diferencias entre faltas administrativas y delitos parecen ignorar que éstas son hoy día poco menos que cosméticas; el legislador traslada cotidianamente algunas conductas desde el ámbito penal al sancionador administrativo, y viceversa, lo que ayer era delito, hoy se manifiesta como infracción administrativa.

En España la jurisprudencia constitucional ha establecido que son de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración los principios de: tipicidad, reserva de ley, non bis in ídem, irretroactividad de normas desfavorables, non reformatio in pejus, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, etc., pero ha advertido que la aplicación de estas garantías no debe hacerse sin matizaciones, ya que en ciertos casos las circunstancias obligaran a variar el grado de exigencia de dichas garantías respecto de las sanciones administrativas, ello a pesar de que, según acotan, su aplicación debe ser entendida como la regla, debiendo justificarse en cada caso, las motivaciones para la dicha atenuación.

Prevista expresamente la constitucionalidad de las leyes que en la República dominicana establecen potestades sancionatorias a algunas administraciones Públicas, merece citar la jurisprudencia que indirectamente parecía avalar la misma, antes del texto del artículo 40 Ordinal 17 de la constitución del 2010, al disponer "...lo que confiere a los tribunales la facultad de exigir la condición de razonabilidad en la aplicación de toda ley por los funcionarios públicos, condición que debe alcanzar, sobre todo a aquellos que impongan cargas y sanciones de toda índole"; concluye la citada sentencia dictada por nuestro más Alto Tribunal en junio de 1973 y transcrita en el Boletín Judicial 751, al admitir el poder sancionatorio de la administración aduanera, que: "...no se trata de un poder sancionador incondicionado, sino que debe ser ejercido razonablemente en virtud del Art. 8 numeral 5 de la Constitución".

Si bien hemos denunciado el poco cuidado con que el legislador dominicano establece distintos regímenes jurídicos de derecho administrativo sancionatorio, sacrificando, sin más, los principios de: presunción de inocencia, imparcialidad, de tipificación, de no penas privativas de libertad, etc., en lo que respecta a la ley 183-02 Monetaria

y Financiera su redacción obedeció al cuidado y al uso de la mejor técnica jurídica, pudiéndosele considerar como modélica en el establecimiento de un sistema de garantías y respeto por los principios derivados de la doctrina del “*due process of law*”.

En lo que respeta a las competencias y sanciones administrativas reguladas por el Capítulo II de la Ley 64-00 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, a partir del artículo 167 de ese texto, se aprecia un imperdonable descuido de la descripción de los tipos penales y administrativos que se pretenden asimilar a conductas antijurídicas.

El artículo 168 de a ley de medio ambiente establece...” las resoluciones administrativas dictadas por la Secretaria de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales son independientes de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de las violaciones a la presente ley, [FERNANDEZ, 2006:53] este artículo ha promovido la práctica incorrecta de sancionar dos veces un sujeto por la misma “causa” (sic), opinión que no compartimos, pues si de igual forma desdeñamos la violación al principio de legalidad (lex certa), creemos que una conducta puede configurar un tipo penal y a la vez, otra administrativo, sin que uno deba

absorber al otro, tal y como ocurrió con la Resolución No. RJ05 de 27 de marzo 2002 y la sentencia No. 650 de la Primera Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal que castigan administrativa y penalmente, respectivamente, a una empresa por vertir líquidos contaminantes en las aguas de la playa “el gringo”.

BIBLIOGRAFÍA

Amiama, Manuel A. "Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana", Santo Domingo. ONAP. 1982.

Lorenzo, Susana, "Sanciones Administrativas", Edit. B de F, Montevideo.

Castro Loria, Juan Carlos: "Derecho Administrativo Sancionador", Editorial Jurídica FPDP, San José, Costa Rica, 2006.

Barnichta G., Edgar: "ESTUDIOS JURIDICOS". CAPEL DOM. VOLVI, No.1, ENERO-ABRIL. 1996.

Beltrán de Felipe, Miguel: "Realidad Constitucional en el Derecho Administrativo Sancionador" (segunda-parte) Revista Jurídica de Castilla-La Mancha No. 40, Toledo, España, Mayo 2006.

Lozano C., Blanca: "Derecho Ambiental Administrativo" DYKINSON, Madrid, 2004.

