

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Domingo Gil



LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Domingo Gil

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Santo Domingo, República Dominicana
2024



A

*todos aquellos trabajadores
que
pese a sus largos años
de vida y de trabajo
van
de puerta en puerta
cargando miseria
cargando pesares
clamando justicia
una pensión*

342.041807293

G463c

Cdd 22

Gil, Domingo

La constitucionalización de la seguridad social / Domingo Gil. – Primera edición.

Santo Domingo : Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2024.— 148 páginas; 23 cm. -- (IUDEX).

ISBN: 978-9945-651-40-9

Incluye índice y bibliografía.

Bibliografía páginas: 145-148.-

1. Derecho constitucional – Seguridad social -- República Dominicana. 2. Derecho constitucional – Legislación – República Dominicana 3. Seguridad social – Constitución – República Dominicana 4. Derecho fundamental – Seguridad social -- República Dominicana.

I. Título

RDA/ArmarC

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Autor: Domingo Gil

Primera edición: Noviembre, 2024

Esta es una publicación de:



Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Centro de Estudios Constitucionales

Edificio Juan Pablo Duarte

Avenida 27 de Febrero esquina Avenida Gregorio Luperón,

Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,

Santo Domingo Oeste, República Dominicana,

Teléfonos: 809-274-4445 y 809-274-4446

www.tc.gob.do

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Francisco Soto

Corrección de estilo: Eduardo Díaz Guerra

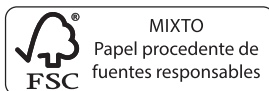
Impresión: Editora Búho, SRL

ISBN: 978-9945-651-39-3 (impreso)

ISBN: 978-9945-651-40-9 (digital)

Impreso en República Dominicana

Todos los Derechos reservados



CONTENIDO

Prólogo.....	11
Introducción	15

CAPÍTULO I LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Sección I. Los presupuestos de la constitucionalización del derecho ..	23
§1. El concepto de constitución	23
A. Una aproximación al concepto de constitución.....	24
B. Las vicisitudes de la Constitución	31
§2. La Constitución: norma suprema.....	41
A. La Constitución como norma.....	41
B. La supremacía de la Constitución	46
Sección II. La constitucionalización del derecho a la seguridad social ..	51
§1. La seguridad social como derecho fundamental.....	51
A. Los postulados básicos de la seguridad social.....	52
B. Hacia la seguridad social como derecho fundamental	58
§2. La constitucionalización de la seguridad social en República Dominicana	73
A. La constitucionalización expresa.....	76
B. La constitucionalización implícita.....	81

CAPÍTULO II
LA REGULACIÓN ADJETIVA DE LA SEGURIDAD
SOCIAL EN REPÚBLICA DOMINICANA

Sección I. La habilitación normativa del derecho fundamental a la seguridad social.....	87
§1. Los cauces legales del derecho fundamental a la seguridad social	
A. La necesidad de la regulación legal	87
B. La regulación legal	92
§2. El aspecto reglamentario.....	97
A. Las atribuciones reglamentarias del Consejo Nacional de Seguridad Social.....	98
B. La censura al poder reglamentario del Consejo Nacional de Seguridad Social.....	101
Sección II. La rehabilitación del derecho fundamental a la seguridad social.....	105
§1. La vía jurisprudencial.....	105
A. La jurisprudencia supranacional	106
B.- La jurisprudencia nacional.....	114
§2. La vía de la reforma legal	138
A.- La reforma total del sistema.....	138
B.- La reforma parcial del sistema.....	140
Bibliografía	145

PRÓLOGO

La *constitucionalización de la seguridad social* es un tema al que he dado seguimiento desde que participé como expositor en un seminario celebrado en el país, en el año 2019, con el auspicio de la Sociedad Iberoamericana de Seguridad Social y el Tribunal Constitucional dominicano. Esta experiencia se repitió con ocasión de un curso sobre seguridad social impartido hace unos años en el recinto Santo Tomás de Aquino de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. En octubre del año pasado, 2023, participé, por igual, en un seminario sobre derecho del trabajo y derecho de la seguridad social organizado por la Escuela de Derecho del recinto de Santiago de dicha entidad académica, en el que presenté el mismo tema, aunque visto de cara al siglo XXI, razón por la cual me vi en la necesidad de dar una orientación más actual al asunto tratado, lo que incluyó, a guisa de conclusión, una osada propuesta de reforma del sistema dominicano de seguridad social ante la realidad vivida y el temor del porvenir en lo concerniente al monto de las pensiones.

El presente trabajo no es más que un esfuerzo de actualización y ampliación de esas tres exposiciones. Para

ello ha sido necesario tratar con mayor precisión o profundidad algunos subtemas, relativos, principalmente, a la constitucionalización del derecho, de manera general, y a la constitucionalización de la seguridad social, de manera particular. Por eso entendí pertinente incluir en la primera parte algunas consideraciones sobre el concepto de constitución, incluyendo lo que particularmente entiendo por *constitución material*, en lo que he procurado distanciarme (a partir de un escrito anterior sobre el concepto) de la noción dada por otros autores. También esa primera parte me ha permitido profundizar un poco más sobre la seguridad social como derecho fundamental, procurando así tener un telón de fondo del tema desarrollado en la segunda parte del trabajo.

He entendido oportuno, además, hacer una breve reseña de algunas decisiones de la justicia constitucional en la materia, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional dominicano, como una manera de demostrar el rol vital jugado por la justicia constitucional respecto de un derecho que tiende a judicializarse ante la realidad cuestionada y cuestionable del sistema. Debo confesar —el lamento es profundo— que la falta de tiempo no me dio para más, a lo que sumo algunas necesarias o inevitables repeticiones.

El presente no es un estudio exhaustivo del tema; es sólo una aproximación de lo que debe ser (para abordarlo quizás en el futuro) un estudio profundo de dos temas que se juntan en este breve trabajo: la *constitucionalización del derecho* y el *derecho a la seguridad social como derecho autónomo constitucionalizado*. Pese a esas limitaciones, pretendo llamar la atención

sobre este asunto, que es –en ello no hay duda– un problema de vital importancia para todos los seres humanos, pues incide de manera determinante en la calidad de vida de todos nosotros. Esto último es, en realidad, la finalidad esencial de este discreto aporte académico.

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución estadounidense de 1787 y la francesa de 1791 se produjo el advenimiento de una nueva era en el derecho constitucional, pues estas normas supremas no sólo reglamentaron la estructura política del Estado, sino que, al mismo tiempo, incluyeron, como parte de su contenido, la materia relativa a los derechos humanos como prerrogativas inherentes a las personas. Vistos así, los derechos humanos comenzaron a funcionar como reales mecanismos de protección de los particulares frente al omnímodo poder del Estado.

A partir de esa concepción, la Constitución se convierte en una norma jurídica, lo que significa que ella se ubica dentro del sistema de fuentes y sirve, por ende, para dar solución a las controversias jurídicas. Se entiende, por tanto, que la Constitución, además de ser norma para el legislador, lo es para las personas, pudiendo ser tomada como regla material para la solución judicial o administrativa de conflictos, sin necesidad de acudir a la norma adjetiva si, como ocurre a veces, ella da solución por sí sola a la litis planteada, si fuere el caso.

Aunque Francia se quedó rezagada en la aplicación práctica de esta concepción, en Estados Unidos la naturaleza normativa de la Constitución se impuso desde muy temprano,

ya que desde la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803, los tribunales de ese país se arrogaron el derecho de controlar, por la vía difusa, la constitucionalidad de los actos del gobierno, dentro de los parámetros determinados por la ley fundamental, concibiéndola como una norma jurídica de aplicación inmediata. Se dio así un gran salto: del estado de derecho legislativo al estado de derecho constitucional.

Entendida así, la Ley Fundamental está llamada a impregnar con su contenido normativo todo el ordenamiento jurídico del Estado-nación, lo que conduce a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, es decir, a la sumisión a la Constitución de todo lo jurídicamente regulado, permeado en su totalidad por el contenido normativo de esta. Ello no sólo significa que la validez de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional esté condicionada a la conformidad de este a la Norma Fundacional del Estado, sino que, además, toda la normativa de carácter adjetivo opera como si se tratase de una aplicación práctica, concreta o específica de la Constitución. Exagerando un poco los términos, es como si la normativa infraconstitucional funcionase respecto de la Ley Fundamental como lo hace el reglamento frente a la ley general que concretiza, especificando los detalles de su aplicación.

Este fenómeno se verifica de manera concreta en el derecho social, con el reconocimiento de los derechos de los trabajadores por una norma de carácter sustantivo, la Constitución mexicana de 1917. Se inaugura así el proceso de constitucionalización de los derechos de los trabajadores. La doctrina considera que esta ha sido la primera norma fundamental de un estado moderno en reconocer derechos económicos y sociales en favor de las personas, adelantándose en mucho a las

grandes declaraciones o convenios relativos a estos derechos. El artículo 123 de esa Constitución contiene –como se sabe– un extensísimo catálogo de derechos de los trabajadores (de incuestionable valor fundamental, por su origen), los cuales van desde el derecho al trabajo hasta el derecho de los trabajadores a la seguridad social (como derecho particular de los asalariados), pasando por derechos básicos (la jornada máxima de trabajo, el salario mínimo y su protección, la igualdad salarial, la higiene, la seguridad y la salud en los centros de trabajo, el derecho sindical, el derecho a la huelga, etc.) y otros que, por no ser básicos (desde la perspectiva clásica), son considerados como verdaderas conquistas laborales, como la participación en las utilidades de la empresa, la capacitación laboral y la asistencia médica para los trabajadores y sus familiares, entre otros.

Cabe destacar, asimismo, la Constitución soviética de 1918. Esta carta fundamental no contiene un catálogo de derechos sociales fundamentales debido a que estaba referida a la República Socialista que nació con la revolución rusa de 1917, la cual descansó, como fines esenciales del Estado, en la «abolición de toda explotación del hombre por su prójimo», el «aniquilamiento total de la división de la sociedad en clases» y la «organización socialista de la sociedad», lo que conduce –como proclama la propia letra de dicha Constitución– a la abolición de la explotación de la fuerza de trabajo ajena y, por consiguiente, a una concepción distinta a la adoptada por el derecho social en los países occidentales. Ello es así si se entiende –de conformidad con lo allí declarado– que los medios de producción son propiedad de la «República obrera

y campesina de los Soviets», lo que explica la adopción de numerosas disposiciones con el «fin de garantizar la plenitud del Poder a favor de las clases trabajadoras».

En este grupo de leyes fundamentales pioneras es necesario mencionar la Constitución de Weimar de 1919, la cual siguió a las constituciones anteriores en el reconocimiento de derechos sociales. Entre estos encontramos algunos derechos básicos de los trabajadores, como la protección del trabajo, la libertad de asociación, las condiciones de trabajo y el derecho a la seguridad social, entre otros.

Esas normas sustantivas marcaron el inicio de la constitucionalización de los derechos sociales fundamentales en los ordenamientos internos de los Estados modernos. Se trata, por lo general, de disposiciones de carácter abierto (propias de las constituciones) que son reguladas por normas adjetivas (leyes, reglamentos, resoluciones, etc.).

A ese amplio catálogo debemos sumar el derecho de la práctica, sobre todo la jurisprudencial, derivado de normas generales (escritas o no) para consignarlas como derechos sociales. Los avances han sido enormes, sobre todo en la práctica de la justicia constitucional, la de los países y la de los órganos de justicia supranacionales.

En el caso específico de la seguridad social, ese proceso se inició en Alemania, en 1881, cuando, ante el temor al auge del socialismo, el emperador alemán Guillermo I alegó y confesó, el 17 de noviembre de ese año, ante el Parlamento de su país: «La curación de los males sociales no ha de buscarse exclusivamente por el camino de la represión de las actividades socialdemócratas, sino simultáneamente por el estímulo

positivo en bien de los trabajadores». Esa idea explica el hecho de que, a partir de entonces, el canciller Otto Bismarck, contraviniendo los postulados del liberalismo y favoreciendo el intervencionismo de Estado, impulsara una profunda reforma social que desembocó en las primeras leyes sobre el seguro social en favor de los trabajadores asalariados: una ley sobre el seguro de enfermedad (de 15 de junio de 1883), una ley sobre los accidentes de trabajo (de 6 de julio de 1884) y una ley de invalidez y vejez (de 22 de junio de 1889). Sobre la base de lo así planteado, y a la luz de la situación que vivía Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, Jean-Jacques Dupeyroux sostiene que el nacimiento del seguro social se debió a causas de orden *económico* (debido al paso del estado agrario al estado industrial, que se precipitó en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX), *ideológico* (en el siglo XIX, Alemania era el hogar de un pensamiento socialista vivo y muy diverso), *político* (ante el empuje del socialismo, que llevó a doce diputados socialistas al parlamento alemán, Bismarck emprendió una tradicional política de represión pero, al mismo tiempo, de reformas sociales destinadas a detener la influencia de los socialistas) y *jurídico* (esta reforma se dio bajo la influencia de algunos precedentes de la legislación de Prusia, donde ya habían sido adoptadas algunas medidas relativas al seguro obligatorio).

En nuestro país, ese paso se dio con la Constitución de 1 de diciembre de 1955, la primera que concibió la seguridad social como un derecho constitucional, aunque fue la Constitución de 1942 la primera norma sustantiva nuestra en emplear el término seguros sociales. Con esas normas sustantivas se inició en nuestro país un proceso que parece

haberse reforzado con el tiempo, el cual es merecedor de estudio, no sólo como proceso histórico, sino, sobre todo, como realidad social y jurídica, a fin de verificar si las disposiciones constitucionales sobre la materia, entendidas como mandatos de optimización, se han materializado o se han quedado en la mera letra de la Constitución, sin concreción real alguna, como negando el proceso mismo, si partimos del criterio de que la verdadera constitucionalización del derecho sólo fue posible –como afirmaba Favoreu– cuando las normas constitucionales «empezaron a explorar los yacimientos de reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o usadas por ellos», y que, además, eso sólo se produce «en los países donde funciona un sistema de justicia constitucional».

En el presente trabajo pretendo hacer un breve estudio de todo ese proceso, partiendo, como puede apreciarse, de la *constitucionalización del derecho y de la seguridad social* (capítulo I), para concluir con el estudio de *la normativa adjetiva dominicana sobre la seguridad social*, a la luz, como telón de fondo, de la primera parte (capítulo II).

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Este capítulo tiene por finalidad el tratamiento de algunos temas concernientes a las premisas que, como cuestión previa, servirán de telón de fondo al tema central de este breve estudio. De ahí que entienda como necesario decir algunas ideas básicas sobre los presupuestos (generales) de la constitucionalización del derecho (sección I) y (específicos) de la constitucionalización de la seguridad social (sección II).



Sección I. Los presupuestos de la constitucionalización del derecho

Esos presupuestos, conforme a lo que aquí me interesa, están referidos al concepto de constitución (§1) y a la supremacía de la Constitución (§2), como una manera de comenzar a construir los pilares ideológicos que sirven de soporte al tema central de este trabajo.

§1. El concepto de constitución

Es necesario responder, ante todo, a una pregunta necesaria: ¿a cuál concepto de constitución me refiero? Aunque parezca repetitivo, me veo en la obligación de reiterar algunas ideas básicas expresadas por mí en otros trabajos sobre este concepto.

Procurar un *concepto estable de constitución* no es una tarea fácil. Ello se debe a la obligación de tener que lidiar no sólo con numerosas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto, sino, además, por las vicisitudes sufridas por el concepto mismo y por la falta de unanimidad de criterios

(aunque podría pensarse que no) sobre aspectos tan trascendentales como la utilidad o la finalidad de la Constitución, formulados a partir del concepto y de su contenido.

Por razones de facilidad (ante una diversidad de criterios poco manejables), parece que la manera más conveniente para abordar el tema sea, en un primer momento, tratar de establecer un concepto aproximado de constitución y, en una segunda parte, hacer un brevísimo análisis de las vicisitudes que históricamente ha enfrentado la Constitución, tanto en lo que tiene que ver con las situaciones de crisis que ha enfrentado, como con su recuperación en el moderno estado constitucional. En ambos casos, parece pertinente hacer algunas observaciones, aunque muy someras, sobre la realidad constitucional dominicana.

Es pertinente advertir que me veo obligado a considerar, únicamente, los enunciados generales del tema, pese a la importancia capital de este para el constitucionalismo moderno. En este sentido, abordaré el concepto de constitución, aunque sólo sea una aproximación de este (A), para luego referirme a lo que he titulado como las vicisitudes de la Constitución (B).

A. Una aproximación al concepto de constitución

García Pelayo sostenía, con razón, que el concepto de constitución es uno de los que presentan mayor cantidad de formulaciones. Afirmaba que ello se debe a razones de carácter subjetivo (por estar referida a la existencia política de los pueblos y ser utilizada como símbolo o instrumento de combate) y de carácter objetivo (por constituir un nexo entre las diversas esferas de la vida de los seres humanos, sirviendo

así para vincular los diferentes sectores de la realidad política, jurídica, etc.). Estas razones provocan que no haya unidad en la formulación de este concepto. «Todo esto explica –afirmaba dicho autor– que la palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución ‘real’, de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Mas [...], el resultado es que a tales contraposiciones se les escapara la constitución como un todo»¹.

Dada esta realidad, quizás la mejor manera de enfrentar el tema sea haciendo un breve recuento del desarrollo histórico del concepto de constitución y luego, al igual que García Pelayo, conceptualizar los tipos más importantes.

1) Desarrollo histórico del concepto de constitución.

Dieter Grimm afirma que en sus inicios, el concepto de constitución fue empírico, pues expresaba la realidad política del Estado, y luego expulsó sus componentes no jurídicos (para limitarse sólo a estos) y, finalmente, en la etapa del constitucionalismo moderno, el concepto está referido a la norma que regula la organización y el ejercicio de la soberanía estatal, pasando de un concepto descriptivo a uno prescriptivo².

1 Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional*, quinta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid (sin fecha de publicación), p. 31.

2 Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 107.

A los fines de precisar el término mismo de *constitución* es importante destacar que, como en esa primera etapa el concepto estuvo determinado por la realidad de los estados, ello tuvo como resultado obvio que el desarrollo histórico del concepto se expresara en diferentes niveles entre los países. Así, por ejemplo, en Estados Unidos y Francia, ya a mediados de la segunda mitad del siglo XVIII se contaba con constituciones modernas (escritas), como resultado tangible de las recientes revoluciones que, de manera respectiva, habían vivido esos países. En Alemania, en cambio, ni siquiera en el plano lingüístico se asignaba el término de *constitución* al empleado por los estadounidenses y los franceses, puesto que allí se denominaba *konstitution* a la ley que promulgaba el emperador, sin tomarse en consideración la importancia o el objeto de esta. En Inglaterra, el término *constitution* estaba referido a las leyes promulgadas formalmente (aunque posteriormente, los Loes y los Comunes cambiaron de forma gradual esta expresión por la de *statute*), confiriendo el de *form of government* al modo de ejercer el poder³. «... En el curso de esta evolución –sostiene Grimm– es posible reconocer en el concepto de constitución algunas particularidades que caracterizan la transformación del lenguaje político desde 1770. El concepto de constitución se sobrecarga en sentido normativo y se ideologiza: tan sólo puede considerarse dotado de *constitución* un ordenamiento que manifieste determinadas cualidades formales o de contenido...»⁴, lo cual significa que desde el punto de vista lingüístico, este concepto tiene un

3 *Ibid.*, pp. 108 y 109.

4 *Ibid.*

significado en sí mismo, como tal, sin necesidad de que esté referido a objeto alguno⁵. De ello se concluye que, en definitiva, sea este un *concepto-fin* –afirma Grimm, de nuevo–, por estar asignado, como instrumento o mecanismo social, a unos determinados propósitos del conglomerado social que rige, de donde ha emanado. De ahí que en su consideración moderna, el concepto de *constitución* esté referido, en su sentido ontológico (y con un específico propósito ideológico) a la norma que persigue un doble propósito: «... liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el ejercicio del poder...»⁶, tal como la concibieron los colonos de Estados Unidos (desde el inicio de las hostilidades independentistas contra la metrópolis, en 1764) y la adoptaron más tarde los franceses (luego de la revolución de 1789), abriendo paso a «... un concepto de constitución jurificado, formalizado y cargado de contenido...»⁷; concepción que se expresó, de manera muy nítida, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que, como una consigna perenne, dispone: «Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución». En esta consigna, como puede apreciarse, se establece el doble contenido esencial de lo que ha de entenderse por constitución, la parte orgánica y la parte dogmática, base, a la vez, del diseño ideológico del Estado moderno.

5 *Ibid.*

6 Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p. 151.