Nieto García, Alejandro: "Derecho Administrativo Sancionador", segunda-edición ampliada, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Fernández, Aracelis: "Los Principios del Derecho Administrativo Sancionador..." Gaceta Judicial, No. 239, Año 10.

Guasp, Jaime y RAGONESES, Pedro: "Derecho Procesal Civil", Tomo II, Thompson-Civitas, Madrid, 2005.

Huergo L., Alejandro: "Las Sanciones Administrativas" INSTL, MADRID, 2007.

Peña Solís, José. "La Potestad Sancionadora de la Administración Pública Venezolana", Colección Estudios Jurídicos, Núm. 10, Caracas, 2005.

Garrido Falla, Fernando: "Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas", Editora Civitas, Madrid, 2000,

García De Eterria, Eduardo: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, Editora Civitas, Madrid, 2000.

Medina Osório, Fábío: "Directo Administrativo Sancionador", Editora Revista Dos Tribunaes. Sao Paulo-2000.

Ortíz Ortíz, Eduardo: "Límites y Control de la Discrecionalidad Administrativa en Costa Rica", Revista Judicial, Año VIII.

Parejo Alfonso, Luciano: "Manual de Derecho Administrativo", Edit. Ariel, 2000.

Jorge Prats, Eduardo: "Constitucionalidad de las Sanciones Administrativas", Revista Estudios Jurídicos, Vol. VI, Núm. I, Enero-Abril, Ediciones Capeldom, Santo Domingo, 1996.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Edit. Civitas, 1983.

Estévez Goytre, Ricardo: "Manual de Derecho Urbanístico", Edit. Comares, Madrid, 2005.

CONSTITUCIÓN COMENTADA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Colección de Estudios, U.C.M.M., Santiago de los Caballeros, 1986.

De La Cruz Alvarado, Rosina, MEMORIA DEL SEMINARIO PARME: Jurisdicción Contencioso Administrativa, Santo Domingo, 2002

Herrera B. Hipólito: “Los Recursos contra el ejercicio ilegal o abusivo de poder administrativo” Revista Estudios Jurídicos, Ediciones Capeldom, Santo Domingo 1967.

De Labadere, Andre, Venecia. Jean Claude et Gaudement, Yves. Traite de Droit Administratif. Tome I. 10ed., París, Libraire, Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992 @S No.426.

Wellington y Emmanuel Ramos Messina. “Del Control de la Constitucionalidad”. Estudios Jurídicos, Tomo II. Volumen I, Santo Domingo, Ediciones Capeldom, 1973.

Ramón Salcedo, Luís P.: Tesis UNIBE: “Debilidades Estructurales del Régimen Previsional”, Santo Domingo, 2004,

Castaños Guzmán, Julio Miguel: “El Poder Judicial y las Sanciones Tributarias”, Edit. Capeldom, Santo Domingo, 2000.

(*) El autor es especialista en Derecho Administrativo y Regulación Económica.

Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional

*Jaime Rodríguez-Arana**

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales de la persona constituyen la esencia misma del régimen constitucional¹ y acompañan, lógicamente, a la definición del artículo 1.1. CE del “Estado social y democrático de Derecho” porque constituyen, efectivamente, una de las claves hermenéuticas para entender el entero sistema constitucional, su contenido y sus límites.

La combinación o, mejor, la interrelación entre derechos fundamentales y Estado social de Derecho permite, a mi juicio, avanzar algunas consideraciones sobre la operatividad de un

¹ STC 34/1986 de 21 de febrero.

Derecho Administrativo que encuentra en los derechos fundamentales de la persona los principios informadores de todo su Ordenamiento jurídico en la medida en que prácticamente todo el conjunto de los principios generales del Derecho en un sistema de Estado de Derecho traen su causa, de una u otra manera, precisamente de la centralidad de tales derechos fundamentales de la persona.

La Constitución española de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo² llegando, en mi opinión, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales. Derecho Administrativo constitucional en el que juegan un papel estelar los derechos fundamentales de la persona, principios y límites a los que debe

² Ad. exemplum, Vid. R. ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, I, Madrid, 1986, pp. 30 y ss; F. GARRIDO FALLA, Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo, Madrid, 1982, y, también el prólogo al vol. I del Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1985; L. MORELL OCAÑA, El Criterium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo Contemporáneo, REDA, n° 29; P. ESCRIBANO COLLADO, Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo, REDA, n° 37, L. PAREJO ALFONSO, El Concepto del Derecho Administrativo, Cáracas, 1984.

someterse el poder público en un Estado de Derecho.

El artículo 103 CE comienza señalando que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, esos intereses generales que vienen definidos, entre otros contenidos, por la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho, constituyen, por tanto, la vocación, la razón de ser, de la Administración Pública. El Derecho Administrativo Constitucional³ está llamado a potenciar y hacer posibles los derechos fundamentales de las personas a través de sus categorías, conceptos e instituciones. Es más, como intentaré demostrar, es lógico que así sea puesto que el propio interés general en el Estado social y democrático de Derecho se dirige hacia la efectividad de los derechos fundamentales. Además, hay que tener presente que la definición del Estado social ha quebrado las artificiales barreras que separaban el Estado de la Sociedad, con lo que precisamente esa operatividad del Derecho Administrativo Constitucional

*El Derecho
Administrativo
Constitucional está
llamado a potenciar y
hacer posibles los
derechos
fundamentales de las
personas a través de
sus categorías,
conceptos e
instituciones.*

³ Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional son verdaderamente estrechas. Sirvan de testimonio las célebres fases de MAYER: “El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece” o de WERNER: “El Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado”.

debe buscarse en el necesario reforzamiento y consolidación de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

Los derechos fundamentales han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo.

Los derechos fundamentales han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que los regulan, unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad⁴.

En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder público. Es decir, “imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado”⁵. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho “en el que el sistema jurídico y político en su conjunto

⁴ A. PÉREZ LUÑO, Los derechos fundamentales, Madrid, 1986, p. 19.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La significación de las libertades para el Derecho Administrativo, Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, p. 116.

se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual”⁶. Por eso el Derecho Público al gestionar los diferentes intereses colectivos debía contar siempre con un ámbito vedado a su actuación que venía definido por las esferas y espacios de libertad de los ciudadanos, que no podían ser de ninguna manera afectados.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y Sociedad. Ya no son los derechos fundamentales de la persona meras barreras a la acción de los Poderes públicos.

Todo lo contrario, se configuran como “un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos”⁷. En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social debe orientarse hacia su realización efectiva. Este punto de vista explica por sí sólo el profundo impacto que están sufriendo las instituciones del Derecho

⁶ E. PÉREZ LUÑO, Op. cit. p. 20.

⁷ E. PÉREZ LUÑO, Op. cit. p. 21.

Administrativo como consecuencia de la adecuada interpretación que deba hacerse de los intereses generales en cada caso. Interpretación que está, como veremos, profundamente conectada a la efectividad de los derechos fundamentales como tarea suprema del Estado Social.

Esta nueva dimensión de los derechos fundamentales de la persona en el Estado social no debe, sin embargo, hacernos olvidar que el hecho de que ahora la acción pública debe inspirarse en ellos no quiere decir que siempre sean respetados por los poderes públicos. Es más, no pocas veces, se lesionan y se vulneran los derechos fundamentales por un exceso de celo en la actuación de los poderes públicos que llegan incluso a interferir en decisiones íntimas y libérrimas de los ciudadanos, amparándose en una mal entendida habilitación a favor del desarrollo de los propios derechos fundamentales.

En el Estado liberal, por otra parte, los derechos fundamentales se concebían, ya se ha comentado, a partir de la idea de garantizar un ámbito de libertad y autonomía personal frente al Estado. Sin embargo, progresivamente ha ido cobrando fuerza la opinión, ya consolidada en la jurisprudencia constitucional alemana y española, de la

incidencia de los derechos fundamentales, no sólo frente a los Poderes Públicos, sino, también, en el marco del Derecho Privado y de las relaciones jurídicas privadas⁸. Por eso, como señala PÉREZ LUÑO, la “Drittwirkung” hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada, como señala el artículo 9.2 CE, a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”⁹.

Otro elemento, de carácter general, que ayuda a una comprensión de los derechos fundamentales en el Estado Social se encuentra en la aparición de los denominados “derechos económicos y sociales”. En principio podría parecer que con esta denominación se trata de diluir el valor de la libertad en detrimento del elemento igualdad o del parámetro solidaridad. Pienso que estos derechos tienen una función que se encuentra al servicio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad. Así, el polémico binomio libertad-

⁸ Esta corriente doctrinal se la conoce por la expresión alemana “Drittwirkung der Grundrechte”. Recientemente ha aparecido una monografía en nuestro país de J. GARCÍA TORRES Y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, a la que nos remitimos “in totum”.