7 Dieter GRIMM, *op. cit.*, pp. 111, 112 y 113.

Esa fue la concepción de constitución adoptada por el constituyente dominicano desde la primera Carta Sustantiva, la de San Cristóbal, de 6 de noviembre de 1844, sólo algunos meses después de la proclamación de la Independencia; instrumento en el que estuvieron claramente presentes los postulados que conforman toda constitución moderna, con una parte orgánica, referida a los tres poderes estatales y sus respectivas competencias de peso y contrapeso, estableciendo una real relación de interdependencia entre estos, y una parte dogmática, concerniente a las prerrogativas inherentes a las personas, por su sola condición de tales, modernamente denominados derechos fundamentales (reales controles de las potestades omnímodas del Estado), de lo que no se apartaron las últimas reformas constitucionales, de 2010 y de 2015.

Cabe destacar, además que, siguiendo una corriente que se inició en América Latina, con la Constitución argentina de 1860, la cual adoptó, a su vez, el espíritu de la IX Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, el constituyente dominicano ha introducido, desde la reforma constitucional de 1924, es decir, desde hace un siglo, la *cláusula de los derechos implícitos*⁸, herramienta que permite ensanchar la parte dogmática del *corpus* constitucional con todos aquellos derechos fundamentales de igual naturaleza a los allí reconocidos. Se

8 Esa *cláusula de los derechos implícitos* fue introducida por el artículo 7 de la Constitución de 1924, el cual disponía: «La enumeración contenida en el artículo 6 no es limitativa, y por tanto no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza». Este contenido se ha mantenido, en su esencia, prácticamente inalterable en casi todas las reformas constitucionales posteriores, como se evidencia en el artículo 74.1 de la última reforma constitucional.

ha conformado así lo que la doctrina ha denominado el *bloque de constitucionalidad*, dando origen, de este modo, a una *constitución material* con un contenido más amplio que el de la *constitución formal*⁹.

2) Los tipos de conceptos de constitución. García Pelayo, pretendiendo presentar una estructura coherente, que toma en consideración las grandes corrientes del siglo XIX, establece varios tipos de conceptos de constitución: el racional normativo, el histórico tradicional y el sociológico.

El *concepto racional normativo* concibe la Constitución como un sistema de normas, «... establecido de una sola vez y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de su competencia y las relaciones entre ellos...»¹⁰ El *concepto histórico tradicional* descansa en la consideración de que la Constitución es «... el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema...», por lo que es la creación de actos parciales, no de un acto único y total; actos que son el reflejo de situaciones concretas y, con frecuencia, de los usos y de la costumbre, por lo que (tomando en consideración que cada pueblo es una individualidad) el ordenamiento constitucional responde «... al espíritu o al

9 Cfr. Domingo GIL, «La teoría de los derechos implícitos», *Anuario 2015 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, 2016, pp. 147-170.

10 GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, p. 34.

carácter nacional, sin que sea posible su extensión a otros países o su recepción por ellos...»¹¹.

El *concepto sociológico* –continúa García Pelayo– se basa en las siguientes afirmaciones: «*a*) la constitución es primordialmente una forma de ser, y no de debe ser; *b*) la constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente [...]; *c*) la constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia ‘legalidad’, rebelde a la pura normativa e imposible de ser domeñada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse del deber ser; *d*) en fin, si en lo que respecta al derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la historia sobre la legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre la vigencia»¹².

Como puede observarse, la clasificación tipológica de García Pelayo no toma en consideración las exigencias de contenido de la Constitución, es decir, los valores y principios que ella contiene (concepto material), ni el aspecto normativo propio del positivismo (concepto formal), los cuales interesan a los fines prácticos, al igual que la clasificación ontológica que de la Constitución hace Loewenstein. Para este, desde el punto de vista ontológico, la Constitución se clasifica en *constitución normativa* (aquella que, de manera real y efectiva, es observada de forma leal por todos los interesados y está integrada en la sociedad estatal), *constitución nominal* (aquella que, a pesar de ser válida desde el punto de vista jurídico, no se

11 *Ibid.*, p. 42.

12 *Ibid.*, pp. 46-47.

adapta al proceso político, careciendo de realidad existencial) y *constitución semántica* (en la que el cuadro constitucional se caracteriza por la ineficacia de la limitación de la concentración del poder, ya que, dentro del cuadro constitucional, el libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad –que dicho autor demoniza como la dinámica social– no funciona por estar congelada en provecho de los detentadores fácticos del poder¹³).

B. Las vicisitudes de la Constitución

A partir de las primeras constituciones de Estados Unidos (1787) y de Francia (1791), las cuales dan paso al constitucionalismo moderno, el estado constitucional comenzó a extenderse por todo el mundo, lo cual, sin embargo, no se produjo sin traumas en la validez real de la Constitución frente a los poderes fácticos (como lo refiere Loewenstein), revelador de una verdadera crisis del instrumento, lo que conduce, en este escenario, a una lucha por el establecimiento de un real estado constitucional.

1) La crisis de la Constitución

La Constitución debe entenderse como un instrumento de limitación del poder estatal, de democratización del ejercicio del poder político y de garantía de los derechos fundamentales. Por eso Zoepfl la define como «... el conjunto de los principios jurídicos válidos en un estado, en lo referente a la forma de dominación y a la forma de gobierno, esto es, a la

13 Karl LOEWENSTEIN, *op. cit.*, pp. 216-219.

organización del poder estatal y a los derechos del pueblo y sus mutuas relaciones...»¹⁴.

Sin embargo, esto no deja de ser una concepción subliminal de la Constitución, pues la realidad revela que:

- a) La Constitución es una expresión de las relaciones de poder (o de la lucha de clases, como dirían Marx y Engels). Ello implica que el contenido normativo de la Constitución estará determinado por la correlación de las fuerzas sociales, lo cual explica que se asigne el mismo término de *constitución* a la Ley Fundamental de la República de Weimar, de 1919, y a la Ley Fundamental del III Reich, estando dominado así el concepto por el punto de vista jurídico-constitucional, meramente formal, de Carl Schmitt.
- b) Esta concepción de la Constitución se ve amenazada, además, por lo que Weiner Kägi llama la decadencia de lo normativo ante la proliferación de los estados de excepción que, en muchos países, se convierten en situaciones normales, privando de fuerza real y efectiva a la Constitución. La realidad demuestra que durante los «estados de excepción», cualesquiera que estos sean¹⁵, los estados se apartan, por lo general, de manera consciente y, por tanto, deliberada, de la concepción ideal del *estado constitucional*. En otros casos, como cuando se produce una ocupación

14 H. ZOEPFL, citado por Dieter GRIMM, *op. cit.*, p. 137.

15 La Constitución dominicana establece que los estados de excepción son: el estado de defensa, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia. Véase al respecto los artículos 262 a 266 constitucionales.

militar (como la sufrida por los dominicanos en 1965), el ordenamiento autónomo constitucional es, en mayor o menor medida, suspendido. Incluso en los autollamados «estados libres» la norma constitucional ha tenido que retroceder cada vez más ante los mandatos imperativos de una (supuesta) razón de estado¹⁶. Como soporte de esta dañina o peligrosa visión de los imperativos del Estado encontramos concepciones como la de Stahl, para quien «... el Estado, como institución ética, es siempre lo primario, y la Constitución lo sobrevenido: por ello, el Estado no puede fundarse únicamente en la Constitución, sino que esta tiene siempre como única función la de afianzar y desarrollar el orden estatal existente»¹⁷.

- c) Una concepción de *preponderancia normativa* de la ley (la soberanía de la ley), propiciadora de un *estado legislativo de derecho*, ha pretendido asignar un papel secundario a la Constitución en tanto que norma, la cual se apoyaba en la doctrina de que la soberanía de la Nación estaba representada por la asamblea legislativa, privando a la Constitución de carácter normativo (concebida como programa político a ser considerado únicamente por el legislador),

16 Werner KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 53.

17 Dieter GRIMM, *op. cit.*, p. 136. A modo de ejemplo del deterioro del estado constitucional, so pretexto del mantenimiento del orden estatal, Jiménez Asensio subraya la situación que se vive en Estados Unidos, luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, «momento a partir del cual se han aprobado una serie de normas (destaca sobremanera la *Patriot Act*) que, en aras de garantizar la seguridad, han reducido ostensiblemente derechos y garantías de determinados ciudadanos» (Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 99).

carácter que sólo reconocía a la ley. «En la soberanía legislativa –afirma Zagrebelsky– está ínsita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad. En este sentido, el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absoluta del Estado y de las concepciones del derecho natural racional ‘objetivo’ que habían sido su trasfondo y justificación. El hecho de que el rey fuese sustituido o apoyado por asambleas parlamentarias cambiaba las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina motriz del Estado. El buen funcionamiento de la segunda coincidía con la fuerza incondicionada de la primera»¹⁸.

2) El estado constitucional

Como apunta con razón Zagrebelsky, «Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria, incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el

18 Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, octava edición, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 25.

restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido»¹⁹.

Ello implica, pues, el establecimiento de un real *estado constitucional*, sobre la base de los siguientes postulados:

- a) La Constitución es la expresión de un ejercicio de poder cada vez más democrático, entendida esta no sólo como control del poder del Estado (como freno al autoritarismo ilimitado) y recipiente de los derechos fundamentales (como finalidad del Estado) sino, además, y en tanto que la expresión de la voluntad del pueblo, ser considerada como la obra de un poder superior. Esto exige «... el reconocimiento del individuo [...] como portador corresponsable [*sic*] y co-decisor [*sic*] del poder estatal, es decir, ‘ciudadano’. Esta idea de la democracia, junto con aquella de la libertad, otorga su impronta al moderno Estado constitucional...»²⁰.
- b) Sobre la consideración anterior, la Constitución es una norma, lo que implica que no sólo cuenta para el legislador sino, además, para todos los operadores jurídicos, de cuyos valores, principios y disposiciones, en general, ha de concebirse la solución de la problemática social. Por eso también importa para todos los habitantes de la Nación.
- c) Para ello debe imponerse la supremacía constitucional como la unificadora de todo el sistema normativo del

19 *Ibid.*, p. 39.

20 Werner KÄGI, p. 97.

Estado. Con esto no sólo se pretende la ordenación de las reglas estatales bajo la égida, el mando, de una norma suprema e inquebrantable, sino, además, que se parta de la consideración de que la Constitución es «... el **fundamento** de todo el orden jurídico estatal...»²¹.

- d) El afianzamiento, sobre la consideración del carácter de norma suprema y perdurable de la Constitución, de toda disposición constitucional que prescriba que la Carta Sustantiva no puede ser modificada por los poderes ordinarios, por lo que su modificación debe verificarse en la forma indicada por ella, y según una mayoría agravada de la Asamblea Revisora. En este postulado descansa el criterio que confiere viso de ilegitimidad a toda modificación que no se realice en la forma indicada por la Constitución, en razón de lo cual está afectada de nulidad toda disposición que resulte de una modificación contraria a lo dispuesto en ese sentido por la Constitución²².
- e) El afianzamiento de los mecanismos de control de la constitucionalidad, como una garantía de protección y preservación de la propia Constitución. En el caso específico del constitucionalismo dominicano, esta protección se concretiza, al menos

21 *Ibid.*, pp. 77 y 78.

22 En el caso específico de República Dominicana, la propia Constitución establece el procedimiento de su propia modificación en los artículos 267 a 272, disponiendo el primero de estos textos que «La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma...».

teóricamente, en tres pilares esenciales: 1) en el doble control de la constitucionalidad: el control difuso, a cargo de los tribunales de la República (en virtud del mandato del artículo 188 constitucional), y el control concentrado, cuya competencia ha sido atribuida a un órgano extrajudicial, el Tribunal Constitucional (según lo dispuesto por el artículo 185.1 de la Carta Sustantiva); 2) la creación de un órgano concebido como guardián de la Constitución, el referido Tribunal Constitucional; y 3) la proscripción o nulidad, por mandato expreso de la Constitución (artículo 73) de todo acto emanado de autoridad usurpada o que altere o subvierta el orden constitucional, lo que debe obligar a todos los poderes u órganos del Estado (lo que incluye al propio Tribunal Constitucional) a sujetar sus actuaciones a la esfera que les reconoce la propia carta sustantiva, a fin de no perder de vista que las atribuciones y competencias de todos los órganos y poderes del Estado vienen dadas por delegación del órgano superior del Estado, el Poder Constituyente, que ha de ser entendido como la expresión jurídico-política de la voluntad del soberano, el pueblo dominicano. Sin embargo, en países como República Dominicana, de una aún incipiente democracia, existe siempre el peligro de que una torcida realidad política pese más que el texto constitucional formal, haciendo de este pura *hoja de papel*, conforme al término acuñado por Ferdinand Lasalle, al referirse a la Constitución que

no se ajusta a la realidad y, por consiguiente, no responde a los factores reales y efectivos de poder²³.

Me surgen dos ideas como conclusión de lo dicho:

En primer lugar, una manifestación del optimismo concluyente de Dieter Grimm, para quien

«Tras la experiencia del naufragio de la democracia de Weimar y de la dictadura nacionalsocialista, la Constitución jurídica fue reconstruida y protegida. Particularmente, la institución de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias ha proporcionado a la Constitución jurídica una importancia en el proceso político insospechada hasta la fecha...»²⁴.

En segundo lugar, frente a ese optimismo, y ante la existencia incuestionable de instrumentos constitucionales meramente nominales o puramente semánticos, como sostenía Loewenstein, es necesario expresar la inquietud que provoca la realidad constitucional dominicana, la cual se manifiesta en el peligro, cierto, que nos acecha a causa de la preeminencia de los poderes fácticos, principalmente el poder político, el que, mediante el control real de los poderes y órganos constitucionales, constituye el principal valladar para el establecimiento en República Dominicana de un verdadero estado de derecho.

Estas consideraciones están referidas a la forma adoptada por la Constitución y a su contenido. En este sentido, podemos

23 Ferdinand LASALLE, ¿Qué es una constitución?, Editorial Panamericana, Bogotá, 1994, p. 35.

24 Dieter GRIMM, *op. cit.*, p. 152.

hablar de *constitución formal* y de *constitución material*, como lo explicaba en otra ocasión, según lo señalado a continuación:

«A esos conceptos es necesario agregar el de *constitución formal*, referido, como su nombre indica, al documento que es proclamado o votado de forma solemne por el órgano especial que determina cada ordenamiento jurídico. Ese concepto comprende un texto (o, excepcionalmente, un conjunto de textos) específico y determinado. Vista así, la constitución formal es una norma concreta, ordinariamente identificada como letra escrita. A esta se ‘opone’ aquella que supera el contenido de ese documento concreto, sea por sumar otros textos no votados formalmente como Constitución, pero con rango constitucional, sea por integrar el contenido que resulta de la labor de interpretación. Es la que denomino *constitución material*»²⁵.

Y agregaba:

«... siguiendo una corriente que se inició en América Latina, con la Constitución argentina de 1860 que, a su vez, adoptó el espíritu de la IX Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, el constituyente dominicano ha introducido, desde la reforma constitucional de 1924, la *cláusula de los derechos implícitos*, la cual permite ensanchar la parte dogmática del *corpus* constitucional con todos aquellos derechos y garantías fundamentales de igual naturaleza a los allí reconocidos. Se ha conformado así lo que la doctrina ha denominado el *bloque de constitucionalidad*. A ello se agrega la labor de interpretación, que suma contenido a la constitución formal. Resulta de ello que la Constitución ya no es sólo la constitución formal proclamada por el constituyente, sino una de un mayor contenido, la *real*, que he denominado la *constitución*

25 Domingo GIL, *La Constitución material*, Tribunal Constitución, Colección Iudex, Santo Domingo, 2023, p. 25.

material, por oposición a la primera²⁶. La existencia de esta última como una realidad jurídica, constitucionalmente válida, que supera la ‘ficción formal’ de la Constitución es lo que denomino constitución material, la cual se construye –creo– mediante la incorporación al texto formal de los textos normativos implícitamente incluidos en el texto formal»²⁷.

Como puede apreciarse, estos conceptos de *constitución* están referidos al contenido de la Ley Fundamental, los cuales difieren del concepto de concepto de *constitución formal* y de *constitución material* que le han dado otros autores²⁸. Esta distinción propia me ha servido –y sirve– para ensanchar el concepto de constitución como parámetro o referente de la constitucionalidad, tomando en consideración que la norma constitucional no se agota en lo que se dice que ella es en la

26 Cfr. Domingo GIL, «La teoría de los derechos implícitos», *Anuario 2015* del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2016, pp. 147-170.

27 Domingo GIL, *La Constitución Material*, *op. cit.*, pp. 26-27.

28 Entre esos autores cabe citar a Pérez Royo, para quien la distinción entre *constitución formal* y *constitución material* está referida a la oposición entre *el ser de lo formal* y *el deber ser de lo material*, la tensión entre la norma y la realidad que –según dicho autor– termina imponiendo lo que ha sido denominado como la “«fuerza normativa de lo fáctico» (Javier PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid y Barcelona, 2005, pp. 101-103). En sentido distinto, Ignacio de Otto afirma: “«La expresión ‘Constitución en sentido formal’ alude a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos [*sic*] a especiales requisitos. La expresión ‘Constitución en sentido material’ alude, en cambio, al conjunto de normas cuyo *objeto* es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras. Las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del estado, no en el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto...». (Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, segunda edición, sexta reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 17).

forma, sino en un contenido que va más allá, constituido por la norma formal y todas aquellas que se le suman, sea por referencia explícita o implícita del constituyente, sea por la labor del intérprete, conforme a la *validez sustancial*²⁹ de la norma, conformando así un *corpus constitucional* más amplio que el cuerpo formal de origen.

§2. La Constitución: norma suprema

El tratamiento adecuado de la constitucionalización del derecho pasa, además, por el tratamiento breve, pero necesario, de dos temas que, como presupuestos necesarios, le sirven de telón de telón: la Constitución como norma (A) y la supremacía de la Constitución (B).

A. La Constitución como norma

Respecto del primero, es pertinente señalar que la Constitución tiene un carácter político, en tanto que estatuto fundacional y fundamental del Estado. Esa es su esencia. Pero la Constitución es también derecho, es decir, una norma jurídica, pues «es hoy un documento jurídico con un contenido preciso y con unos efectos determinados sobre los ciudadanos y sobre los jueces»³⁰.

29 Sobre el concepto de *validez sustancial de la norma*, antepuesto al de *validez formal*, vide el prólogo de Norberto Bobbio en Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, segunda reimpresión de la décima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 17.

30 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera reimpresión de la tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pp. 30-31.

Como ya he dicho, con la Constitución estadounidense de 1787 y la francesa de 1791 se produjo el advenimiento de una nueva era en el derecho constitucional, pues estas normas supremas no sólo reglamentaron la estructura política del Estado, sino que, al mismo tiempo, incluyeron, como parte de su contenido, la materia relativa a los derechos humanos, entendidos como prerrogativas inherentes a las personas³¹. Vistos así, los derechos humanos –«uno de los más grandes inventos de nuestra civilización», como los llamó Carlos Santiago Nino³²–, comenzaron a funcionar como instrumentos jurídicos de protección de los particulares frente al omnímodo poder del Estado. En este sentido, ha tenido una trascendental importancia la divisa –establecida a modo de consigna– del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, según la cual «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución».

A partir de esa concepción, la Constitución se convierte en una norma jurídica, lo que significa que ella se ubica dentro del sistema de fuentes y sirve, por ende, para dar solución

31 Domingo GIL, «La Constitución como norma», en Eduardo ORTEGA (coord.) *Curso de garantías constitucionales*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2000, p. 39.

32 Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, segunda edición, primera impresión, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 1. Nino aclara, con pertinencia, respecto de lo dicho: «... la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social. Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza la vida humana» (*ibid.*).

a las controversias jurídicas³³. Se entiende, por tanto, que la Constitución, además de ser norma para el legislador, lo es para las personas, pudiendo ser tomada como regla material para la solución judicial o administrativa de conflictos, sin necesidad de acudir a la norma adjetiva si, como ocurre a veces, ella da solución por sí sola a la litis planteada, si fuere el caso. Aunque Francia se quedó rezagada en la aplicación práctica de esta concepción³⁴, en Estados Unidos, la naturaleza normativa de la Constitución se impuso desde muy temprano, pues «... desde tiempo próximo a la entrada en vigencia de la Constitución (1803), los tribunales norteamericanos se reconocieron el derecho a controlar la constitucionalidad de

33 Esas controversias jurídicas no son sólo propias del derecho público. Ya interesan a los conflictos entre particulares, pues los derechos fundamentales son reclamados mediante acciones dirigidas contra el Estado o contra los particulares. *Cfr.* caso Lüth, dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958, en el que dicho tribunal aplicó por primera vez este criterio, aunque, en ese entonces, de manera limitada.

34 En Francia, ese retraso se debió –sostiene García de Enterría– a la influencia de Maurice Duverger en los programas de estudio de las facultades de derecho (*vide* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 27). Ignacio De Otto afirma que, por razones políticas muy poderosas, en Europa no se afianzó, en esos inicios, la idea de que la Constitución era una norma jurídica, cuya violación era, por tanto, una *infracción antijurídica*. De así que, sobre la situación constitucional de la Europa de ese entonces, diga, además: «... La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por la vía interna –por decirlo así– al aparato de poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley» (Ignacio DE OTTO, *op. cit.*, p. 13).

los actos del gobierno, dentro de los parámetros determinados por la ley fundamental, desde entonces es una norma jurídica de aplicación inmediata»³⁵.

Es necesario resaltar, en defensa de la justicia constitucional francesa, que –según afirma el propio García de Enterría– la Constitución recuperó lo que este autor ha llamado el *efectivo carácter de norma jurídica* gracia a la reforma constitucional francesa de 1974 y a la labor del *Conseil Constitutionnel*, la cual se expresó –según Louis Favoreu– en la «juridización» del derecho constitucional, pues «... ya no estamos ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho. Estamos ante el ‘*Derecho de la Constitución*’, una Constitución cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional...»³⁶. Y, por tanto, «El objeto del Derecho Constitucional se extiende y se retorna así a las fuentes: ya no es sólo un Derecho ‘institucional’; es también un Derecho ‘relacional’ que, como en los orígenes, incluye las libertades y derechos fundamentales, como es el caso de otros países, tales como Estados Unidos y Alemania Federal»³⁷.

Esto es lo que explica que «Los sistemas de fuentes están hoy prevalentemente condicionados y gobernados por la Constitución, que afecta su estructura no sólo si la comparamos con el Estado decimonónico, sino también en las familias

35 Juan Manuel PELLERANO GÓMEZ, «La Constitución como norma jurídica», *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, núm. 9, enero-febrero de 1992, Santiago, p. 4.

36 Louis FAVOREU, «L’apport du Conseil Constitutionnel au Droit Public», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibid.*, p. 31.

37 *Ibid.*

y formas de Estado no occidentales y/o no liberal-democráticos (con fuertes bases consuetudinarias, jurisdiccionales/doctrinales, teocráticas...»³⁸.

Así concebida, la ley fundamental está llamada a impregnar con su contenido normativo todo el ordenamiento jurídico del Estado-nación, lo que conduce a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, es decir, a la sumisión a la Constitución de todo lo jurídicamente regulado, permeado en su totalidad por el contenido normativo de esta. Ello no sólo significa que la validez de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional está condicionada a la conformidad de este a la norma fundacional del Estado, sino que, por igual, toda la normativa de carácter adjetivo opera como si se tratase de una aplicación práctica, concreta o específica de la Constitución. Exagerando un poco los términos, es como si la normativa infraconstitucional funcionase respecto de la Ley Fundamental como lo hace el reglamento frente a la ley adjetiva que concretiza, especificando los detalles de su aplicación.

Entendida de este modo, podría decirse que la constitucionalización del derecho es un fenómeno relativamente reciente, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos que vivieron de espaldas a la Constitución, considerada como una norma de aplicación directa en las relaciones sociales cotidianas. Sin embargo, ello no es así si la concebimos como fuente que irradia todas las ramas del derecho, conforme a lo dicho al inicio.

38 Lucio PEGORARO, «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, número 1, diciembre de 2018, p. 29.

B. La supremacía de la Constitución

La Constitución es el estatuto fundamental y fundacional del Estado y, por consiguiente, constituye la base del específico ordenamiento jurídico que la voluntad del constituyente ha querido establecer, del tipo de estado que ha pretendido crear, conforme al diseño específico que ha pretendido establecer. Siendo así, es obvio que ella sea, además, la norma suprema del Estado y que, en tanto que tal, a ella deba subordinarse todo el restante ordenamiento jurídico. Quizá había necesidad de un reconocimiento expreso, no tácito, de esa supremacía. Ello se dio con la paradigmática sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en la que la Corte Suprema de Estados Unidos no sólo afianzó la idea de la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas, sino, además, ante ese valor, la preeminencia de esa norma sobre los poderes definidos y limitados del legislativo, razón de la existencia de un documento constitucional escrito.

Conforme a ello, el constitucionalismo dominicano está dominado, desde sus inicios formales, por el criterio de la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas. Esto explica la inclusión del artículo 125 en la primera Constitución nuestra, la de 1844. Ese texto disponía: «Ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes», lo que revela la subordinación de las demás normas jurídicas a la Constitución y la consiguiente y obligada sujeción del Poder Ejecutivo a la Carta Sustantiva, ya que estaba conminado a sujetar su acción a dicho estatuto, no pudiendo dictar normas contrarias a

este. Ello justifica, asimismo, el control que han de ejercer los órganos jurisdiccionales sobre todos los poderes y órganos del Estado. Recordemos que en la célebre sentencia Antonio Cruz *contra* Televantillas, la Suprema Corte de Justicia indicó con firmeza: «... en el estado actual de nuestra legislación, y por ende, de nuestro Derecho, la disposición del artículo 46 de la Constitución de la República³⁹, lo que manda en cuanto al orden judicial, es que todo Tribunal o Corte, ante la presencia de una ley, resolución, reglamento o actos contrarios a la Constitución surgido con motivo de un proceso, en cualquiera de las materias de su competencia, **puede y debe pronunciar su nulidad** aunque no la hayan promovido las partes envueltas en el mismo, esto es, de oficio, sin el cumplimiento de ninguna formalidad, de cualquier naturaleza que sea; [...] al proceder de este modo los jueces no están invadiendo atribuciones de otros organismos, ni violando los principios fundamentales de la separación de los poderes, sino dando cabal cumplimiento a las facultades que se le [*sic*] otorga para examinar y ponderar no sólo la regularidad de las leyes, sino también sus alcances y propósitos»⁴⁰. Esa facultad de los órganos jurisdiccionales

39 El artículo 46 de la Constitución de entonces, la de 1966, guardó una redacción cercana a la del artículo 125 de la primera ley fundamental nuestra. Ese artículo 46 prescribía: «Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución», aunque en aquella norma el mandato a los jueces era expresa, lo que se explica por el carácter incipiente de nuestra constitucionalidad, además de revelar la influencia del constitucionalismo estadounidense en nuestro derecho constitucional,

40 Suprema Corte de Justicia, sentencia núm. 38, Boletín Judicial núm. 877, p. 3976 (las negritas son mías). De esa decisión debe criticarse, no obstante, que la Suprema Corte de Justicia conminase a los tribunales del orden judicial a pronunciar la nulidad de la norma que fuese contraria a la Constitución, atribución que, conforme al limitado alcance del control difuso y ante la inexistencia de un órgano que tuviese la

ordinarios –de pronunciar de oficio la inconstitucionalidad de las normas jurídicas contrarias a la Constitución– fue, asimismo, reconocida bien temprano por el Tribunal Constitucional⁴¹; control que también ha sumado recientemente este órgano constitucional al control concentrado que le atribuye el artículo 185 constitucional⁴².

facultad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, no era cierta ni posible. Téngase presente, en este sentido, que la Comisión General de la Asamblea Revisora de la Constitución de 1942, consciente de lo que indicamos, recomendó al respecto que dicha reforma constitucional estuviese precedida por una declaración de principios en la que se hiciese constar que: «1) No existe ningún recurso encaminado a declarar, de una manera general, que una ley, un decreto, una resolución, un reglamento o una disposición cualquiera de la autoridad, es contraria a la Constitución; 2) El examen de la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y actos de cualquier naturaleza puede promoverse como simple alegato en toda controversia entre partes, en cualquier estado de causa, o hacerse de oficio por el juez apoderado del litigio, en razón de que ese examen es necesario para que el juez pueda decidir la contestación conforme al derecho y en ejecución expresa del artículo 40 de la Constitución del Estado» (*vide* exposición de motivos de la Comisión General de la Asamblea Revisora de la Constitución de 1940, en Adriano Miguel TEJADA, «La inconstitucionalidad de las leyes por vicio de forma», *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Madre y Maestra, núm. 1, septiembre de 1984, pp. 3-7. En esa exposición, la referida comisión señalaba que ello era así ante la inexistencia en el país de un **Tribunal de Garantías Constitucionales**, «un organismo en cierto sentido superior a los demás poderes del Estado, ya que en él quedaría depositada la extraordinaria facultad de dictar a todos los demás poderes la significación real de los preceptos constitucionales». Ese órgano y ese poder fueron restituidos con la reforma constitucional de 1994, texto que atribuyó, mediante el artículo 67.1 constitucional, a la Suprema Corte de Justicia el control concentrado de la constitucionalidad, el cual fue traspasado al Tribunal Constitucional con la Constitución de 2010, según el 185 de ese texto constitucional.

41 Véase, en este sentido, la sentencia TC/0058/13, de 26 de abril de 2016.

42 Véase la sentencia TC/0889/23, de 27 de diciembre de 2023. Esta decisión cambió el precedente establecido por la sentencia TC/0177/14, de 13 de agosto de 2014, en la que el Tribunal Constitucional se negó a responder una acción de inconstitucionalidad (lo que me parece increíble), so pretexto de que si lo hacía «... estaría ejerciendo un control difuso de constitucionalidad, el cual está reservado para los jueces del

Cuando se asume el criterio de que la Constitución es una norma, este documento recupera o adopta su definitiva efectividad de norma jurídica dentro del sistema de fuentes, en el que, por necesidad, la Constitución se coloca –al menos frente a las demás normas del derecho interno– en la cúspide jerárquica como la *norma suprema*⁴³.

Poder Judicial, de conformidad con el artículo 51 de la Ley núm.137-11». El máximo intérprete de la Constitución contrarió así el mandato del artículo 184 constitucional, la lógica y su propia Ley orgánica, la 137-11, pues se negó a decidir respecto de un aspecto que atañe a su responsabilidad esencial, que no es otra que garantizar la supremacía de la Constitución, lo que significa que nada de lo constitucional es o puede ser ajeno a su competencia. Por suerte ese funesto criterio fue superado recientemente, aunque más de nueve años después, mediante la mencionada sentencia TC/0889/23, en la que el Tribunal juzgó que «... todos los tribunales de la República, incluyendo el Tribunal Constitucional, tienen competencia para conocer de las excepciones de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas aplicables a los casos que en ellos se ventilan. De manera que el constituyente dominicano ha optado por un sistema de control de constitucionalidad dual, al incluir en la ley fundamental *el control concentrado ante el Tribunal Constitucional* (Artículo 185.1 de la Constitución), en virtud del cual sus decisiones tienen efectos *erga omnes*, de una parte; y de otra parte, *el control difuso ante los tribunales de la República*, incluyendo no solo a los tribunales del Poder Judicial, sino también al Tribunal Superior Electoral y al Tribunal Constitucional (Artículo 188 de la carta sustantiva), cuyos fallos en este caso tienen efectos *inter partes*. Expresado de otro modo, cuando el Tribunal Constitucional detecta un conflicto entre una norma y la Constitución, en el marco del control concentrado, opera la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, cuya sanción es su expulsión del ordenamiento jurídico. Si este conflicto entre norma y Constitución se identifica al momento de ejercerse el control difuso, el Tribunal emite un pronunciamiento de inconstitucionalidad que tiene como consecuencia la inaplicabilidad de la norma impugnada en el caso objeto de análisis...».

- 43 Recordemos, en este sentido, que Louis Favoreu sostenía que con el fenómeno que se produjo en Francia a partir de la reforma constitucional de 1974 y de la obra del *Conseil Constitutionnel* francés, el derecho constitucional pasó de ser *institucional* a ser un *derecho relacional*. Agregaba que con esto el «... Derecho Constitucional vuelve a ser la base de los otros Derechos, con los que a mantener de más en más una relación de jerarquía, poco evidente antes, y que va a llevar a la reunificación del Derecho Público...». (Louis FAVOREU, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 32).

Dejo constancia de que la Suprema Corte de Justicia (cuando ejercía el control de constitucionalidad, al amparo del artículo 67.1 de la Constitución de 1994, reformada en 2002) precisó lo siguiente: «Considerando, que conviene precisar, antes del análisis de la incidencia de las convenciones mencionadas sobre la ley cuestionada⁴⁴, cuya superioridad se aduce frente al derecho interno por ser aquellas normas del Derecho Internacional; que el Derecho Interno, por oposición al primero, es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización interna del Estado, lo que obvia y necesariamente incluye la Constitución del Estado de que se trate, por lo que resulta impropio afirmar que la convención prevalece sobre todo el derecho interno de la Nación dominicana, en razón de que ninguna norma nacional o internacional puede predominar por encima de la Constitución, que es parte, la principal, de nuestro Derecho Interno, lo que es hoy reconocido por nuestro derecho positivo al consagrar el artículo 1 de la Ley No. 76-02 (Código Procesal Penal), al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que estos ‘prevalecen siempre sobre la ley’, de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado en denominar bloque de

44 Se refería a la Ley Sectorial de Áreas Protegidas, la núm. 202-04, de 30 de julio de 2004.

constitucionalidad, que reconoce igual rango a las normas que lo componen, no menos cierto es que frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, esta debe prevalecer...»⁴⁵.

Sección II. La constitucionalización del derecho a la seguridad social

La *constitucionalización del derecho la seguridad social* está referida, ello parece obvio, al reconocimiento a nivel constitucional de este derecho, no sólo por la Constitución, sino, además, por las normas (parte de ellas) que integran el llamado *bloque de constitucionalidad*, así como por la jurisprudencia constitucional. El tratamiento del tema, aun sea de manera breve, me obliga a abordar el asunto de modo general (§1), para luego tratarlo en el caso a partir del ordenamiento jurídico dominicano (§2).

§1. La seguridad social como derecho fundamental

Estoy obligado a dar un vistazo a los postulados en que descansa la seguridad social (A), antes de tratar propiamente

45 Pleno de la Suprema Corte de Justicia, 9 de febrero de 2002, sentencia núm. 4, Boletín Judicial 1131, p. 41. Es cuestionable, sin embargo, que en esa decisión el Pleno de la Suprema Corte de Justicia haya afirmado, además, que «para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional, no es suficiente que ella contradiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte el Estado dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución misma, salvo el caso que se trate de una disposición sobre derechos humanos comprendida dentro del bloque de constitucionalidad», pues ello cuestionaba el artículo 3 de la Constitución vigente en ese entonces (de 25 de julio de 2002), artículo 26.1, parcialmente, de la actual Constitución.

el tema relativo al «proceso de constitucionalización de la protección social» (B).

A. Los postulados básicos de la seguridad social

Una primera cuestión que debemos plantearnos en esta parte es la relativa al concepto mismo del instituto objeto de este breve estudio: ¿qué debemos entender por seguridad social? Aunque el término *seguridad social* responde hoy a una noción técnicamente clara, no siempre fue así. Algunos autores mencionan, a modo de ejemplo, el concepto a que se refirió Simón Bolívar, en el discurso de apertura del Congreso de Angostura, el 25 de febrero de 1819, en el que afirmó: «El sistema de Gobierno más perfecto es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política»⁴⁶. Parece claro que la noción dada por Bolívar a esta noción es claramente política o está referida a las medidas de política social del gobierno de una nación o Estado. Sin embargo, en otras situaciones, el concepto de *seguridad social* parece confundirse con otros que le son vecinos, como los de *asistencia social*, *beneficencia pública* o *beneficencia social*. De ahí que (para deslindar los campos) sea necesario precisar que la *seguridad social* descansa –en el sentido técnico del concepto– en tres presupuestos esenciales (conexos e inescindibles): a) el tipo de contingencia que cubre este instituto, cuyo número dependerá de la cobertura del

46 Vide Orestes HERRERA BORNIA, *Seguridad Social en la República Dominicana*, Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, República Dominicana, 1979, p. 12; y José Luis MONEREO PÉREZ *et al.*, *Manual de seguridad social*, decimoséptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2021, p. 30.

sistema social de que se trate, tomando en consideración la particularidad de cada país y su desarrollo económico, el tipo de gobierno y, por tanto, el compromiso con la gente, pues, en definitiva, no puede perderse de vista que el derecho a la seguridad social es, por su carácter eminentemente social y económico, un derecho de configuración legal, el cual, como tal, tendrá la cobertura que la norma le reconozca, conforme a esos y otros factores menores; b) el carácter social (en el sentido de comunitario) de las medidas a tomar; y c) el carácter de orden público y obligatorio de las medidas de protección que le conciernen. Por tanto, la *constitucionalización de la seguridad social* está referida al conjunto de medidas de orden público y, por tanto, de carácter obligatorio, que protegen a la población de determinadas contingencias o riesgos, individuales o colectivos, referidos, de manera general, a la maternidad, la enfermedad, los accidentes de trabajo, el desempleo, la invalidez, la vejez, la muerte y otros de naturaleza similar o afín.

La segunda cuestión está referida a los planteamientos generales que están en la base del llamado *estado social*. El asunto se presenta como indico a continuación.

Por evidentes razones políticas –las cuales dieron origen a las leyes de Bismarck sobre el seguro social–, el rol tradicional del Estado se reveló como insuficiente ante la aparición de requerimientos (derechos) relativos a necesidades vitales de los individuos. Surgieron así los derechos económicos y sociales. Ese nuevo rol del Estado se ha incrementado con la difusión de los modernos derechos culturales, colectivos y difusos. A partir de entonces, se exige que el Estado asuma un rol activo y deje a un lado o minimice el papel pasivo propio del estado

liberal, es decir, el abandono de la divisa del *laissez faire, laissez passer* y, por consiguiente, asuma el papel del estado interventor, el cual, en realidad, ya se había parcialmente iniciado con las primeras leyes en materia de seguridad social en la Alemania de Bismarck, a partir de 1883, disposiciones que tuvieron por propósito frenar el auge o crecimiento del socialismo alemán de la segunda mitad del siglo XIX, como señalé en la introducción de este breve estudio.

Esto se produjo mediante tres leyes que protegían a los trabajadores asalariados contra riesgos sociales específicos: la primera, de 1883, sobre el seguro de enfermedad; la segunda, de 1884, sobre los accidentes de trabajo; y la última, de 1889, sobre invalidez y vejez; leyes mediante las cuales se destronó la concepción liberal del Estado, por la intervencionista, aun fuese de manera temporal, ante el temor, entre otras causas, que provocó en el gobierno del canciller Bismarck el empuje del socialismo en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Jean-Jacques Dupeyroux⁴⁷ sostiene —como ya vimos— que ese concreto nacimiento del seguro social (en Alemania) se debió a causas de orden *económico* (debido al paso del Estado agrario al Estado industrial, que se precipitó en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX), *ideológico* (Alemania era, para esa época, la segunda mitad del siglo XIX, el hogar de un pensamiento socialista vivo y muy diverso), *político* (ante el empuje socialista, que llevó doce diputados al parlamento alemán, Bismarck emprendió su tradicional política de represión, pero, al mismo tiempo, de reformas sociales destinadas a

47 Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, décima primera edición, Dalloz, París, 1988, pp. 39 y 40.

detener la influencias de los socialistas) y *jurídico* (esta reforma se dio bajo la influencia de algunos precedentes de la legislación de Prusia, donde ya habían adoptadas algunas medidas relativas al seguro obligatorio). Al respecto, Dupeyroux afirma: «Bismarck desarrolló sus proyectos de reforma en un muy célebre mensaje dirigido al Reichstag, el 17 de noviembre de 1881, fecha fundamental en la medida en que aparece una nueva concepción –revolucionaria para la época– del Estado...». Luego, agrega, en una nota: «Bismarck retomó así las tesis de una escuela económica llamada *Escuela del socialismo de Estado*»⁴⁸.

Este nuevo rol del Estado no debe ser entendido como una mera concesión graciosa, sino como una especie de *estado conquistado*, fruto de la consustancial lucha de intereses que se origina y desarrolla en las sociedades divididas en clases, como los estados capitalistas de occidente. (Esas leyes sociales alemanas son un ejemplo concreto de esa realidad).