⁹ E. PÉREZ LUÑO, *Op. cit.* p. 23.

Nuestro Tribunal Constitucional, el del reino de España, ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos “clave” del Ordenamiento jurídico y, en este sentido, como principios informadores.

igualdad no se encuentra en franca oposición. Se complementa, eso sí, al servicio del pleno desarrollo de la subjetividad humana. Quizás por ello la expresión libertad solidaria, que he utilizado en trabajos de ciencia política, tenga su sentido y justificación. Hoy, en plena crisis financiera y económica a consecuencia de una forma demasiado individualista de entender la libertad económica, la reflexión sobre la solidaridad y la racionalidad es, si cabe, más relevante, sobre todo para entender desde una perspectiva más amplia el propio concepto de la libertad.

Nuestro Tribunal Constitucional, el del reino de España, ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos “clave” del Ordenamiento jurídico y, en este sentido, como principios informadores.

Así, por sólo citar algunos de sus pronunciamientos más importantes, resulta que constituyen “la escena misma del régimen constitucional”¹⁰, “son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo”¹¹, “son los componentes estructurales básicos, tanto

¹⁰ STC de 21 de febrero de 1986.

¹¹ STC de 17 de mayo de 1983.

del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídico de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”¹² o, también, como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de julio de 1981: “La Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto”.

Afirmaciones, todas ellas, que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales como elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el ordenamiento jurídico en su conjunto¹³. Subjetivamente, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino

¹² STC de 11 de abril de 1985.

¹³ La STC de 14 de julio de 1981 señala en este sentido que los derechos fundamentales “son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad Nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

también frente a los demás miembros del cuerpo social¹⁴.

Los derechos fundamentales, desde la óptica subjetiva, ponen de manifiesto que “el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado”¹⁵. Lo cual, además de evitar las interferencias del Derecho Público en las libertades ciudadanas, demanda una actitud positiva del legislador que “haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica su efectividad”¹⁶. Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la “vis expansiva” de la interpretación de los derechos fundamentales y que se encuentra reconocido en el art. 9.2 de la Constitución española de 1978:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de

¹⁴ E. PÉREZ LUÑO, Op. cit. p. 22. En este sentido donde una perspectiva subjetiva, la citada STC de 14 de julio de 1981: “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia.

¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit. p. 118.

¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit. p. 118, sigue diciendo que “al lado de la obligación tradicional de no hacer, la estructura técnica de la libertad grava hoy al Estado con obligaciones accesorias de hacer (BRAUD) para hacer eficaz esa libertad que la sola abstención ya no asegura en una sociedad menesterosa y escasamente autosuficiente.

los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales ya que como señala también el artículo 10.1 CE “la dignidad de la persona¹⁷, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otras palabras “el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto que compromete la acción de los Poderes Públicos¹⁸, lo cual explica que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, la operatividad de los derechos fundamentales se dirija hacia la organización de

¹⁷ Sobre el papel de la dignidad de la persona en relación a los derechos fundamentales, vid. el libro de J. GONZÁLEZ PÉREZ, La dignidad de la persona, Madrid, 1986, especialmente pp. 96 y ss.

¹⁸ STC de 31 de marzo de 1986. Además, sobre este precepto constitucional ya existe una abundante jurisprudencia del TC: STC de 13 de febrero de 1981, de 16 de marzo de 1981, de 8 de abril de 1981, de 2 de julio de 1981, de 25 de enero de 1983, de 27 de junio de 1985... vid también la STC de 27 de junio de 1984 (A. 4646) sobre la función promocional de los Poderes Públicos.

prestaciones positivas del Estado a favor del ciudadano “que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema.”¹⁹

Desde esta perspectiva, DOEHRING ha podido afirmar que la cláusula del Estado Social en la Ley Fundamental alemana equivale al establecimiento de “la oportunidad del libre desarrollo del ciudadano en la Sociedad”²⁰. En España, el citado artículo 10.1 CE señala también con claridad que la paz social se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad. Ello equivale, a mi juicio, a afirmar que el Estado Social se apoyaría sobre el desarrollo de la persona en libertad solidaria en la Sociedad.