El reconocimiento de estos «*nuevos derechos*», en torno a la solución de necesidades materiales primarias del ser humano o a la satisfacción del *mínimo vital*, plantea en la doctrina jurídica un interesante debate en torno a ese rol del Estado. La controversia se presentó cuando Carl Schmitt, en la interpretación que hizo de la Constitución de Weimar, trazó una separación tajante entre la Constitución como forma jurídica del Estado y el funcionamiento político del poder. Con ello pretendía vaciar de contenido la pretendida

48 *Ibid.*, p. 40.

dimensión social del estado de derecho proclamado por dicha Constitución⁴⁹. En el desarrollo de esta tesis, Ernst Forsthoff, uno de los discípulos destacados de Schmitt, señala que «... en su evolución histórica, el elemento definitorio del Estado de Derecho aparece ligado a la Constitución, mientras que la función social del Estado es algo que se vincula a las tareas propias de la Administración. Por ello, el Estado de Derecho y el Estado social no son una misma cosa y es imposible concebir un ‘Estado social de Derecho’; ya que ello implicaría conciliar dos ideas antitéticas: la una (Estado de Derecho) tendente a garantizar, a través de cauces formales, la libertad de los ciudadanos ante la ingerencia [*sic*] del Estado mediante la separación de poderes, el principio de legalidad y la independencia judicial, y todo ello a fin de salvaguardar el *statu quo* económico-social; la otra (Estado social) se presenta como un programa de *Wechsel der Ambiance*, de una transformación económico-social encaminada a la protección de las clases menos favorecidas a través de una política tendente a una redistribución equitativa de la riqueza...»⁵⁰. Contrario a este criterio, se ha sostenido que «... el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho ha supuesto una radical mutación en su propia significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho, o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y

49 Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, novena edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 231.

50 Ernst FORSTHOFF, citado por PÉREZ LUÑO, *ibid.*

contenido institucional del Estado de Derecho...»⁵¹. Se trata, pues, de una concepción más avanzada del rol del Estado en el estado de derecho, procurando «... una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social»⁵². Sin renunciar a las garantías jurídicas del estado de derecho, el estado social de derecho ha supuesto, además, la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el estado liberal de derecho, lo que ha exigido profundos cambios en las técnicas operativas. Lo que se exige a la Administración es trascender los postulados formales del estado liberal en procura de las garantías materiales que determinan la existencia misma de los individuos, situándose en la esfera de los derechos fundamentales, más que en meros requerimientos de política asistencial.

El siguiente paso hacia el *estado democrático de derecho* se da con la asignación de una mayor participación y representación de la soberanía popular en las decisiones del Estado. Pérez Royo, en una opinión de extremo optimismo, señala que este nuevo paso es el correspondiente a la fase en que «... el Estado de Derecho pasa a ser el de la legitimación democrática del poder del Estado, es decir, el de la reconducción de la voluntad del Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad»⁵³. Y agrega: «Estado de Derecho y Estado Democrático se

51 O. BACHOF, E. FECHNER y C. F. MENGER, citados por PÉREZ LUÑO, *ibid*, p. 232.

52 *Ibid*.

53 Javier PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005, p. 190.

convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho, independientemente de que se mantengan algunos de los elementos del Estado de Derecho característico de los momentos anteriores»⁵⁴.

Puede afirmarse, por consiguiente, que los dos componentes básicos que caracterizan el moderno Estado de derecho son, además de los elementos básicos de origen, la asignación de una mayor participación y representación de la soberanía popular, por una parte, y, por la otra, el reconocimiento expreso de los principios constitucionales esenciales (la dignidad humana, la libertad y la igualdad) y una serie de derechos o prerrogativas, calificados como fundamentales⁵⁵, inherentes a todos los individuos.

Así lo reconocen las constituciones modernas, con el aval de la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional, lo cual ha conducido a la proclamación formal del estado social y democrático de derecho, que, en la concreta realidad jurídica de hoy, se expresa en lo que la doctrina denomina (sin contradecir ya el término) el *moderno estado constitucional de derecho*.

B. Hacia la seguridad social como derecho fundamental

Conforme a lo que vengo de indicar, la tercera cuestión concierne a la política constitucional de los estados en materia de seguridad social. Me refiero a la llamada *constitucionalización*

54 *Ibid.*

55 *Cfr.* Robert ALEXY, *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático* (traducción de Alfonso García Figueroa), en Miguel CARBONELL (dir.), *Neoconstitucionalismo*, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 31-47.

de la seguridad social. Este no es un fenómeno jurídico reciente, como piensan algunos. Nace, en realidad, con la Constitución mexicana de 1917, la llamada Constitución de Querétaro, de 5 de febrero de 1917, hace ya un siglo. Ese documento político-jurídico dedicó un extensísimo artículo (el 123) a las disposiciones sobre el trabajo y la previsión social, incluidas en su título sexto. Esa ley fundamental mexicana fue la primera norma constitucional que estableció prestaciones sociales de maternidad. Su acápite V prescribe: «Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato, en el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos». También creó una responsabilidad objetiva a cargo de los empresarios en caso de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales de sus trabajadores, aunque refirió a la ley adjetiva la regulación de la responsabilidad así creada. El apartado XIV de ese artículo 123 disponía: «Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario». También contenía algunas disposiciones en materia habitacional,

de bolsas de trabajo, cajas de seguros, invalidez, vida y cesantía en el trabajo. Sobre esto se ha dicho: «El artículo 123, más que una declaración de principios o una enunciación de garantías fundamentales del trabajo, constituye una síntesis de la base de la legislación laboral, elaborada mediante normas con carácter sustantivo y que tienen posibilidades de aplicación inmediata por los órganos administrativos y judiciales y, muy especialmente, por la jurisdicción constitucional...»⁵⁶.

De esta manera, los revolucionarios mexicanos llevaron a la Constitución la protección social que los alemanes sólo hicieron dos años más tarde, en la Constitución de Weimar, de 1919, pese a que fueron estos últimos los primeros en regular la seguridad social, entendida como un sistema legal de orden público de protección contra ciertas contingencias o riesgos sociales, como se verá. Esa Constitución de Weimar, aunque no tuvo disposiciones con el alcance preciso de la mexicana de 2017, sí contenía dos importantes textos relativos a la seguridad social, los artículos 161 y 162, incluidos en la sección V de la segunda parte de ese texto constitucional, dedicada a los derechos y deberes fundamentales de los alemanes. El primero de estos establecía: «Para atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida, el Imperio creará un amplio sistema de seguros, con el concurso efectivo de los interesados». El siguiente artículo prescribía: «El Imperio

56 Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Derecho constitucional del trabajo*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Centro de Estudios Constitucionales, Santo domingo, 2023, p. 29.

luchará por obtener una reglamentación internacional de las relaciones jurídicas de los trabajadores, con objeto de asegurar a toda la clase obrera de la humanidad, un *mínimum* general de derechos sociales». Como puede apreciarse, esos dos textos establecían el marco constitucional apropiado para la regulación adjetiva en materia previsional, ajustado a la ruta trazada por las leyes que, ya de manera específica, se habían dado con las disposiciones en materia de seguros sociales a partir de 1883, como se ha visto.

En el caso de la Constitución Soviética de 1918 (anterior, por tanto, a la Carta Fundamental de Weimar), la situación se plantea de manera distinta, ya que los revolucionarios rusos se propusieron la construcción de un estado de los trabajadores, propietario, por tanto, de los medios de producción, de bases distintas, por consiguiente, a la sociedad capitalista de ahora y de entonces. Ello explica que esa Carta Fundamental no contenga un catálogo de derechos fundamentales de los trabajadores debido a que estaba referida a la república socialista que nació con la revolución rusa de 1917, la cual descansó, como fines esenciales del Estado, conforme a lo por ella proclamado, en la «abolición de toda explotación del hombre por su prójimo», el «aniquilamiento total de la división de la sociedad en clases» y la «organización socialista de la sociedad». Lo así declarado conducía –según la propia letra de dicha Constitución– a la abolición de la explotación de la fuerza de trabajo ajena y, por consiguiente, a una concepción distinta a la adoptada por el derecho social en los países occidentales. Ello es así si se entiende –de conformidad con lo dicho– que los medios de producción son propiedad de la «República obrera y campesina de los Soviets», lo que explica la adopción

de numerosas disposiciones con el «fin de garantizar la plenitud del Poder a favor de las clases trabajadoras».

Un paso importante se dio con el reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho humano por la comunidad jurídica internacional. Un primer paso, aunque tímido, se dio con el Tratado de Versalles, de 1919, cuyo artículo 25 prescribía: «Los miembros de la sociedad se comprometen a fomentar y favorecer el establecimiento y la cooperación de las organizaciones voluntarias nacionales de la Cruz Roja, debidamente autorizadas, que tuvieran por objeto la mejora de la salud, la defensa preventiva contra las enfermedades y mitigar los sufrimientos del mundo». A ese tratado le siguieron, ya con menciones expresas sobre la seguridad social: la Declaración de Chile, de 1942; la Declaración de Filadelfia, de 1944; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵⁷, de 1948; y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁸, de 1948.

57 El artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre dispone en su artículo XVI, sobre el derecho a la seguridad social: «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

58 La declaración Universal de Derechos Humanos no menciona de manera expresa el derecho a la seguridad social, pero su artículo 25 sí se refiere al contenido, en parte, de este derecho, cuando prescribe: «1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

El paso más trascendente, gigante, se dio cuando el derecho a la seguridad social se incluyó en convenios y tratados internacionales, no ya en meros documentos declarativos. La mayor importancia de este hecho reside –además de la positivización de ese derecho y su reconocimiento como un derecho fundamental– en el carácter vinculante de esos instrumentos jurídicos y su vínculo con el derecho interno, aun cuando se trate de un derecho prestacional y de configuración legal, el cual ha de ser ejercido, por consiguiente, por los canales establecidos por la norma adjetiva. En este sentido cabe mencionar el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce, de manera genérica, que los Estados Partes en el tratado «reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

Los instrumentos más relevantes y trascendentes en la materia son los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Estos son el convenio 102, sobre seguridad social (norma mínima), de 1952, y el convenio 128, de 1967, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia.

1) El convenio 102 de la OIT

Este convenio establece prestaciones mínimas en materia de seguridad social, las cuales cito a continuación (sin entrar en detalles sobre el alcance de su aplicación), según los artículos señalados en cada caso:

a) Asistencia médica

Artículo 7: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio debe garantizar a las personas protegidas

la concesión, cuando su Estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 8: «La contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias».

b) Prestaciones monetarias de enfermedad

Artículo 13: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 14: «La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional».

c) Prestaciones de desempleo

Artículo 19: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 20: «La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo».

d) Prestaciones de vejez

Artículo 25: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 26: «1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita. 2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate. 3. La legislación nacional podrá suspender la prestación, si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito».

e) Prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional

Artículo 31: «Todo miembro para el que esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 32: «Las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos».

f) Prestaciones familiares

Artículo 39: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 40: «La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban».

g) Prestaciones de maternidad

Artículo 46: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de maternidad, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 47: «La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional».

h) Prestaciones de invalidez

Artículo 53: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 54: «La contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad».

i) Prestaciones de sobrevivientes

Artículo 59: «Todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 60: «1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos, como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades. 2. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito».

2) El convenio 128 de la OIT

Este convenio, de 29 de junio de 1967, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, es el resultado de las “diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933; del Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933; del Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933; del Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933; del Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933, y del Convenio

sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933”. Transcribo, a continuación, algunas de sus disposiciones importantes:

Parte II. Prestaciones de Invalidez

Artículo 7: «Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 8: «La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad será permanente o cuando subsista a la terminación de un período prescrito de incapacidad temporal o inicial».

Artículo 13: «1. Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte de este Convenio deberá, en las condiciones prescritas: (a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores o, si esto no fuera posible, para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte en la mayor medida posible a sus calificaciones y aptitudes; y (b) tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapacitados. 2. Cuando esté en vigor una declaración formulada en virtud del artículo 4, el miembro podrá eximirse del cumplimiento de las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo».

Parte III. Prestaciones de vejez

Artículo 14: «Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas

protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 15: «1. La contingencia cubierta será la supervivencia a una edad prescrita. 2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años, pero una edad más elevada podrá ser prescrita por la autoridad competente, habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos. 3. Si la edad prescrita fuera igual o superior a sesenta y cinco años, esa edad deberá ser reducida, en las condiciones prescritas, para las personas que hayan estado trabajando en labores consideradas por la legislación nacional como penosas o insalubres a los efectos de la prestación de vejez».

Parte IV. Prestaciones de sobrevivientes

Artículo 20: «Todo miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte».

Artículo 21: «1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia. 2. En el caso de la viuda, el derecho a la prestación de sobrevivientes podrá quedar condicionado al hecho de que tenga una edad prescrita. Tal edad no deberá ser superior a la edad prescrita para la concesión de la prestación de vejez. 3. No se establecerá ninguna condición de edad cuando la viuda: (a) esté inválida según sea prescrito; o (b) tenga a su cargo un hijo del fallecido. 4. Podrá prescribirse una duración mínima

del matrimonio para que una viuda sin hijos tenga derecho a una prestación de sobrevivientes».

Parte VI. Disposiciones comunes

Artículo 30: «La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes».

Artículo 31: «1. El pago de una prestación de invalidez, vejez o sobrevivientes podrá suspenderse, bajo condiciones prescritas, si el beneficiario ejerce una actividad lucrativa. 2. Una prestación contributiva de invalidez, vejez o sobrevivientes podrá ser reducida si las ganancias del beneficiario exceden de un monto prescrito. La reducción de la prestación no podrá ser superior a las ganancias. 3. Una prestación no contributiva de invalidez, vejez o sobrevivientes podrá ser reducida si las ganancias del beneficiario o sus otros recursos, o ambos en conjunto, exceden de un monto prescrito».

Artículo 32: «1. Una prestación a la cual tendría derecho una persona protegida en aplicación de cualquiera de las partes II a IV del presente Convenio podrá ser suspendida en la medida en que se prescriba: (a) mientras el interesado esté ausente del territorio del miembro, a excepción, en las condiciones prescritas, de prestaciones contributivas; (b) mientras el interesado sea mantenido con fondos públicos o a expensas de una institución o de un servicio de seguridad social; (c) cuando el interesado hubiere intentado fraudulentamente obtener una prestación; (d) cuando la contingencia haya sido provocada por un delito cometido por el interesado; (e)

cuando la contingencia haya sido provocada intencionalmente por una falta grave del interesado; (f) en casos apropiados, cuando el interesado, sin causa que lo justifique, no utilice los servicios médicos o los servicios de readaptación puestos a su disposición, o no observe las reglas prescritas para comprobar la existencia o la continuación de la contingencia o las reglas respecto de la conducta de los beneficiarios; y (g) en el caso de una prestación de sobrevivientes concedida a una viuda mientras viva en concubinato. 2. En los casos y dentro de los límites prescritos, parte de las prestaciones que de otra manera hubieran debido pagarse será abonada a las personas a cargo del interesado».

Artículo 33: «1. Si la persona protegida tiene o habría podido tener derecho simultáneamente a más de una de las prestaciones previstas en el presente Convenio, estas prestaciones podrán ser reducidas en las condiciones y límites prescritos. Sin embargo, la persona protegida deberá recibir en total un monto igual al de la prestación más favorable. 2. Si la persona protegida tiene o habría podido tener derecho a una prestación prevista en el presente Convenio y recibe por la misma contingencia otra prestación monetaria de la seguridad social que no sea una prestación familiar, la prestación concedida de acuerdo con el presente Convenio podrá ser reducida o suspendida en las condiciones y dentro de límites prescritos, pero la parte suspendida de la prestación no deberá exceder a la otra prestación».

Artículo 34: «1. Todo solicitante deberá tener derecho a interponer un recurso en caso de que se le niegue una prestación o en caso de reclamación sobre su calidad o cantidad. 2. Deberán establecerse procedimientos que permitan al

solicitante hacerse representar o ser asistido, cuando sea apropiado, por una persona calificada escogida por él, o por un delegado de una organización representativa de las personas protegidas».

Artículo 35: «1. Cada miembro deberá asumir la responsabilidad general respecto al suministro conveniente de las prestaciones que se concedan en aplicación de este Convenio y deberá adoptar todas las medidas necesarias a este efecto. 2. Cada miembro deberá asumir la responsabilidad general respecto de la buena administración de las instituciones y servicios encargados de la aplicación de este Convenio».

Artículo 36: «Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante el poder legislativo, los representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración, en las condiciones prescritas. La legislación nacional podrá asimismo prever la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas».

Artículo 40: «Si una persona protegida tiene derecho, conforme a la legislación nacional, en caso de muerte del sostén de familia a prestaciones periódicas distintas de la prestación de sobrevivientes, tales prestaciones podrán asimilarse a la de sobrevivientes, para la aplicación del presente Convenio».

Parte VIII. Disposiciones finales

Artículo 47: «Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo».

Artículo 48: «1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación».

La importancia de estas declaraciones, tratados y convenios radica en que lo previsto por ellos ingresa a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 26.1, 26.2, 74.1 y 74.3 de la Constitución de la República, de la manera que explicaré en el apartado que sigue.

§2. La constitucionalización de la seguridad social en República Dominicana

En República Dominicana, la seguridad social entró de la mano de una norma adjetiva, la ley 352, sobre accidentes de trabajo, de 1932, y no fue sino en la Constitución de 1955 cuando fue reconocida como derecho fundamental. Fue la primera vez que un texto constitucional dominicano empleó el término *seguridad social*. El artículo 15 de esa Carta Sustantiva lo prescribió así: «El Estado continuará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez»⁵⁹. Ese texto conservó,

59 Ha de tenerse presente que ya en 1955, mediante algunas leyes adjetivas, el Estado

sin embargo, en una notoria confusión, el mismo texto del acápite 2 del artículo 6 de la Constitución de 1942, relativo a la llamada «libertad de trabajo», en la que se incluía (como parte aparente de esa «libertad») un mandato al legislador para regular lo relativo a los *seguros sociales*, como veremos a continuación.

Es en este sentido que es preciso aclarar que si bien la Constitución de 1955 fue la primera en emplear el término *seguridad social* en uno de sus textos, no fue sino la Carta Sustantiva de 10 de enero de 1942 la primera en referirse a los *seguros sociales*, a los que incluyó como parte de la *libertad de trabajo*, en una clara confusión que se mantuvo en las siguientes reformas constitucionales, pues no se entendió, en ese entonces, que el seguro social opera como un régimen de la seguridad social y que, por tanto, nada tiene que ver, de manera directa, con la libertad de trabajo. En lo concreto, la Constitución de 1942 prescribía en su artículo 6: «Se consagran como inherentes a la persona humana: [...] 2.- La libertad del trabajo, quedando prohibido, en consecuencia, el establecimiento de monopolios en beneficio de particulares. La ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado

dominicano había comenzado a implementar la seguridad social en el país. De ahí que en la Constitución de ese año se hablara de continuar con el desarrollo (ya iniciado, por tanto) de la seguridad social.

que se consideren necesarias en favor de los trabajadores»⁶⁰. Siendo así, y tomando en consideración que los seguros sociales no son sino un régimen particular de la seguridad social, debemos concluir que la constitucionalización de la seguridad social en el país tiene su base programática en la Constitución de 1942.

Es incuestionable que la Constitución dominicana de 1963, la llamada *Constitución social*, es la de «... más claro, directo y expreso contenido ideológico. Esto se pone de manifiesto no sólo en el abordaje y la importancia que en ella se asigna a los derechos fundamentales (asumidos como centro de la función del Estado desde el inicio de esa ley fundamental), sino por la importancia que otorga a la protección de los derechos de los trabajadores, a los que dedica toda la sección I del título I de su primera parte, denominada ‘Del Trabajo’, la cual comprende los artículos 13 al 21...»⁶¹. El primero de esos textos empieza por la emblemática protección del derecho al trabajo, al disponer: «El trabajo, en todas sus formas y aplicaciones, estará bajo la supervigilancia y protección del Estado. Es deber principal de este ocuparse de la formación y superación profesional de los trabajadores y promover y favorecer los acuerdos de las organizaciones internacionales dirigidos a afirmar y regular los derechos del trabajo». Luego, establecía un catálogo de esos derechos.

60 Es pertinente consignar que esa misma disposición se mantuvo invariable en la Constitución de 10 de enero de 1947.

61 Domingo GIL, *La tutela jurisdiccional de los derechos de los trabajadores*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Colección Iudex, Santo Domingo, 2022, p. 44.

A la luz de nuestro texto formal de constitución y de lo previsto en esta en sus artículos 74.1 y 74.3, podemos hablar de una *constitucionalización expresa* (I), la que resulta de los textos explícitos de nuestra Carta Sustantiva, y de una *constitucionalización implícita* (II), la que proviene de los textos implícitamente incluidos en nuestra Ley Fundamental por mandato de esos dos textos. Eso es lo que veremos en detalles a continuación.

A. La constitucionalización expresa

Hasta la reforma constitucional de 1º de diciembre de 1955, ninguna Constitución dominicana se había ocupado de la seguridad social. Fue esta la primera reforma que incluyó, de manera expresa, ese término en el cuerpo constitucional, aunque –como ya dije– la Constitución de 1942 fue la primera en referirse a los seguros sociales, ya que había dispuesto que la ley podría, según lo requiriera el interés general, establecer los seguros sociales, lo que se verificaría unos años más tarde. Hasta ese año, pues, no fue sino la norma adjetiva la que reguló, de manera muy parcial, la protección de los riesgos sociales. La protección de los riesgos o contingencias sociales no tenía, por consiguiente, rango constitucional y, por ende, dicha protección no se consideraba como un derecho inherente a las personas.

Aunque los seguros sociales fueron integrados como parte de los «derechos relativos a la libertad de trabajo» en la reforma constitucional de 1942, como he dicho, fue la reforma de 1º de diciembre de 1955 la primera en hacer referencia expresa a la seguridad social. El artículo 8 de esa Constitución, comprendido en el capítulo II, relativo a los derechos humanos, disponía

en su parte capital: «Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y la creación y mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos...»; finalidad que se garantiza –según ese texto– mediante un conjunto de prerrogativas de las personas, es decir, de derechos humanos (conforme al título del capítulo) que incluye los seguros sociales, como parte de los derechos concernientes a los derechos de los trabajadores, consagrados por el acápite 3 del referido artículo. Luego, el acápite 15 de ese mismo artículo dispone: «El Estado continuará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez». Los acápites 16, 17 y 18 estaban referidos a la asistencia social en beneficio de los ancianos y los pobres y al compromiso del Estado por el mejoramiento de los asuntos relativos a la alimentación, la vivienda, los servicios sanitarios y las condiciones de higiene de los establecimientos de trabajo, las enfermedades y la asistencia médica y hospitalaria gratuita para las personas de escasos recursos económicos. De ese acápite 15 hay que señalar, no obstante, que no hace referencia expresa a la seguridad social como derecho fundamental, además de estar limitadamente referida a los casos concretos de desocupación, enfermedad, incapacidad y vejez como metas a ser progresivamente alcanzadas.

Aunque en lo atinente al alcance y los componentes de la seguridad social, la falta de precisión y la confusión son

notorias en los mencionados textos, la Constitución de 1955 tuvo la virtud de haber sido la primera Ley Fundamental dominicana que incluyó la seguridad social como institución de protección contra riesgos sociales, adosada, así, a las prerrogativas derivadas de la dignidad de las personas. Esa ley fundamental abrió, de este modo, la puerta a *la constitucionalización de la protección social como sistema* en República Dominicana, aunque con los límites señalados.

Estas disposiciones se mantuvieron inalteradas en las reformas constitucionales de 1º de diciembre de 1960 y 29 de diciembre de 1961, no así en la reforma de 29 de abril de 1963, pues el instrumento constitucional de ese año descansó en una concepción distinta de la relación entre las personas y el Estado. En este sólo se hace mención, en su artículo 16, del derecho a los seguros sociales como derecho de rango constitucional, aunque de carácter irrenunciable, al igual que los demás derechos y beneficios reconocidos en el texto constitucional en favor de los trabajadores, según lo prescrito por el artículo 21 de esa Carta Sustantiva.

En la reforma constitucional de 28 de noviembre de 1966 se mantuvo la falta de referencia expresa a los aspectos mencionados en los acápites 15, 16 y 17 del artículo 8 de las reformas constitucionales de 1955, 1960 y 1961 (eliminados, como se ha dicho, en la Constitución de 1963), pero se mantuvo a los seguros sociales dentro de las prerrogativas fundamentales previstas por el artículo 8, contenido en la sección I del título II de la norma, relativa a los derechos que la Asamblea Revisora denominó como «individuales y sociales».

Esa prerrogativa específica (la concerniente a los «seguros sociales» como derecho fundamental) se mantuvo igual en las

reformas constitucionales de 14 de agosto de 1994 y de 25 de julio de 2002.

El cambio significativo se produjo con la reforma constitucional de 26 de enero de 2010, pues en este documento se hace referencia expresa, por primera vez en un texto constitucional dominicano, al *derecho a la seguridad social*, reconociéndolo, así, como derecho fundamental, pues ha de recordarse que la reforma de 1955 sólo consignó, como se ha dicho, la obligación del Estado de continuar «el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez». La reforma de 2010, en cambio, reconoce este derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales con la denominación expresa como tal. En efecto, el artículo 60 constitucional dispone: «**Derecho a la seguridad social.** Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez». Aunque la redacción es cercana a la del acápite 15 del artículo 8 de la Constitución de 1955, en la de 2010 está el reconocimiento expreso del *derecho a la seguridad social como derecho fundamental*, lo que no se había dado en ninguna otra norma sustantiva en República Dominicana.

A este texto general, que como puede apreciarse, está referido a toda la materia, es decir, a toda la seguridad social, debe sumarse el artículo 57 de la Constitución, concerniente, de manera particular, a la seguridad social de las personas de la tercera edad. Este dispone: «La familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de

la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario, en caso de indigencia».

Es notoria, no obstante, la falta de armonía entre los señalados artículos 57 y 60, pues, pese a la especificidad del primero de dichos textos, ambos están referidos a la misma disciplina, la seguridad social, razón de sobra para incluir su contenido en un único artículo, aunque con acápites distintos. Es probable que ello se deba a la falta de una idea total y sistemática de la seguridad social por parte del constituyente dominicano, lo cual parece quedar en evidencia con el tratamiento por separado que hasta el año 2010 se dio en las constituciones dominicanas a los seguros sociales y a la seguridad social. También es posible que el artículo 57 constitucional esté concebido como parte de la política asistencial o de caridad pública del Estado hacia la familia y las personas de la tercera edad, de carácter esencialmente discrecional, no como el resultado de la obligación prestacional que se genera por la existencia de un derecho, como ocurre en el caso de la seguridad social.

Ahora bien, parece incuestionable que esos textos (los artículos 57 y 60 de la Constitución de 2010) respondieron a los cambios que en esa materia se produjeron con la ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social. Es preciso señalar, no obstante, que pese al título, esta norma no supera totalmente la concepción normativa restringida de los seguros sociales, pues no rompe, en realidad, la división sectorial de la protección social⁶². Sin embargo, tiende a la sistematización

62 Esto se aprecia mediante el simple hecho de que la ley 87-01 no derogó las disposiciones que operaban de manera paralela a las leyes 385 y 1896, lo que implicó

de esta protección y, por tanto, constituye un avance significativo en la visión general del asunto, aunque todavía estamos lejos de la creación de un sistema integral básico y general de protección social de carácter universal, es decir, válido por igual para toda la población, al que puedan adicionarse los regímenes complementarios de carácter sectorial que fueren necesarios.

B. La constitucionalización implícita

Lo antes visto es lo dicho de manera explícita por nuestra ley fundamental. Falta, no obstante, lo implícito, lo que resulta de lo previsto por el artículo 74.1 constitucional. Este texto dispone, junto a la parte capital del artículo 74, que el catálogo de derechos y garantías consignados de manera expresa en la Constitución no tiene carácter limitativo y que, por consiguiente, incluye otros de igual naturaleza.

Esta disposición, que nos viene (con una redacción casi invariable) de la reforma constitucional de 13 de junio de 1924, permite que a nuestro ordenamiento jurídico ingresen, como parte de él, todas las prerrogativas reconocidas como fundamentales (tanto los derechos sustantivos como sus garantías), sin necesidad de ratificación por los órganos o poderes del Estado, con igual carácter vinculante y rango constitucional que las expresamente establecidas en nuestra

el mantenimiento de la protección social sectorial, el cual separa, en esencia, a los trabajadores del sector público de los trabajadores subordinados del sector privado. Además, dejó intactos, al menos de manera implícita, regímenes particulares de protección social, como, por ejemplo, el previsto por la ley 86-06, concerniente a los trabajadores de la construcción.

Carta Sustantiva. Es lo que en doctrina se ha denominado los *derechos implícitos*, pues se trata de derechos fundamentales que ingresan de manera implícita a nuestro ordenamiento constitucional. Lo relevante es que se trata de un mandato expreso del constituyente, no como resultado de la aplicación de la teoría de la integración, la cual deriva derechos supuesta o necesariamente implícitos en el texto constitucional.

La incorporación de esos derechos implícitos a la Norma Fundamental de la Nación nos lleva a la lógica conclusión de que el derecho a la seguridad social, en tanto que derecho fundamental, fue parte de nuestro ordenamiento constitucional mucho antes de la reforma de 2010, pues ya había sido reconocido como tal, es decir, como prerrogativa de naturaleza fundamental, en algunos instrumentos jurídicos internacionales, ingresando, por tanto, a nuestro ordenamiento jurídico con esa misma naturaleza. Así lo establecieron los textos que se indica a continuación: el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1969. Interesa decir, sobre esta base, que estos textos no sólo pueden ser invocados como válidos con ocasión de una controversia judicial, sino que, por igual, sirven de parámetro de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, pues integran, junto a otras normas de rango constitucional, el llamado *bloque de constitucionalidad*, especie de constitución material que supera el concepto de constitución formal.

No olvidemos que también ingresan a nuestro ordenamiento jurídico, por mandato expreso del artículo 74.3 de

la Constitución, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos fundamentales (como el derecho a la seguridad social, por tanto) que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado dominicano. Según ese texto, estos instrumentos jurídicos tienen, en esa situación, «jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado».

Ello quiere decir que, en realidad, el derecho a la seguridad social como derecho fundamental vino de la mano de esos instrumentos jurídicos internacionales, aunque durante muchos años hayamos vivido de espaldas a esa verdad jurídica⁶³.

63 Ese sortilegio parece haberse roto con la paradigmática decisión en que la Suprema Corte de Justicia incorporó la acción de amparo al ordenamiento jurídico dominicano sobre la base, única, de lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*vide* Pleno de la SCJ, 24 de febrero de 1999, sentencia núm. 9, Boletín Judicial 1059, pp. 78-85).

CAPÍTULO II

LA REGULACIÓN ADJETIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN REPÚBLICA DOMINICANA

Si bien la seguridad social es un derecho constitucionalizado, como hemos visto, este se ejerce, en su concreción, mediante los canales previstos por la norma adjetiva. De ahí que en esta segunda parte esté conminado a tratar, aunque de manera somera, lo concerniente a la habilitación normativa de este derecho en República Dominicana (sección I) y, ante los embates de esa regulación normativa, las vías para paliar o rehabilitar el ejercicio de este derecho fundamental (sección II).



Sección I. La habilitación normativa del derecho fundamental a la seguridad social

La habilitación adjetiva de este derecho se da mediante los canales de la ley (§1) y del reglamento (§2).

§1. Los cauces legales del derecho fundamental a la seguridad social

Me limitaré aquí a hacer una breve exposición de la necesidad de la regulación general del derecho fundamental a la seguridad social mediante la ley (A), para luego exponer algunas ideas de esa regulación en nuestro derecho (B).

A. La necesidad de la regulación legal

El reconocimiento del derecho a la seguridad social en la Constitución implica el carácter fundamental de este derecho, conforme a lo afirmado; carácter que le confiere la protección reforzada que el constituyente dominicano ha reconocido a los derechos y garantías de esta naturaleza.

En el plano adjetivo, el de su habilitación como derecho prestacional, la seguridad social se concretiza en el conjunto

de instituciones y medidas normativas tendentes a proteger a los seres humanos contra la amenaza de los denominados riesgos o contingencias sociales. A nivel de las instituciones internacionales, esa concepción de la seguridad social estuvo marcada, en cuanto a las personas protegidas, por la influencia de su origen institucional alemán y, obviamente, por las necesidades vitales y prioritarias a que estaba destinada. Eso explica la visión limitada de la seguridad social contenida en la Declaración de Chile⁶⁴ de 1942, en la que se consignó que la seguridad social «debe promover las medidas destinadas a aumentar la posibilidad de empleo y mantenerla equitativamente y a mejorar la salud, alimentación, vestuario, vivienda y educación general y profesional de los trabajadores y su familia». Como puede apreciarse, aunque rica en ideas, esa declaración se limitaba al sector laboral. No se tenía una idea clara de la dimensión universal de la institución, lo que la reducía a la inicial concepción del seguro social, concepción que fue superada por la Declaración de Filadelfia de 1944⁶⁵.

64 La llamada Declaración de Chile fue dada con ocasión de la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en Santiago de Chile durante los días 10 a 16 de septiembre de 1942. En ella hubo delegados de 21 países de América.

65 La llamada Declaración de Filadelfia fue adoptada, a unanimidad, el 10 de mayo de 1944 por la Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en la ciudad de Filadelfia, Estados Unidos, con la participación de cuarenta y un miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual operaba en ese entonces en la ciudad de Montreal, Canadá. Cincuenta años después, el 10 de mayo de 1994, la OIT la adoptó como su Carta. El apartado III de la Declaración consigna: «La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: [...] (f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; (g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; (h) proteger a la infancia y a la maternidad; (i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados».

En esta la seguridad social fue definida como «el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos».

Sin embargo, a fin de derrotar la idea del asistencialismo y la caridad pública, la seguridad social ha debido ser considerada sobre la base de tres pilares fundamentales:

1ro.) Constituir una verdadera seguridad para el individuo —en tanto que parte de un conglomerado social que le debe protección (la sociedad), entendiendo esa seguridad como «un estado de ánimo así como un objetivo»⁶⁶.

2do.) La seguridad social debe ser parte de un todo institucional cuya razón de ser sea la obtención de los objetivos mencionados. Ello quiere decir que para que se entiendan propias de la seguridad social, las medidas orientadas a la consecución de esos objetivos deben estar integradas a un conjunto coordinado y armónico, con carácter permanente y unitario. La cualificación y la calidad de ese conjunto estará sujeto, dependerá, de la mucha o poca calidad estructural del sistema de seguridad social adoptado.

3ro.) Esas medidas (sociales) deben ser la concreción de un derecho y, por tanto, de una acreencia legalmente exigible por los beneficiarios cuando se vean afectados por el estado de necesidad (la contingencia, el riesgo cubiertos) que los afecte, por una parte, y de una asistencia prestada por parte del órgano constitucional o legalmente obligado, de la otra.

66 Oficina Internacional del Trabajo, *Hacia la seguridad social*, Montreal, 1966, p. 94.

Esto excluye, por consiguiente, todo tipo de asistencia social discrecional o voluntaria.

Así concebida, deben ser descartados como parte de la seguridad social –cayendo, por ende, fuera de su ámbito–, por ejemplo, los donativos que con cierta frecuencia o de manera fija, pero de manera voluntaria y sin sujeción a disposición legal alguna, realizan los gobiernos a los asilos de ancianos, a los centros de acogidas de mujeres maltratadas, a los orfanatos o centros de protección de niños o adolescentes, etc. Sí son parte del campo de aplicación de la seguridad los subsidios legales en favor de esas entidades, las prestaciones de vejez, los subsidios familiares en favor de la infancia o de la vivienda, por ejemplo, ya que en estos desaparece el elemento de la discrecionalidad, lo que los hace exigibles, siempre que se den las condiciones legales de esa exigibilidad, a la luz de los canales establecidos por la ley adjetiva que concretiza esos derechos. De ahí su carácter prestacional y de configuración legal,

Sin embargo, el derecho fundamental a la seguridad social no se ejerce libremente, sino que es un derecho prestacional de configuración legal, el cual, por tanto, debe ser «habilitado» o «concretizado» para su ejercicio, por medio de normas de carácter adjetivo que le otorgan su real fisonomía⁶⁷.

Ello implica, asimismo, que esa habilitación o concreción legal deba hacerse mediante leyes orgánicas, pues, conforme a lo exigido por el artículo 112 de la Constitución, los derechos

67 En su sentencia TC/0203/13, de 13 de noviembre de 2013, el Tribunal Constitucional dominicano precisó que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental de carácter prestacional, «... en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado».

fundamentales deben ser regulados mediante este tipo de leyes, cuya aprobación o modificación requieren el voto favorable de las dos terceras partes de los legisladores presentes en ambas cámaras, cuando a ello se proceda.

Esta ley, además, y según el mandato del artículo 74.2 de la Constitución de la República, ha de respetar el núcleo esencial del derecho fundamental regulado, así como el principio de razonabilidad; mandato que, por consiguiente, impone un control especial sobre la ley reguladora, a fin de que esta no haga impracticable o imposible el ejercicio del derecho. Además, con ocasión de este control han de aplicarse los instrumentos que la jurisprudencia ha puesto en práctica para medir la razonabilidad de una norma, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el principio del equilibrio conveniente. En el caso dominicano, el carácter razonable de toda norma ha de ser medido mediante los criterios de justicia y de utilidad de la norma, lo que quiere decir que si esta no reuniese esos criterios, carecería de validez constitucional y sería, por ende, nula, lo que implicaría su expulsión del ordenamiento jurídico. Y a ejercer el control de esa validez está obligado todo juez, con ocasión de los conflictos sometidos a su decisión, sea mediante el control difuso, por parte de todos los tribunales de la República, según el artículo 188 de nuestra Carta Sustantiva, sea mediante el control concentrado de constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Constitucional, según el artículo 185 de la ley fundamental, aunque el Tribunal Constitucional también está llamado a ejercer el control de lo decidido por los tribunales judiciales respecto del ejercicio por estos del control difuso, no sólo porque así lo prescribe implícitamente la Constitución, que erige al Tribunal

Constitucional en guardián supremo de la Constitución y del orden constitucional, sino porque, además, el Tribunal Constitucional no puede sustraerse a su propia competencia, determinada, de manera expresa o implícita por esa condición⁶⁸. Los artículos 277 de la Constitución y 65 y siguientes de la ley 137-11 son bastante explícitos en este sentido.

B. La regulación legal

Recordemos que, debido a una falta de comprensión del asunto, el proceso de la constitucionalización formal y expresa de la seguridad social comenzó en República Dominicana con la Constitución de 1955, no con la de 1942 (por la falta de comprensión del régimen del seguro social). Ese proceso es, por tanto, posterior a la primera norma sobre la materia, la ley 352, sobre accidentes de trabajo.

Para el sector privado, la primera ley en la materia fue, como se ha dicho, la 352, de 17 de julio de 1932, sobre accidentes de trabajo; norma que rápidamente fue sustituida por la ley 385, de 11 de noviembre de ese mismo año, sobre esa misma materia.

Esta norma fue seguida, unos quince años después, por la ley 1376⁶⁹, de 17 de marzo de 1947, la cual creó el seguro

68 Recuérdese, en este sentido, la sentencia TC/0889/23, de 27 de diciembre de 2023, ya citada, mediante la cual el Tribunal Constitucional decidió asumir el ejercicio del control difuso, abandonando así un criterio mantenido durante nueve años.

69 Esta y otras leyes de la época, como la 637, de 1944, sobre el contrato de trabajo, obedecieron a una «apertura democrática» de carácter demagógico de la tiranía trujillista, con la pretensión de «lavar» la cara del régimen y como respuesta política (lo que recuerda la jugada política de Bismarck, en Alemania, a partir de 1883) al pujante movimiento obrero impulsado, de manea principal, en el este del país por el histórico dirigente sindical Mauricio Báez, quien fue secuestrado y desaparecido

social obligatorio en el país, a fin de cubrir, en favor de los trabajadores asalariados del sector privado, los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Esta ley fue sustituida por la 1896, de 30 de diciembre de 1948, con idéntico campo de aplicación.

Estas dos leyes sobre seguridad social (a las que se sumaron otras, de carácter sectorial, en cuanto a los trabajadores del sector público y los mismos trabajadores del sector privado, aunque regulados por ramas de actividad económica⁷⁰) fueron aplicadas hasta la puesta en vigor de la ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, de 9 de mayo de 2001. Esta norma, a diferencia de las anteriores leyes generales sobre regímenes de seguridad social, entra en vigencia, como puede apreciarse con facilidad, cuando ya la Constitución de la República había elevado a la categoría de derecho fundamental la protección de los riesgos y contingencias sociales.

Tengamos presente, además, que la actual ley marco, la 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, es

en 1950, en Cuba, donde estaba exiliado (huyendo de la persecución de la tiranía), hechos que fueron atribuidos al tirano dominicano Rafael L. Trujillo.