Normalmente se ha conectado la idea del Estado Social a la tarea de ayudas sociales por parte del Estado. Sin embargo, como señala DOHERING, este sistema de ayudas sociales “no descansa en una configuración del Estado o de la Sociedad, sino precisamente en su fracaso”²¹ y se deduce de la misma

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit. p. 119. También, vid. L. PAREJO ALFONSO, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, p. 210, 213 y 226.

²⁰ Sozialstaat Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung, en “Die Politische Meinung”; traducción de J. PUENTE EGIDO, en *El Estado Social*, varios, Madrid, 1987, p. 157.

²¹ Op. cit. p. 158.

pertenencia del individuo al Estado²². No es, por tanto, la nota esencial al Estado Social, sino un deber ya proclamado con mucha anterioridad.²³

El artículo 10.1 CE concibe el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la “paz social”. Por tanto, el Estado social debe posibilitar a cada persona adoptar decisiones individuales. Se trata, pues, de garantizar la “igualdad de oportunidades”²⁴: igualdad de todos los españoles ante la Ley con garantía de los mismos derechos fundamentales, lo cual puede conseguirse a través de la participación de los ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales, en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio del interés general.

Así, a través de esa participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, el hombre puede llegar a

²³ Como señala DOEHRING (Op. cit. p. 159) respecto a la Ley Fundamental de Bonn, la noción de Estado Social no se reduce a la “mera igualdad” sino a la realización de la igualdad de oportunidades, que prevalece sobre la mera igualdad. Para este autor la igualdad de oportunidades no supone necesariamente la igualdad de oportunidades retributivas sino que dicha igualdad se haya vinculada a la libertad: “la oportunidad del propio desarrollo en la libertad lleva necesariamente a la posibilidad de una decisión personal que permita elegir individualmente los valores que realicen esa vida personal...” (p. 166).

²⁴ DOEHRING, Op. cit. p. 160.

realizarse como personalidad propia en su dimensión ciudadana y, esto es decisivo, esa realización personal le permite desempeñar mejor su papel en la Sociedad. La conclusión aparece clara: cuánto más se potencien las facultades particulares y propias de cada persona en un marco de solidaridad, así la Sociedad se beneficiará de ello en mayor o menor medida. A todo ello no debe ser ajeno, lógicamente, el legislador ni la Administración. El problema, el no pequeño problema, es que el Estado, sobre todo sus representantes, no pocas se toman demasiado en serio esta función y terminan por sugerir, o imponer, a los ciudadanos el sentido de sus decisiones. Algo que es propio de visiones autoritarias y que sin embargo, se presenta como una de las letales consecuencias de un Estado social que está demasiado presente en la vida de las personas.

La tarea de previsión social, de ayuda social que debe realizar el Estado social pienso que no se consigue exclusivamente a través de la promoción de la “igualdad”. La experiencia de los países colectivistas así lo evidencia²⁵. Veremos.

El Estado debe, en primer lugar, fomentar el pleno desarrollo personal de

²⁵ DOEHRING, Op. cit. p. 161.

los ciudadanos en un contexto solidario. A esa finalidad debe ir encaminada la ayuda estatal. Por eso, pienso que es acertado el diagnóstico de DOEHRING: “el desarrollo de la persona en libertad es la base del Estado Social”²⁶. De ahí que el deber del Estado para prevenir la necesidad individual sea una consecuencia del entendimiento, aquí propuesto, del Estado Social porque “el valor de la libertad se capta cuando ha sido perdida”²⁷ y ante situaciones de esta índole el Estado debe actuar para asegurar la propia libertad personal.

También es útil la referencia a la igualdad como prohibición de la arbitrariedad tal y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán²⁸ pues, según DOEHRING, trae consecuencias para el concepto de libertad ya que ésta existirá “en cuanto su ejercicio no conduzca a la arbitrariedad”²⁹. Por eso, la igualdad como elemento del “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE) debe entenderse dentro de la libertad. Lo que significa el derecho de los ciudadanos a

²⁶ DOEHRING, Op. cit., p. 161.

²⁷ BVERFG v. 23.10.1951, BVERFG v. 16.6.1959, BVERFG v. 23.3.1971, BVERFG v. 12.3.1975, BVERFG 39, 169 (196).

²⁸ DOEHRING Op. cit. p. 165.

²⁹ Pienso que así debe entenderse el artículo 9.2 CE en su referencia a la “libertad e igualdad del individuo”.

ser libres del mismo modo³⁰. Es decir, posibilitar el “libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás” del mismo modo para todos los españoles³¹. Y, esa tarea, supone una tendencia hacia la que irreversiblemente debe adecuarse el interés general y, por ello, el Derecho Público en su conjunto. En otras palabras, el Estado debe garantizar condiciones en las que cada uno tome las decisiones que quiera. El Estado, insisto, no está habilitado para decir a cada persona como debe actuar. El Estado no debe adoctrinar, no debe imponer los puntos de vista de los dirigentes en cada momento. Algo que en muchos países hoy vemos que se practica a diario en un proceso de imposición cultural que se debe rechazar por autoritario y vulnerador de las libertades de los ciudadanos.

De otra parte, la existencia de límites “sociales” en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su

³⁰ Como señala DOEHRING, Op. cit. p. 166, “el fin último de las Democracias Liberales Occidentales que debe ser garantizado por el Estado es “la libertad igual”, es decir, una situación en la que cada uno disponga del mismo grado de libertad.

³¹ Al decir de DOEHRING, Op. cit. p. 140 “Si el derecho de propiedad no estuviera limitado en su función social, no existiría como tal o lo sería sólo entendido en su globalidad; esto es, como una propiedad del Estado o de la colectividad, en el sentido de los países comunistas”.

operatividad en el Estado Social. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales precisamente garantiza su existencia³². La existencia de límites afecta no sólo a los derechos fundamentales, excluido claro está el derecho a la vida, sino también al propio concepto y funcionalidad del interés general.

Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe.

Así, por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional del Reino de España de 17 de julio de 1981 señala que:

“Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el hecho de que eventuales medidas correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo.”³³

El razonamiento del Tribunal Constitucional se entiende a partir de que “existen, ciertamente, fines sociales que

³² Vid. también sobre el tema, las STC de 29 de enero de 1982 o la de 17 de febrero de 1984.

³³ STC de 17 de febrero de 1984.

deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales”³⁴. Esos límites operan además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos de robustecimiento. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentren orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo servicio de la libertad personal de todos los ciudadanos en Sociedad³⁵, haciendo posible la libertad solidaria.

Ahora bien, ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en “medios” para alcanzar el orden político y la paz social:

“...los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menor que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de

³⁴ Así por ejemplo, D. MRONZ, *Körperschaften und Zwagsmitgliedschaft*, 1933, p. 61.

³⁵ Como señala DOEHRING, *Op. cit.* p. 137 “únicamente cuando existen tales limitaciones es realizable la libertad individual, esto es, sin ellas dicha libertad no existiría...” o (p. 141): “Puesto que la libertad sin límites se destruye así misma, la limitación a la libertad a la libertad es un elemento integrante de esa misma libertad”.

libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y la paz social” (STC de 12 de diciembre de 1986).

La afirmación de que los límites a las libertades individuales poseen una elevada dosis de reforzamiento de las libertades pienso que se ilustra, por vía de ejemplo, con las siguientes palabras de DOEHRING:

“... la garantía institucional en favor de los centros de enseñanza superior beneficia al desarrollo y fomento de la libertad científica individual. El elemento colectivo del quehacer científico común, cual es por ejemplo, el de la investigación y docencia, no es un fin en si mismo. Los profesores universitarios enseñan a personas y no a colectivos, y

son estos individuos los que reciben el beneficio directo de ellos, sólo de modo indirecto resultarán beneficiados los colectivos que éstos constituyen y cuya calidad aumenta o disminuye en función de la de los miembros que los componen. El instituto del derecho de asociación sirve al desarrollo del individuo en armonía con los fines de la asociación ya que el ejercicio de la libertad de esa persona no sería posible sin la existencia de dicha colectividad...”³⁶

“... el derecho de reunión pacífica permite al individuo hacer valer un voto y con ello dar cauce a la expresión de su opinión, ya que sin esa reunión el individuo no sería escuchado y su opinión carecería de eficacia (...). La institución de la propiedad solamente puede realizarse a través de su función social, que por eso mismo tiene un efecto constitutivo, (...) se diría que el límite fijado por el Derecho Urbanístico en las distancias es el que confiere el derecho a edificar. Si no existiere tal “limitación social” ciertamente el dueño del solar sería libre en su disposición, pero únicamente libre en el primer dispositivo, nada más.”³⁷

³⁶ DOEHRING, Op. cit, p. 142-143.