70 Una de las características dominantes de la seguridad social en República Dominicana ha sido la «fragmentación» de la protección, tanto en cuanto a la población protegida como a los riesgos cubiertos, lo que quiere decir que no ha existido en el país un régimen de protección general básico que sea común a toda la población. La proliferación de normas y de regímenes ha sido tal que, por ejemplo, los trabajadores del sector público han sido divididos, para esos fines, entre civiles, militares, policías y muchos otros (dependiendo del poder estatal o del órgano al que presten sus labores), regidos por normas distintas para riesgos distintos, aun dentro de un mismo sector. El mejor ejemplo de esto último es el de los «servidores civiles» del Estado, para quienes rigen leyes diferentes en los casos de jubilación por vejez o incapacidad y de salud, pese a que nada impide que ambos riesgos sociales puedan ser tratados por una ley que unifique la protección para estos y otros riesgos de ese sector de la población.

anterior a la actual Constitución y, por tanto, a la concepción que sobre la seguridad social, como sistema de protección fundamental, trajo consigo la reforma constitucional de 2010.

Creo que estos dos hechos han provocado una distorsión en la regulación de la seguridad social mediante nuestra legislación adjetiva, que es, en realidad, la que regula este derecho y el que se invoca en el día a día.

El estudio de la ley 87-01 nos lleva a la triste conclusión que se desdobra en la siguiente realidad:

a) En primer lugar, esa ley no responde a la voluntad del constituyente dominicano de que «toda persona» tenga un derecho a la seguridad social, pues la ley establece el muy cuestionado sistema de capitalización individual, el cual funciona como un seguro privado, con la ventaja de que se trata —como ha afirmado una de las voces más autorizadas de la doctrina dominicana⁷¹— de un *negocio asegurado*, pues el seguro es obligatorio: tienen que estar asegurados todos los que pueden pagar, que son los trabajadores asalariados. Con el inconveniente de todo servicio comercializado: la rentabilidad procurada por quien vende el producto, en perjuicio de quien lo compra. Esto explica, por ejemplo, la renuencia

71 Rafael ALBURQUERQUE, citado por Matías BOSCH CARCURO y Airon FERNÁNDEZ GIL, *El negocio seguro a la seguridad social*, Fundación Juan Bosch, Santo Domingo, 2019, p. 63. El Dr. Alburquerque me contó que, cuando él era secretario de Estado de Trabajo (durante el período 1996-2000), acudió al Palacio Nacional una comisión de empresarios para presentar al presidente de la República el proyecto de ley sobre seguridad social que finalmente se convirtió (con algunas reformas) en la Ley 87-01. Después de una (larga) exposición de los empresarios y la debida discusión en torno al tema, el presidente de la República preguntó: «¿Y el secretario de trabajo qué opina?». Y él respondió: «Que eso es un negocio asegurado», soltando un avispero. Así concluyó la reunión. Ese es el origen de la mencionada frase.

y los muchos «peros» de las ARS para pagar gastos médicos cubiertos o de las AFP para pagar pensiones por discapacidad o sobrevivencia, para citar dos casos que viven y sufren cotidianamente los asegurados.

Ello significa que sólo está asegurado quien puede pagar, privando así a la seguridad de su esencia de *servicio público*, cimentado sobre los principios de *universalidad* y de *solidaridad*, como base esencia de redistribución de los ingresos o de redistribución de las rentas, como afirmó Francisco de Ferrari⁷².

Ese negocio se evidencia en la inmensa fortuna que, sobre la base de la especulación que deja la venta (de compra legalmente obligatoria) de un servicio, han amasado las aseguradoras (las AFP y las ARS), pese a que, en realidad, funcionan como meros intermediarios y para quienes los asegurados no son más que meros clientes. Para muestra, un botón: entre los años 2013 y 2018, los beneficios de las AFP llegaron a la astronómica cifra de treinta y tres mil ochocientos setenta y nueve millones ciento ocho mil novecientos treinta y cinco pesos dominicanos (RD\$ 33,879,108,935.00) (es decir, US\$ 685,387,370.00 a la tasa de ese entonces)⁷³. En cuanto a las

72 Francisco De Ferrari sostuvo –recordando, quizás, las razones políticas que dieron origen al seguro social– que los sectores más pudientes de la sociedad no acaban de comprender que la transferencia de ingresos mediante la seguridad social puede tener un «alto valor político», ya que, si ella es realizada de manera oportuna y mesurada, representará la salvación de la civilización occidental, al servir de catalizador de las inquietudes sociales (*vide* Francisco DE FERRARI, *Los principios de la seguridad social*, segunda edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982, p. 121).

73 Sobre la base de esos enormes beneficios, en un país de pobres, Matías BOSCH CARCURO y Airon FERNÁNDEZ GIL calificaron el sistema de pensiones dominicano como «el asalto del siglo» (Matías BOSCH CARCURO y Airon FERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 91).

ARS, en los años 2017 y 2018 estas obtuvieron beneficios que alcanzaron la suma de más de tres mil setecientos veinticinco millones de pesos dominicanos (RD\$ 3,725 millones), sumando ambos períodos. Estas cifras han seguido en constante aumento. Esos beneficios provienen de la enorme cantidad de ingresos de la seguridad social por concepto de cotizaciones. Por ejemplo: entre enero y julio de 2023, la Tesorería de la Seguridad Social recaudó RD\$ 107,247,099,438.90. Otro dato que tomo como ejemplo, para poner de manifiesto lo apetecible que es ese *negocio asegurado*: 1) la cantidad de trabajadores cotizantes pasó de 2,161,019, en marzo de 2022, a 2,388,143, en marzo de 2024; 2) durante los meses de enero, febrero y marzo de 2024, la masa salarial cotizable fue la siguiente RD\$ 77,260, 334,414.60, RD\$ 78,679,310,417.80 y RD\$ 79,386,386,367.30, respectivamente; y 3) durante esos meses las cotizaciones fueron, respectivamente: RD\$ 2,382,320.00, RD\$ 2,383,493.00 y RD\$ 2,388,143.00. Ello explica que al mes de diciembre del año pasado, 2023, las AFP tenían en sus manos más de RD\$ 900,000 millones, provenientes de los fondos de pensiones, una enorme fortuna para hacer negocio y aumentar los caudales de los propietarios de los bancos propietarios de las AFP.

b) La otra cara de este modelo mercantilista es que al Estado se le asigna lo sobrante⁷⁴, el papel subsidiario de lo no rentable, de lo que no es negocio. Esto no sólo tiene el inconveniente de convertir un derecho en caridad pública, en favor de los que no pueden pagar y están excluidos del

74 *Vide* ALLARD *et al.*, en BOSCH CARCURO y FERNÁNDEZ GIL, *ibid.*, p. 28.

sistema (como se ha evidenciado durante la pandemia del Covid-19 en los países arrojados por este modelo), sino que, además, se presta para favorecer la demagogia politiquera, el asistencialismo improductivo, la mendicidad parasitaria de los marginados y la desigualdad entre los que pueden pagar (o están obligados a pagar de sus muchos o escasos ingresos) y los que no pueden pagar.

Es esto lo que explica la necesidad de tutelar los derechos a la seguridad social por la vía jurisdiccional, procurando reducir el déficit legal, es decir, el desfase entre la Constitución y la norma adjetiva y, sobre todo, para tratar de enderezar la ruta ocasionalmente torcida por entidades creadas por la ley 87-01, las cuales, contraviniendo el principio de separación de los poderes, se han arrogado atribuciones propias del legislador mediante la emisión de resoluciones o ejecutando actos contrarios a la ley y, consecuentemente, a la Constitución. Varias decisiones de los tribunales judiciales y del Tribunal Constitucional así lo ponen de manifiesto. Para muestra de esto, haré referencia, más adelante, a algunos casos emblemáticos de la justicia constitucional.

§2. El aspecto reglamentario

El sistema de seguridad social establecido mediante la ley 87-01 es regulado, en su funcionamiento práctico, mediante reglamentos dictados por el Consejo Nacional de Seguridad Social, En este sentido, veremos a continuación en qué consiste ese poder reglamentario (A) y algunos cuestionamientos al ejercicio de ese poder (B).

A. Las atribuciones reglamentarias del Consejo Nacional de Seguridad Social

Los órganos del sistema de seguridad social creado por la ley 87-01 son, según lo dispuesto por su artículo 21: el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS), la Tesorería de la Seguridad Social, la Dirección de Información y Defensa de los Asegurados (DIDA), la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, el Seguro Nacional de Salud (SNS), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las Administradoras de Riesgos de Salud (ARS), las Proveedoras de Servicios de Salud (PSS) y las «entidades públicas, privadas o mixtas, con o sin fines de lucro, que realizan como actividad principal funciones complementarias de seguridad social». Esos órganos tienen, conforme a sus especialidades, funciones obviamente diferentes, las cuales no me propongo abordar en este trabajo, conforme a su finalidad, salvo (y de manera muy puntual y breve) las relativas a las atribuciones reglamentarias del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS), las cuales sólo enunciaré.

EL CNSS es un órgano de composición tripartita, integrado como sigue: el ministro de Trabajo (quien lo preside), el ministro de Salud Pública y Asistencia Social (quien es su vicepresidente), el director general del Instituto Dominicano de Seguros Sociales⁷⁵, el director del Instituto de Auxilios y

⁷⁵ Es necesario advertir que mediante la ley 397-19 fue disuelto el Instituto Dominicano de Seguros Sociales, y en su lugar fue creado el Instituto Dominicano de Prevención y Protección de Riesgos Laborales (IDOPPRIL), cuyo órgano rector es su Consejo Directivo, presidido por el ministro de Trabajo, aunque tiene un director ejecutivo, quien tiene, entre sus funciones, «ejercer en nombre del Consejo Directivo, la dirección y coordinación de todas las dependencias y servicios», razón por la

Viviendas, el gobernador del Banco Central, un representante del Colegio Médico Dominicano, un representante de los demás profesionales y técnicos de la salud, tres representantes de los empleadores, tres representantes de los trabajadores, un representante de los gremios de enfermería, un representante de los «profesionales y técnicos», un representante de los «discapacitados, indigentes y desempleados» y un representante de los trabajadores de microempresas.

El artículo 22 de la ley establece una larga lista de las funciones del CNSS⁷⁶, las cuales ejerce mediante reglamentos

cual debería integrar, de manera lógica, el CNSS, a fin de evitar que el ministro de Trabajo ejerza dos representaciones ante dicho consejo.

- 76 El artículo 22 de la ley 87-01 dispone: «Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social. El Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) tendrá a su cargo la dirección y conducción del SDSS y como tal, es el responsable de establecer las políticas, regular el funcionamiento del sistema y de sus instituciones, garantizar la extensión de cobertura, defender a los beneficiarios, así como de velar por el desarrollo institucional, la integralidad de sus programas y el equilibrio financiero del SDSS. En tal sentido, tendrá las siguientes funciones: a) Establecer políticas de seguridad social orientadas a la protección integral y al bienestar general de la población, en especial a elevar los niveles de equidad, solidaridad y participación; a la reducción de la pobreza, la promoción de la mujer, la protección de la niñez y la vejez, y a la preservación del medio ambiente; b) Disponer, de acuerdo a la presente ley, los estudios necesarios para extender la protección de la seguridad social a los sectores de la población y someter al Poder Ejecutivo la propuesta correspondiente para fines de aprobación, dentro de los plazos establecidos; c) Desarrollar acciones sistemáticas de promoción, educación y orientación sobre seguridad social y asumir la defensa de los afiliados en representación del Estado Dominicano; d) Propiciar la protección y el desarrollo de los recursos humanos de las instituciones del Sistema Dominicano de Seguridad Social; e) Someter al Poder Ejecutivo ternas de candidatos idóneos para seleccionar al Gerente General del CNSS; así como a los superintendentes de Pensiones y de Salud y Riesgos Laborales; f) Designar al Contralor General; g) Nombrar al tesorero de la Seguridad Social de una terna sometida por el Gerente General del CNSS; h) Conocer y decidir sobre la memoria anual del CNSS que le someterá el Gerente General; i) Conocer los informes sobre la situación financiera del SDSS que someterá el gerente de la Tesorería de la Seguridad Social, y adoptar las medidas correctivas necesarias para garantizar el equilibrio financiero y la calidad y oportu-

que determinan el funcionamiento práctico y real del sistema diseñado por la ley 87-01, además de los numerosos reglamentos de aplicación, que, como normas complementarias, se suman a la ley y a las disposiciones que la han modificado, de manera directa o no⁷⁷. La atribución general, esencial, del

nidad de las prestaciones; j) Establecer la organización administrativa necesaria para ejecutar las funciones de afiliación de la población cubierta, la recaudación de las contribuciones de los afiliados y velar por el pago de las obligaciones por servicios prestados; k) Conocer los resultados de las valuaciones, análisis y estudios actuariales, costos unitarios y someter al Poder Ejecutivo las recomendaciones y proyectos necesarios para cubrir adecuadamente las obligaciones presentes y futuras del SDSS; l) Aprobar la planta de personal del CNSS, así como la creación y supresión de cargos, con criterio de eficiencia y productividad, de conformidad con el presupuesto aprobado y el reglamento general de administración de personal; m) Solicitar al Poder Ejecutivo la suspensión o sustitución del Gerente General o cualquier de los superintendentes, cuando hayan incurrido en faltas graves debidamente comprobadas, independiente; n) Conocer y/o revisar los reglamentos dispuestos por la presente ley y someterlos a la aprobación del Poder Ejecutivo; o) Someter al Poder Ejecutivo el presupuesto anual del CNSS; p) Autorizar al Gerente General a celebrar, en representación del Consejo, los contratos necesarios para la ejecución de sus acuerdos y resoluciones; q) Conocer en grado de apelación de las decisiones y disposiciones del Gerente General, el Gerente de la Tesorería de la Seguridad Social y de los Superintendentes de Pensiones y de Salud y Riesgos Laborales, cuando sean recurridas por los interesados; r) Adoptar las medidas necesarias, en el marco de la presente ley y sus normas complementarias, para preservar el equilibrio del SDSS y desarrollarlo de acuerdo a sus objetivos y metas».

77 Entre esas modificaciones cabe destacar, de manera relevante, las introducidas por la ley 397-19, de 30 de septiembre de 2019, que crea el Instituto Dominicano de Prevención y Protección de Riesgos Laborales (que sustituye al Instituto Dominicano de Seguros Sociales), deroga o modifica algunos artículos de la ley 87-01, deroga la ley 1896 y modifica la ley 6126. También son relevantes (más, incluso, que las de la ley 397-19) las modificaciones introducidas por la ley 13-20, de 7 de febrero de 2020, la cual «tiene por objeto fortalecer el rol y la capacidad gerencial y funcional de la Tesorería de la Seguridad Social (TSS) y de la Dirección de Información y Defensa de los Afiliados (DIDA), modificar el recargo por mora en los pagos al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) y modificar el esquema de comisiones aplicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), mediante la modificación de los artículos 28, 29, 56, 86, 115, 181, 182, 204 y la adición de los artículos 28-bis, 29-bis y del Libro V con los artículos 209, 210, 211, 212, 213,

CNSS la consigna la parte capital de ese artículo 22, la cual dispone: «El Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) tendrá a su cargo la dirección y conducción del SDSS y como tal, es el responsable de establecer las políticas, **regular el funcionamiento del sistema** y de sus instituciones, garantizar la extensión de cobertura, defender a los beneficiarios, así como de velar por el desarrollo institucional, la integralidad de sus programas y el equilibrio financiero del SDSS...»⁷⁸. Esta *disposición marco* es la que lo autoriza a regular el funcionamiento del sistema mediante reglamentos.

B. La censura al poder reglamentario del Consejo Nacional de Seguridad Social

Es necesario señalar, de entrada, que lo ideal es que el CNSS funcione para garantizar la cobertura prevista por la ley 87-01 y, sobre todo, para garantizar la defensa de los beneficiarios de la ley, o, al menos, que ejerza, de manera cabal las funciones que le asignan la ley 87-91 y las disposiciones que la modifican, a fin de garantizar «el buen funcionamiento del sistema». Pero no ha sido así, lamentablemente, como lo evidencian algunas resoluciones que restringen los derechos de los afiliados al sistema. Es el caso, por ejemplo, de algunas

214, 215, 216, 217 y 218, a la ley No. 87-01, del 9 de mayo de 2001, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social», textos que ciertamente modifica. Cabe citar, también, la ley 188-07, de 9 de agosto de 2007, la cual modificó los artículos 56, 97, 140 y 176 de ley 87-01 y 278 de la ley 11-92 (que contiene el Código Tributario) y agregó (o precisó) como función del CNSS la de reglamentar «el proceso de contratación del Seguro de Supervivencia e Invalidez por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a fin de garantizar transparencia, competitividad, solvencia técnica y financiera».

78 Las negritas son mías.

resoluciones que han provocado acciones o decisiones judiciales o constitucionales, entre las cuales cabe citar las siguientes: 268-06, de 1 de agosto de 2006; 186-01, de 24 de julio de 2008, 268-06; 369-02, de 23 de abril de 2015; y 569-03, de 27 de abril de 2023. Esas resoluciones tienen que ver con el proceso de contratación del seguro de sobrevivencia e invalidez por parte de las AFP y la consiguiente aprobación de contratos contrarios, de manera evidente, a la propia ley 87-01, acción que niega el papel que asigna al CNSS la parte capital del artículo 22 de esa norma; rol que –como vimos– es, de manera principal, «defender a los beneficiarios».

Respecto de la resolución 186-01, se ha afirmado: «... varias de las cláusulas aprobadas mediante esta Resolución del CNSS entran en seria contradicción con los derechos constitucionalmente reconocidos a los afiliados, con principios constitucionales y hasta con principios rectores del sistema dominicano de seguridad social, por lo que la misma deviene en inconstitucional...»⁷⁹.

La aplicación, precisamente, de una de esas resoluciones fue el origen de la acción de amparo de una señora que se consideró perjudicada en su derecho a una pensión de sobrevivencia. Esa acción tuvo como resultado la sentencia núm. 00107-2015, dictada en fecha 24 de marzo de 2015 por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, órgano judicial que «dejó sin efecto» dos de esas resoluciones en lo concerniente a la edad fijada para el beneficio de dicha

79 Namphi RODRÍGUEZ y Belén FÉLIZ, *Inconstitucionalidad de la actividad reglamentaria del Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS)*, Fundación Prensa & Derecho, Santo Domingo, 2014, p. 15.

pensión, sobre la base de la violación del indicado artículo 51. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Constitucional, mediante su sentencia TC/0405, de 1 de octubre de 2019, mediante la cual este órgano constitucional juzgó que «el juez *a quo* pudo verificar que, en efecto, mediante las referidas resoluciones, el SIPEN había desconocido los textos constitucionales invocados por él (específicamente los artículos 38, 57 y 60) y el artículo 51 de la citada ley, razón por la cual declaró sin efecto (es decir, en sentido real, declaró inaplicables), a los fines del presente caso, dichas resoluciones, haciendo uso de las facultades que reconoce a los jueces del orden judicial el artículo 185 de la Constitución». Otro caso se refiere a la acción de amparo incoada por una señora a la que le fue suspendido el pago de una pensión de discapacidad por haber llegado a la edad de 60 años. La compañía aseguradora no sólo suspendió el pago de la pensión hasta que la señora cumpliera con determinados trámites, sino que pretendía sustituir la pensión por discapacidad por una pensión por vejez, cuyo monto era varias veces inferior a la primera. Mediante su sentencia TC/0051/20, de 17 de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional no sólo ordenó el pago de los valores dejados de pagar durante la suspensión, sino que, además, ordenó que dicha señora siguiese disfrutando de la pensión por discapacidad (de un monto mayor) sobre el criterio de que «la mencionada señora tiene una doble condición: la discapacidad y la vejez. Ambas condiciones le dan derecho a una pensión, situación en la cual ella debe tener derecho a ser beneficiada por el principio de la condición más favorable, propio del derecho laboral o por el principio de favorabilidad previsto en el artículo 7.8 de la

Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales. Siendo así, a ella le corresponde la pensión de mayor monto».

Más adelante haré una reseña de estos y otros casos judicializados. Ello servirá para demostrar la necesidad de una línea jurisprudencial que esté atenta al papel jugado por los órganos previstos por la ley 87-01, principalmente el desempeñado por el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS).

Es oportuno señalar, asimismo, que a los problemas legales y reglamentarios se suman otros de tipo operacional que generan numerosos conflictos entre los operadores del sistema de seguridad social. De esos conflictos, los afiliados al sistema llevan la peor parte. Para muestra un botón: recientemente, el señor Arismendi Díaz Santana (proclamado como el principal promotor de la ley 87-01) denunció, respecto del eterno conflicto entre las ARS y los médicos: «... las ARS no ocultan su afán de lucro y están limitadas por un 10 % de la cápita recibida. No son santas, ni benéficas, aunque no todas son iguales. Yo defendiendo la administración del riesgo como una función esencial para el equilibrio financiero, pero no a las administradoras. Lo que no soporto, ni acepto, es la doble moral. Quienes las critican constituyen una minoría en la cúpula del CMD, de médicos que se resisten a cualquier regulación, control y supervisión»⁸⁰.

80 Declaraciones aparecidas en el periódico *Diario Libre*, edición de 15 de abril de 2024, p. 22. Véase, en esa misma edición, las declaraciones del señor Mario Lama, director del Servicio Nacional de Salud (SNS).

Sección II. La rehabilitación del derecho fundamental a la seguridad social

Sólo si se «rehabilita» el derecho a la seguridad social, procurando que se acerque a los postulados del artículo 60 de nuestra ley fundamental, podríamos hablar de verdadera *constitucionalización de la seguridad social* en República Dominicana. De lo contrario, la Constitución sería considerada, en esta materia, como mera *hoja de papel*, en el sentido afirmado por Ferdinand Lasalle⁸¹. Esa labor podría darse por la vía jurisprudencial (§1) y por la vía de la reforma legal (§2).

§1. La vía jurisprudencial

Me limitaré aquí a reseñar algunas decisiones de la jurisprudencia supranacional (A) y nacional (B), específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional dominicano, no sólo por su carácter vinculante, sino, además, por incidir, de manera determinante, en la aplicación de las normas de rango constitucional en los procesos de judicialización del derecho a la seguridad social. Recordemos bien que –como decía Favoreu– la *constitucionalización del derecho* sólo se produce donde funciona un sistema de justicia constitucional, pues, en definitiva, «... este fenómeno, aun si ya se había manifestado para las fuentes del derecho, no empezó realmente sino hasta el desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades públicas y los derechos

81 Ferdinand LASALLE, ¿Qué es una *Constitución?*, *op. cit.*

fundamentales»⁸². Reseñaré, de manera sucesiva, como ya anuncié, algunas decisiones de la jurisprudencia supranacional (A), específicamente la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y tres sentencias de la jurisprudencia nacional (B), concretamente del Tribunal Constitucional (B).

A. La jurisprudencia supranacional

Mencionaré, sólo a modo de ejemplo, algunas sentencias de importancia dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según lo anunciado.

A nivel americano no contamos con un estatuto directamente vinculante en materia de seguridad social, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene una disposición que reconozca de manera expresa este derecho fundamental. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una interesante, aunque muy escasa, jurisprudencia en la materia sobre la base de lo dispuesto por la Convención respecto de los derechos de naturaleza económica o social.

En un primer momento, la Corte se mostró renuente a considerar el derecho a la seguridad social como parte del Convenio. Así lo revelan varias de sus decisiones iniciales sobre la materia.

En el caso *Los cinco pensionistas vs. Perú*⁸³ los accionantes alegaron, entre otros aspectos, que el Estado peruano había

82 Louis FAVOREU, «La constitucionalización del derecho», *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 2001, p. 33.

83 Sentencia de 28 de febrero de 2003.

incumplido el artículo 26 de la Convención, pues les había reducido el monto de sus pensiones, incumpliendo así «el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión» [*sic*]. La Corte respondió, no obstante, que el desarrollo progresivo invocado debía medirse «en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente», lo que no ocurría en ese caso, razón por la cual desestimó la solicitud de pronunciarse al respecto⁸⁴.

84 En este sentido, el magistrado Sergio García Ramírez (quien emitió un voto «concurrente razonado») afirmó: «Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el ‘estatuto básico’ del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese ‘estatuto básico’. Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Empero, en esta figuran algunas consideraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explícita hecha por la Corte de que ‘los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva’. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de este».

En el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁸⁵ los intervinientes comunes alegaron la violación del artículo 26 de la Convención por parte de Perú. Afirmaban al respecto que el carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición tuvieron como consecuencias, entre otras, la interrupción del acceso de las víctimas y sus dependientes a la seguridad social y el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación, además de los efectos graves en su salud que ello conllevó. Sin embargo, la Corte consideró que el objeto de la sentencia no había sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que eran la base de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraban vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia. Y concluyó, en ese sentido: «La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones», de donde se concluye

85 Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

que se negó a abordar la (supuesta) violación del derecho a la seguridad social.

En el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*⁸⁶ la Corte abordó la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una perspectiva más progresista. En la especie, en la que los accionantes reclamaban el derecho a una pensión nivelable como parte del derecho a la seguridad social, la Corte consideró «pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello [...]. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho», pero entendió que en el caso el Estado procesado no había incumplido el artículo 26 de la Convención.

El giro importante en su jurisprudencia lo dio la Corte en el caso *Oscar Muelle Flores vs. Perú*.

En este caso, el accionante indicó (por órgano de sus representantes) que la acción se debía a que el señor Oscar Muelle Flores había sido privado del acceso y disfrute del derecho a la seguridad social, y que el Estado peruano había violado ese derecho, el cual derivaba del artículo 26 de la Convención, de forma autónoma. Alegó, además, que dicho Estado no le había garantizado el derecho a la seguridad social, ya que

86 Sentencia de 1 de julio de 2009.

había pasado 26 años «... de cotidiana negación y arbitrariedad perpetrada inicialmente por una empresa estatal minera, continuada por la ausencia de protección del Estado en curso del proceso de privatización, así como por la no ejecución de sentencias judiciales que reconocían la violación a nivel interno». Y que, asimismo, «... la cesación arbitraria del pago de la pensión, combinada con la privatización de la empresa Tintaya, sin la adopción de medidas con debida diligencia y salvaguardas para garantizar el derecho de la pensión por motivo de jubilación del señor Muelle Flores, resultó en la violación de su derecho a la seguridad social...», lo que –unido al incumplimiento de varias sentencias judiciales– lo había privado «de llevar una vida digna y de poder gozar de una vejez saludable, que le permitiera hacer frente a sus necesidades más básicas, como son la alimentación, la vivienda y la salud, a fin de mejorar su calidad de vida y la de su familia...».

La Corte hizo las siguientes consideraciones:

Como punto de partida, la Corte afirmó que advertía que el problema jurídico planteado se relacionaba con los alcances del derecho a la seguridad social, entendido como un derecho autónomo, derivado del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por tanto, un derecho justiciable (que se ha “judicializado”) a la luz de dicha norma supranacional. Ello significó un paso gigante, ya que ese derecho no está expresamente consignado en la Convención. En ese sentido, afirmó lo fundamental y trascendente: «... la Corte se pronunciará por primera ocasión respecto del derecho a la seguridad social, en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCAs, y para tal efecto seguirá el siguiente orden: a) el derecho a la

seguridad social como derecho autónomo y justiciable; b) el contenido del derecho a la seguridad, y c) la afectación del derecho a la seguridad social en el presente caso».

a) En cuanto al derecho a la seguridad social como derecho autónomo y justiciable, la Corte consideró que para derivar (interpretativamente) derechos del artículo 26 de la Convención había que auxiliarse de la Carta de la OEA, donde «existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito», correspondiendo a la Corte determinar el alcance de ese derecho, particularmente el derecho a la pensión a la luz de *corpus iuris* internacional en la materia, al que debe acudir para la interpretación y la aplicación de la Convención, conforme a sus artículos 29 y 31 de la Convención de Viena.

b) En cuanto al contenido del derecho a la seguridad social, la Corte acude, entre otras normas: 1) al artículo 45.b de la Carta de la OEA, que señala expresamente que «el trabajo deberá ser ejercido en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar»; 2) al artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, que «permite identificar el derecho a la seguridad social, al referir que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia»; 3) al artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (llamado Protocolo de San Salvador), que dispone que «... toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa», y que «cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación, en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto»; 4) al artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, texto que establece: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad», así como al artículo 25 de dicha declaración, que prescribe: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado [...] y a los seguros, en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»; 5) al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social». Afirma, además (para los fines del caso, que concierne, de manera concreta, a un ciudadano peruano), que el derecho a la seguridad social está reconocido en Perú en los artículos 10 y 11 de la

Constitución Política de ese país; y 6) a los convenios 102 y 128 de la OIT.

c) En cuanto a la afectación del derecho a la seguridad social, en el caso concreto, la Corte consideró que en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan y, en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores. Y agregó: «A pesar de que ni la Comisión ni las representantes alegaron de manera expresa la violación de los artículos 5.1 y 11.1 de la Convención en el presente caso, ello no impide que dichos preceptos sean aplicados por esta Corte, en virtud de un principio general de Derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente», y al respecto hace mención de los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* y *Vereda La Esperanza vs. Colombia*.

La Corte también consideró que «la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida, la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales del ser humano» y que «la afectación del derecho a la seguridad social por el no pago de las mesadas pensionales implica angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro de una persona mayor, por la posible falta de recursos económicos para su

subsistencia, ya que la privación de un ingreso lleva intrínsecamente la afectación en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal». Y continuaba así: «La falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección, por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende, también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad».

Y sobre esa base concluyó, en ese aspecto de la especie, que el Estado peruano era responsable por haber violado, en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores, el artículo 26 de la Convención, en relación con los artículos 5, 8.1, 11.1, 25.1, 25.2.c y 1.1, así como el artículo 2 de dicho instrumento jurídico.

B. La jurisprudencia nacional

A continuación, haré una breve exposición del tratamiento dado por el Tribunal Constitucional de República Dominicana al tema de la seguridad social, a la luz de algunas sentencias importantes en la materia. La selección de esas decisiones, además de responder a criterios muy discrecionales, está estrechamente vinculada al tema central de este breve estudio, razón por la cual sólo incluye algunas decisiones de

importancia. Paso, por tanto, a reseñar los aspectos que con relación a este breve estudio, tienen mayor relevancia, a fin de dejar bien sentados los criterios del Tribunal Constitucional en esta materia. Procuero con esto que el viento no se lleve postulados tan esenciales y sensibles en una materia tan vital.

1) Reseña de la sentencia TC/0203/13, de 13 de noviembre de 2013

La primera de esas decisiones es la sentencia TC/0203/13, de fecha 13 de noviembre de 2013. En ella, el Tribunal Constitucional estableció parte de los perfiles básicos del derecho a la seguridad social en el ordenamiento jurídico dominicano, lo que dio a esta Resolución constitucional el carácter de sentencia emblemática en la materia.

Los hechos a que se contrae dicha decisión pueden ser resumidos como sigue: a) el señor Juan Prebisterio Meli, de 72 años, interpuso una acción de amparo en contra de la Administradora de Riesgos Laborales, mediante la cual reclamaba el pago de una pensión de RD\$ 5,000.00 mensuales por haber sufrido un accidente de trabajo, así como el pago de un «retroactivo» de RD\$ 270,000.00 y los intereses legales generados y la aplicación de un *astreinte* de RD\$ 50,000.00 por cada día de retardo en el cumplimiento de la sentencia a intervenir en el sentido pretendido por el accionante; b) dicha acción fue rechazada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, sobre la consideración de que «en la especie [...] no se ha podido comprobar ninguna violación, ni siquiera la existencia de la posibilidad de violación de derechos fundamentales» contra el accionante; c) esa decisión fue recurrida

en revisión por el señor Meli ante el Tribunal Constitucional, órgano que, luego de sustentar su decisión en los artículos 7, 8, 57, 58 y 60 de la Constitución de la República, juzgó, en lo esencial, lo siguiente:

a) En torno al derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional afirmó:

- 1) Que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y, como tal, inherente a la persona, aunque de naturaleza prestacional, «en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado»;
- 2) Que, conforme a los artículos citados, el derecho a la seguridad social, particularmente en el caso de las personas envejecientes que sufren de alguna discapacidad es, por la fuerza de la Constitución, de cumplimiento obligatorio, sobre todo porque responde al principio de progresividad, previsto por el artículo 8 constitucional;
- 3) Que el derecho a la seguridad social «constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad» y se sustenta en los principios de universalidad y solidaridad;
- 4) Que este derecho puede ser reivindicado mediante la acción de amparo, correspondiendo a los jueces ponderar, en concreto, las particularidades de cada caso;
- 5) Que en la especie, y debido a la avanzada edad del accionante en amparo y a su discapacidad, el Tribunal acogía el principio de la protección reforzada, desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia

(según su sentencia T-431/11, de 19 de mayo de 2011), «cuya obligatoriedad se hace imperativa por disposición de los artículos 58 y 60 de la Constitución dominicana»;

- 6) Que, sin embargo, para que el accionante hiciese valer su derecho y acreditar su procedencia, debía cumplir con los requisitos previstos por las leyes sobre la materia (de ahí la necesidad de acudir, básicamente, a la ley 87-01);
- 7) Que según el artículo 185 de la ley 87-01, la finalidad del seguro de riesgos laborales es «la prevención y cobertura de los daños ocasionados por accidentes de trabajo y/o enfermedades a consecuencia del ejercicio profesional, incluyendo toda lesión corporal y todo estado mórbido que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que presta por cuenta ajena», cuya cobertura recae en las administradoras de riesgos laborales, lo que implica que «cuando un asegurado quiera hacer valer su derecho a los servicios médicos, necesarios para atender un accidente de trabajo, debe reclamar su pago a la administradora de riesgos laborales, mediante los procedimientos previstos por la ley y los reglamentos complementarios»;
- 8) Que los pagos a ser realizados (al amparo de esa cobertura) están sujetos a la supervisión de la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales, cuyas funciones principales son: velar por el estricto cumplimiento de la Ley 87-01 y sus normas complementarias, proteger los intereses de los afiliados y vigilar la solvencia

financiera de los organismos que integran el Sistema Dominicano de Seguridad Social; y

- 9) Que el artículo 4 del reglamento del seguro de riesgos laborales «precisa que el seguro de riesgos laborales es el mecanismo financiero por medio del cual, con base en el aporte de una contribución de parte del empleador, se garantiza que el trabajador sea compensado debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad ocupacional que, como consecuencia, le hayan ocasionado alguna lesión corporal o Estado mórbido».

b) En torno al caso concreto, el Tribunal Constitucional estableció:

- 1) Que, a la luz de los principios que rigen la interpretación y reglamentación de los derechos y las garantías fundamentales y de los principios rectores del sistema de justicia constitucional y de la actitud que se esperaba del propio Tribunal Constitucional, estaba claro que, en el mejor de los casos, esos principios habían tenido una «vigencia débil en el accionar del juez de amparo», quien no había valorado que, después del accidente de trabajo sufrido, el accionante no había podido reincorporarse a la vida por recomendación médica, lo que se podía verificar mediante incuestionados certificados e informes médicos;
- 2) Que el juez de amparo tampoco había valorado que, debido a su dolencia, el accionante no era apto para el trabajo productivo, debiendo ser resaltado, además, que a la fecha del mencionado accidente, el

accionante tenía 72 años, de donde concluía que a la fecha del pronunciamiento de la sentencia, dicho señor debía tener ya 78 años de edad, situación en la cual había de suponerse que, por su avanzada edad –y conforme a la *tesis de la vida probable* (propuesta por la Corte Constitucional de Colombia)–, dicho señor ya no existiría para la fecha de una decisión dentro de un proceso judicial ordinario, lo que, unido al alto volumen de procesos judiciales, debía concluirse que el anciano accionante no tenía otro medio distinto al de la tutela (mientras se decidía, por el juez natural, el fondo del asunto) para procurar (por la vía del amparo) el respeto de su derecho;

- 3) Que, sin embargo, «en el caso que nos ocupa, la parte recurrente ha tenido una larga espera para obtener respuesta a su solicitud, en su circunstancia especial de no encontrarse apto para la realización de ningún trabajo productivo, y sin que el tiempo se detenga a su favor sino, muy por el contrario, con una lesión degenerativa, todo lo cual evidencia que la dilación indebida por parte de la Administradora de Riesgos Laborales Salud Segura ha implicado serias violaciones a sus derechos fundamentales y que pueden, a su vez, desencadenar conculcaciones a otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, y que este Tribunal Constitucional, en este caso concreto, se ha determinado a proteger»;
- 4) Que, en esta situación, «promover la posibilidad de que la parte recurrente se someta a una nueva espera frente a la administración, contra la que, como ocurre

- usualmente con los envejecientes, el tiempo obrará con inclemencia redoblada, sería someterlo, asimismo, a la incertidumbre de si va a recibir o no, en tiempo razonable, la protección que probablemente ni siquiera tenga la oportunidad de disfrutar»;
- 5) Que, por tanto, el recurrente no debía «cargar con la inobservancia de los principios que rigen a la Administración Pública, descentralizada, y a sus órganos autónomos y desconcentrados, y que en este caso ha hecho la Administradora de Riesgos Laborales Salud Segura, como entidad pública que pertenece al Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS), órgano autónomo del Estado que tiene a su cargo la administración y prestación de los servicios del Seguro de Riesgos del Trabajo, y que a su vez forman parte del Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS)»;
 - 6) Que, de conformidad con las consideraciones precedentes, debía revocar la sentencia de amparo y «proceder a reconocer a Juan Prebisterio Meli su derecho a una pensión correspondiente al setenta por ciento (70 %) de su salario base por discapacidad permanente total al haber quedado inhabilitado, permanentemente y por completo, para ejercer cualquier profesión u oficio, sin poder dedicarse a otra actividad»; y
 - 7) Que, en tal virtud, y conforme a los artículos 195.c y 196.c de la ley 87-01, dispuso, en lo esencial, (i) que la Administradora de Riesgos Laborales Salud

Segura (ARLSS) y el Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS) reconocieren y autorizaren al recurrente, Juan Prebisterio Meli «la compensación y pago correspondiente a la pensión por discapacidad que le corresponde, por el monto del setenta por ciento (70 %) de su salario base», y (ii) que Administradora de Riesgos Laborales Salud Segura (ARLSS) y el Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS) cumplieren con lo así dispuesto «desde el momento en que dejó de percibir su salario en ocasión del accidente de trabajo».

2) Reseña de la sentencia TC/0405/19, de 1 de octubre de 2019

Los hechos a que esta decisión se refiere pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- a) En fecha 2 de diciembre de 2014, la señora Iris María Arias Rosario reclamó, ante la Administradora de Fondos de Pensiones Siembra, S. A. (AFP Siembra), el pago de una pensión de sobrevivencia, en su condición de cónyuge sobreviviente del señor Mario César de Jesús Fernández Morales, quien a la fecha de su fallecimiento estaba afiliado a la mencionada AFP.
- b) La AFP Siembra se negó al pago de la referida pensión, sustentando su negativa en la resolución 186-01⁸⁷, dictada por el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) en fecha 24 de julio de 2008, norma

87 Esta resolución había revocado la resolución 268-06, de 1 de agosto de 2006.

que había aprobado el contrato de discapacidad y sobrevivencia suscrito entre la mencionada AFP y la compañía de seguro Mapfre BHD, quien estuvo en el proceso de amparo en calidad de interviniente forzosa.

- c) Ante la negativa del pago de la pensión reclamada, en fecha 2 de diciembre de 2014 la señora Arias Rosario interpuso una acción de amparo en contra de AFP Siembra, S. A., el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) y la Superintendencia de Pensiones (SIPEN), en reclamación del pago de la referida pensión. Como fundamento de su acción, invocó su condición de cónyuge sobreviviente del señor Mario César de Jesús Fernández Morales, quien había fallecido estando afiliado a la AFP Siembra, S. A., y reclamando las prestaciones previstas por el artículo 51 de la ley 87-01, teniendo como sustento, a nivel constitucional, los artículos 57 y 60 de nuestra ley fundamental.
- d) Las entidades demandadas pusieron en causa, mediante una demanda en intervención forzosa, a la compañía aseguradora Mapfre BHD, S. A., y, en conjunto, invocaron, *grosso modo*, su no responsabilidad jurídica en la litis y/o lo previsto por la resolución 186-06, dictada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en fecha 24 de mayo de 2008 (que había revocado la resolución 268-06, dictada el 1 de agosto de 2006), la cual había aprobado el contrato de póliza de discapacidad y sobrevivencia suscrito

por la SIPEN con varias compañías aseguradoras, contrato que excluía de los beneficios correspondientes a las prestaciones por sobrevivencia (además de otras exclusiones) a los familiares de los afiliados que al momento de su fallecimiento sobrepasasen los 60 años de edad, contraviniendo de manera flagrante disposiciones claras de la ley 87-01.