³⁷ DOEHRING, Op. cit. p. 144-145.

En resumen: las limitaciones por motivos sociales o, de interés público si se quiere, potencian todavía más el conjunto de las libertades públicas. De ahí que el sentido de lo que deba entenderse por interés público o general en el Estado Social venga determinado, en última instancia, por una decisión firme del legislador o de la Administración en el sentido de fomentar la “libertad igual” de los ciudadanos en la Sociedad, o lo que es lo mismo, según el artículo 10.1 CE buscar “el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás”.

III. EL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional”³⁸, y son “elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica.

Por ello “dan sus contenidos básicos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso

³⁸ STC de 21 de febrero de 1986.

al del Estado Social y Democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal (...), son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente (...), establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”³⁹.

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema constitucional. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 señale con contundencia “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”⁴⁰.

No se trata de una consideración aislada de nuestro Alto Tribunal. Todo lo contrario. Afortunadamente, la afirmación de que el propio interés general se orienta hacia la protección y reforzamiento de los derechos fundamentales puede decirse que se encuentra

³⁹ STC de 14 de julio de 1981.

⁴⁰ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit, p. 122: “Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del Orden Público (artículo 1 LOP, y aún del orden político entero: el artículo 10.1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste. La articulación de las libertades públicas individuales con el interés general deberá buscarse en el sistema constitucional mismo y en las Leyes Orgánicas que lo desarrollen (artículo 81.1), y no en ninguna apreciación subjetiva de los funcionarios.

perfectamente consolidada en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, con cita de la de 14 de julio de 1981, señaló:

Los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.

“... los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.”⁴¹

Igualmente, la sentencia de 13 de febrero de 1985 estableció que el respeto a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución constituye “un componente esencial del Orden Público”. Es decir, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones:

“Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en

⁴¹ En el mismo sentido, la STC de 16 de octubre de 1984.

razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política...”⁴².

Por tanto, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho Administrativo Constitucional encuentra en la protección y consolidación de los derechos fundamentales la esencia de su tarea de “servir” con objetividad a los intereses generales” (art. 103 CE).

Se trata, pues, de que el propio Derecho Administrativo Constitucional se oriente hacia la consecución efectiva de la “libertad en igualdad”. Al menos, una aproximación a la “vis expansiva” de los derechos fundamentales en el Estado Social así lo demanda.

El concepto de interés público, o si se quiere interés general, que se suele utilizar como fórmula para limitar derechos fundamentales, en última instancia robustece la operatividad de los derechos fundamentales. Pensemos, por ejemplo, en el instituto expropiatorio: la expropiación de un determinado local para instalar un servicio público se dirige hacia el beneficio de los particulares⁴³.

⁴² STC de 11 de abril de 1985.

⁴³ Vid. DOEHRING, Op. cit. p. 146.

Si no fuera así, o si se beneficiaren “determinadas personas” de esa expropiación nos encontraríamos con una clara desnaturalización del sentido del interés general en el Estado Social de Derecho.

Es decir, el interés público, el respeto al interés general, es el que permite instaurar el principio de libertad. Por tanto, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional del Reino de España de 12 de diciembre de 1986:

Resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.

“Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto se derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 101.1 de la Constitución “como fundamento del orden político y de la paz social”.

De ahí que, como sigue diciendo esta misma sentencia:

“Resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción”.

Por ello, al ser los límites a los derechos fundamentales sus principales

presupuestos constitutivos, los derechos y libertades fundamentales junto a sus límites se reconducen hacia la eficacia y potenciación de los primeros:

“Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser integrados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”⁴⁴.

En definitiva, el interés general del Estado Social se dirige hacia la potenciación y robustecimiento de los derechos fundamentales, entendidos como libertad en igualdad en la sociedad, como libertad solidaria.

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el

⁴⁴ STC de 12 de diciembre de 1986.

Estado Social de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice la asunción del interés general:

“La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad.”⁴⁵

⁴⁵ STC de 7 de febrero de 1984.

(*) El autor es Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.