- e) La acción de amparo fue acogida mediante la sentencia núm. 00107-2015, dictada en fecha 24 de marzo de 2015 por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo; Resolución judicial que, en lo esencial: 1) rechazó varios medios de inadmisibilidad presentados por las accionadas; 2) rechazó la solicitud de «exclusión» de la compañía Mapfre BHD, S. A.; 3) declaró la regularidad de todas las acciones; 4) acogió la acción de inconstitucionalidad contra las resoluciones 186-01 y 268-06 y, en consecuencia, las dejó «sin efecto en lo relativo a la edad de 60 años del afiliado para que al beneficiario se le pueda pagar la pensión por sobrevivencia»; 5) ordenó al CNSS y a la SIPEN «proceder de manera inmediata a confirmar la cobertura de la pensión por sobrevivencia del afiliado Mario César de Jesús Fernández Morales, señora Iris María Arias Rosario, así como a otorgarle la pensión que corresponde y a realizar un primer pago retroactivo que contemple las pensiones que debieron haber sido otorgadas desde la fecha del fallecimiento a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones Siembra, S. A. (AFP Siembra); y 6) otorgó un plazo

de treinta días a las accionadas para el cumplimiento de lo decidido y, además, fijó un *astreinte* de RD\$ 1,000.00 por cada día de retraso en el cumplimiento de lo decidido, a contar del vencimiento del plazo otorgado.

- f) Esta decisión fue recurrida en revisión ante el Tribunal Constitucional por la AFP Siembra, S. A., el CNSS, la SIPEN y la compañía aseguradora Mapfre BHD, S. A.

Veamos ahora el derecho:

El juez de amparo fundamentó, en derecho, su decisión, en lo esencial, en las siguientes consideraciones: 1) que el artículo 51 de la ley 87-01 disponía: «Pensión de Sobreviviente: en caso de fallecimiento del afiliado activo, los beneficiarios recibirán una pensión de sobrevivencia no menor al sesenta por ciento (60 %) del salario cotizante de los últimos tres (3) años o fracción, ajustado por el índice de Precios al Consumidor (IPC). El cónyuge sobreviviente menor de 50 años recibirá una pensión durante sesenta (60) meses, o, en su defecto, el hijo menor hasta los 18 años. El cónyuge sobreviviente mayor de 50 años y menor de 55 años tendrá derecho a setenta y dos (72) meses de pensión y los sobrevivientes mayores de 55 años, a una pensión vitalicia. La pensión de sobrevivencia será financiada con el monto acumulado de la cuenta personal del afiliado más el aporte del seguro de sobrevivencia. Estas prestaciones serán revisadas cada 5 años...»; 2) que las resoluciones 186-01 y 268-06 contenían cláusulas que violaban los derechos

fundamentales de la accionante «al establecer un límite de 60 años del afiliado, toda vez que conforme se observa que la ley que rige el procedimiento a tales fines [*sic*], es decir, la 87-01, no pone obstáculos en relación a la edad, como lo disponen las referidas resoluciones»; y 3) que, a la luz de la sentencia TC/0203/13, dictada el 13 de noviembre de 2013 por el Tribunal Constitucional, la naturaleza de los derechos fundamentales conculcados en la especie trascendía el acto administrativo atacado; y 4) que en el caso llevado a su consideración se había verificado la violación de los derechos fundamentales a la dignidad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la seguridad social, por lo que procedía acoger la acción de amparo, dejar sin efecto las mencionadas resoluciones, en el sentido indicado. Además, rechazó —«sin necesidad de hacerlo constar en la parte dispositiva» de la sentencia— la acción contra la compañía de seguros Mapfre BHD, por considerar que no era «la obligada frente a la accionante a los fines de realizar el pago de la pensión exigida».

Como se ha dicho, esta decisión fue recurrida en revisión ante el Tribunal Constitucional, por la SIPEN, el CNSS, AFP Siembra y Mapfre BHD, quienes sustentaron su acción recursiva, en esencia, sobre los alegatos de que: a) el contrato póliza que amparaba a los beneficiarios del seguro de discapacidad y sobrevivencia suscrito entre las AFP y las compañías aseguradoras contratadas a tales fines había sido sustituido por «un nuevo modelo de contrato», aprobado mediante la resolución 369-02, dictada en fecha de 24 de abril de 2015 por el CNSS, el cual «introduce modificaciones consensuadas favorables a los beneficiarios, de donde se desprende una condenación con

base en un acto derogado y, por tanto, inexistente»; b) que el juez de amparo había derogado una decisión administrativa y supletoria emitida por la autoridad legal competente y en apego a la ley, a la cual no se había referido el juez de amparo; c) que, de todos modos, el esposo de la accionante había fallecido siete años después de haber dejado de cotizar, «por lo que no había contratación con la aseguradora para el pago de la reclamada pensión por sobrevivencia»; d) que el referido contrato no se trataba de un libre intercambio de voluntades, sino el cumplimiento de un mandato proveniente de una autoridad, el CNSS, al tenor de su facultad normativa; e) que el tribunal de amparo había sido apoderado para conocer de una violación a derechos fundamentales alegadamente generada por las resoluciones 186-01 y 268-02 (que contienen el contrato póliza de discapacidad y sobrevivencia), las cuales el tribunal de amparo había declarado carentes de efecto jurídico «en lo relativo a la edad límite del afiliado para reclamar», «como si esas resoluciones no fueran una norma dictada por el CNSS [*sic*] en el ámbito de la facultad que le es dada por la Ley No. 87-01», lo que constituye un yerro, ya que, si bien es cierto que los jueces pueden conocer de una acción de inconstitucionalidad contra leyes, reglamentos y/o resoluciones, no pueden dejarlos sin efecto, pues «únicamente están llamados a aplicar la norma legal vigente, a menos de que se trate de una situación en la que se plantee una inconstitucionalidad, y no a interpretarla cuando su contenido está perfectamente claro, como sucede con la Resolución 186-01 y previamente con la Resolución 268-06» [*sic*], cuya nulidad pura y simple nunca podía ser, sino mediante acción de inconstitucionalidad

ante el Tribunal Constitucional⁸⁸, a lo que estaba obligada la accionante, ya que es asimilable a una ley y, por tanto, de cumplimiento obligatorio, salvo que se declare su inconstitucionalidad, razón por la cual el Tribunal Constitucional debía declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo; y f) que la pensión por sobrevivencia solamente se aplica cuando la persona muere antes de los 60 años de edad, puesto que «en situaciones normales, una persona no debería morir antes de esa edad; resulta utópico y sin sentido alguno otorgar pensiones a personas que lamentablemente han entrado en la fase de ‘envejecimiento’ de sus vidas»⁸⁹.

Mediante la sentencia que es objeto de esta reseña, el Tribunal Constitucional rechazó los recursos de referencia y confirmó la sentencia impugnada. Para fundamentar su decisión, este órgano procedió como indico a continuación:

88 Es oportuno hacer constar que, mediante su sentencia TC/0302/15, de 25 de septiembre de 2015, el Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad de una acción de inconstitucionalidad contra las citadas resoluciones 268-06 y 186-01 porque «el acto cuya inconstitucionalidad se alega no reúne los méritos necesarios para ser impugnado por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad». Es censurable que el Tribunal Constitucional haya declarado la inconstitucionalidad de una acción dirigida contra dos resoluciones notoriamente inconstitucionales, por tratarse de actos reglamentarios que modifican la ley 87-01 y que, por tanto, violan la Constitución, ya que provienen de un órgano administrativo que, arrogándose atribuciones que no tiene, contraviene una norma del Poder Legislativo, criterio que implícitamente enmendó, de manera certera, el Tribunal mediante la decisión reseñada, la sentencia TC/0405/19, de 1 de octubre de 2019.

89 Es necesario destacar, con pena y asombro, que la Procuraduría General Administrativa se sumó a la «causa» de la Administradora de Fondos de Pensiones Siembra, S. A., solicitando, en este criticable gesto de «solidaridad», que fuere acogido el recurso de revisión de dicha empresa, fuere revocada la sentencia impugnada y, por tanto, fuere rechazada la acción de la señora Arias Rosario.

a) En primer lugar, partió de lo prescrito por los artículos 51 de la ley 87-01⁹⁰ y 6, 188 y 189 de la Constitución de la República⁹¹ y de los criterios establecidos por dicho órgano en sus sentencias TC/0351/14, de 23 de diciembre de 2014;

90 El artículo 51 de la ley 87-01 dispone: «Pensión de sobrevivientes. En caso de fallecimiento del afiliado activo, los beneficiarios recibirán una pensión de sobrevivencia no menor al sesenta por ciento (60 %) del salario cotizante de los últimos tres (3) años o fracción, ajustado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC). El cónyuge sobreviviente menor de 50 años recibirá una pensión durante sesenta (60) meses, o, en su defecto, el hijo menor hasta los 18 años. El cónyuge sobreviviente mayor de 50 años y menor de 55 años tendrá derecho a setenta y dos (72) meses de pensión y los sobrevivientes mayores de 55 años, a una pensión vitalicia. La pensión de sobrevivencia será financiada con el monto acumulado de la cuenta personal del afiliado más el aporte del seguro de sobrevivencia. Estas prestaciones serán revisadas cada 5 años. Serán beneficiarios: El (la) cónyuge sobreviviente; b) Los hijos solteros menores de 18 años; c) Los hijos solteros mayores de 18 años y menores de 21 años que demuestren haber realizado estudios regulares durante no menos de los 6 meses anteriores al fallecimiento del afiliado; d) Los hijos de cualquier edad considerados discapacitados de acuerdo con el reglamento de pensiones. Las prestaciones establecidas beneficiarán: Con el cincuenta por ciento (50 %) al cónyuge, o en su defecto, al compañero de vida, siempre que ambos no tuviesen impedimento jurídico para contraer matrimonio. Con el cincuenta por ciento (50 %) a los hijos menores de 18 años, o menores de 21 si fuesen estudiantes, o mayores de edad cuando estuviesen afectados por una incapacidad absoluta o permanente. Párrafo I.- A falta de beneficiarios de estos grupos el saldo de la cuenta se entregará en su totalidad a los herederos legales del afiliado. El afiliado tendrá derecho a señalar sus herederos de acuerdo con las leyes dominicanas. Párrafo II.- El CNSS establecerá, luego de realizados los estudios de factibilidad correspondientes, el monto del seguro de vida según el aporte y en caso de que el afiliado no falleciera, el monto del ahorro acumulado del mismo será adicionado a su fondo de pensión».

91 El artículo 6 de la Constitución de la República prescribe: «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». El artículo 188 establece, por su parte: «Control Difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento». El artículo 189 constitucional dispone: «La ley regulará los procedimientos constitucionales y lo relativo a la organización y al funcionamiento del Tribunal Constitucional».

TC/0116/16, de 22 de abril de 2016; y TC/0119/14, de 13 de junio de 2014.

b) En segundo lugar: 1) precisó que los derechos fundamentales envueltos en el presente caso se encuentran consignados en los artículos 38, 57 y 60 de la Constitución; 2) señaló que a esos textos se adiciona, de manera importante, el artículo 51 de la ley 87-01, el cual –contrario a lo alegado por una de las partes– no establece el requisito que sobre la edad del afiliado fijan las resoluciones 268-06 y 186-01 para que los beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivencia prevista por el citado artículo 51; 3) reiteró algunos de los criterios establecidos por el Tribunal en la referida sentencia TC/0203, en cuanto a «la especial protección de los derechos fundamentales, a la dignidad humana y a la seguridad social cuando su titular es una persona de la tercera edad», criterio que fue reiterado en la sentencia TC/0375/16, de 11 de agosto de 2016; 4) consignó que la pensión de sobreviviente tiene por finalidad «la protección de la familia que se ve desamparada por la muerte de quien proveía el sustento del núcleo familiar, entregando una prestación económica equivalente a lo que se dejó de percibir en ocasión del fallecimiento del causante [...], tutela señalada [que] se expande aún más cuando el beneficiario de la referida pensión es una persona en senectud o perteneciente a la tercera edad, pues, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 57 de nuestra carta sustantiva y a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, estas personas son acreedoras, frente al Estado, de una protección especial, a fin de garantizar el disfrute efectivo y oportuno de ese derecho fundamental»; 5) indicó que «el juez constitucional, al momento en que le sea presentada una cuestión de esta

naturaleza, especialmente aquellas que tiendan a regular o modular el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social mediante prestaciones económicas (pensión por sobrevivencia o por discapacidad, por ejemplo), debe, para salvaguardar el mantenimiento de las condiciones que auspician la vida digna de una persona de la tercera edad, poner su empeño en que estas se cumplan con especial observancia de la Constitución de la República, primero, y, luego, de la legislación adjetiva que regula la materia social»; y 6) advirtió que «tomando en consideración que la supremacía de la Constitución funciona como un incuestionable axioma que se impone a todo juzgador al momento de decidir, y que, además, una Resolución no puede desconocer el carácter normativo de una ley, sobre todo si esta tiene el carácter de una ley marco que regula una disciplina, como la Ley núm. 87-01, es necesario precisar que el juez *a quo* obró correctamente al dejar sin efecto, vale decir, al declarar la nulidad de las resoluciones núms. 186-01 y 268-06. Para ello habrá necesidad de examinar la cuestión partiendo de los puntos nodales de la sentencia recurrida, lo que está referido, en primer lugar, a las pruebas que sirven de sustento a la reclamación de la señora Arias Rosario y, en segundo lugar, y de manera principal, al valor regulatorio de las señaladas resoluciones frente al valor normativo de la Ley núm. 87-01 y la supremacía incuestionable de las disposiciones constitucionales aplicables en el presente caso».

c) Y sobre esas premisas, y a fin de determinar los méritos de los recursos en juego, procedió al estudio de la sentencia impugnada, haciendo al respecto las siguientes consideraciones: 1) que «para dejar ‘sin efecto’, es decir, para declarar la nulidad de las resoluciones 186-01 y 268-06, el tribunal de

amparo tuvo que hacer un minucioso análisis de estas normas y del contenido de las cláusulas de los contratos póliza de discapacidad y sobrevivencia (cuyas condiciones generales y particulares fueron aprobadas mediante dichas resoluciones) para confrontarlas con los artículos 57 y 60 de la Constitución y 51 de la Ley núm. 87-01. Más aún, a fin de verificar si el juez *a quo* hizo una labor correcta en el sentido apuntado, este tribunal constitucional se ha visto constreñido a hacer el obvio y obligado análisis de la sentencia y, adicionalmente, proceder a la realización idéntica a la realizada por dicho magistrado»; 2) que el Tribunal había constatado que los contratos en cuestión imponían límites que vulneraban los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social y a la protección de los afiliados en razón de la edad, lo que justificaba lo decidido por el juez *a quo*, haciendo uso de lo previsto por el artículo 188 de la Constitución; 4) que en cuanto a la resolución 369-02, dictada por el CNSS el 24 de abril de 2015, el Tribunal advirtió que la situación (nueva) creada por dicha resolución es posterior al origen del conflicto y a la propia sentencia recurrida, de donde resulta, de manera clara y palmaria, que el juez de amparo no podía juzgar sobre la base de una regulación normativa que aún no existía (desconocida, por demás) cuando dictó su sentencia» y que, además, «habría sido impropio que (en el supuesto caso de que en el curso del proceso sobreviniera el cambio alegado), el juez *a quo* estaba conminado a aplicar la norma sustantiva vigente al momento de la génesis del conflicto, es decir, la Resolución núm. 186-01 (a la que el juez de amparo agregó la 268-06)»; que, en todo caso, la resolución 369-02 no había subsanado, en lo esencial, la violación de los señalados

derechos fundamentales, pues mantenía un límite de edad para el acceso a la pensión en cuestión, lo que constituía una modificación implícita, pero real y tangible y, por tanto, un desconocimiento a lo dispuesto por el artículo 51 de la ley 87-01, en la que no se establece ese límite o restricción para el ejercicio del derecho a la pensión; 5) que en cuanto a lo decidido por el juez de amparo, en lo concerniente a declarar la inaplicabilidad (al caso) de las resoluciones núms. 268-06 y 186-01, no se podía dejar sin considerar que, «en aplicación del principio de la jerarquía normativa como componente básico de nuestro ordenamiento jurídico y del orden constitucional dominicano, no es constitucionalmente admisible que el valor normativo de un acto reglamentario proveniente de un órgano administrativo pretenda ser colocado por encima de una norma general proveniente del Congreso Nacional»; que esto fue lo que «pretendió el Consejo Nacional de Seguridad Social mediante las indicadas resoluciones, con las cuales restringió o limitó el alcance del artículo 51 de la Ley núm. 87-01, arrogándose atribuciones que la Constitución de la República reconoce de manera exclusiva a este poder del Estado, lo que constituye una clara y flagrante violación de los artículos 93 y 96 de la Constitución de la República»; que «Conforme a la supremacía normativa establecida por nuestra Ley Fundamental, el sistema normativo dominicano se encuentra jerárquicamente organizado de una manera tal que en este se reconocen las normas de rango constitucional como las supremas y más importantes y, por lo tanto, a ellas se encuentran sometidas tanto las de rango legal como las de alcance reglamentario, y a las de rango legal se encuentran sometidas, a su vez, las de carácter reglamentario, entre las que

se incluyen las resoluciones dictadas por los órganos de la seguridad social, que comprenden, por ende, las resoluciones a que se refiere el presente caso»; 6) que «si bien los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 57 (relativo a la protección de las personas de la tercera edad) y 60 (concerniente al derecho a la seguridad social) de la Constitución de la República son derechos sociales de carácter prestacional, los cuales, como tales, necesitan ser legislativamente concretizados, no es menos cierto que el carácter fundamental de esos derechos es incuestionable y que estos son tangibles y concretos cuanto su regulación se materializa mediante el alcance que, en cuanto a su contenido, le confiere una norma de carácter legislativo, por la reserva de ley que está implícita en estos derechos. Ello es lo que ha ocurrido con esos derechos mediante la ley núm. 87-01 (de incuestionable carácter orgánico), en cuanto a los aspectos regulados por esta, lo que significa que una transgresión de dicha norma se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales a que ella se refiere, como son los derechos contenidos en los citados artículos 57 y 60. Con ello se pone en evidencia que las resoluciones núm. 268-06, dictada por la Superintendencia de Pensiones el primero (1ro). de agosto de dos mil dieciséis (2006), y núm. 186-01, dictada por el Consejo Nacional de Seguridad Social el veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008), son inconstitucionales por haber vulnerado los derechos fundamentales reconocidos por los citados textos, además de los previamente enunciados»; y 7) que de lo precedentemente indicado había de concluirse que el tribunal de amparo había dictado una sentencia ajustada al buen derecho.

Y, en consecuencia, rechazó, en cuanto al fondo, los recursos de referencia y, por consiguiente, confirmó en todas sus partes la sentencia impugnada, la 00107/15, dictada en fecha 24 de marzo de 2015 por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo.

3) Reseña de la sentencia TC/0051/20, de 17 de febrero de 2020

La TC/0051/20, de 17 de febrero de 2020, puede ser reseñada como sigue:

a) Los hechos a que se refiere el presente caso pueden ser resumidos como digo a continuación: 1) en fecha 22 de diciembre de 2017, la señora Berkys Aurora Colón Cruz interpuso una acción de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones Popular, S. A., la Superintendencia de Pensiones (SIPEN) y la compañía Seguros Universal, S. A., acción que trajo consigo una demanda en intervención forzosa contra el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS); y 2) la señora Colón Cruz fundamentó su acción en el hecho de que, estando en el pleno disfrute de una pensión de RD\$ 61,918.00 mensuales por discapacidad total de 86.9 %, por padecer del llamado mal de Parkinson, en etapa III, al llegar a los 60 años de edad, dicha pensión le fue suspendida, con indicación de la compañía aseguradora de que, debido a la señalada edad, le correspondía, en lugar de la pensión por discapacidad, una pensión por vejez, para lo cual, además, debía cumplir con ciertos trámites, y que sólo cuando estos fueren cumplidos comenzaría a recibir el pago de la nueva pensión (de un monto varias veces inferior a la anterior, ya

que no alcanzaba los RD\$ 11,000.00 mensuales). La accionante pretendía, en realidad, la restitución de la pensión por discapacidad, que ya recibía, y no la pensión por vejez, pues no cumplía los requisitos que para su beneficio establece el artículo 45 de la ley 87-01⁹².

b) Esa acción fue rechazada por el juez de amparo, sobre la base, de manera principal, de las siguientes consideraciones: 1) que la señora Colón Cruz recibía una pensión por discapacidad en virtud del artículo 46 de la ley 87-01; 2) que en fecha 19 de agosto de 2004, la SIPEN emitió la resolución 204-04, mediante la cual aprobó el contrato póliza que limitaba a los 60 años la edad límite para percibir dicha pensión, edad que fue aumentada a 65 años mediante la resolución 369-02, de 24 de abril de 2015, la cual, sin embargo, no se le aplicaba (por no tener efecto retroactivo), ya que dicha señora había comenzado a percibir su pensión en el año 2010, bajo los efectos de la indicada resolución 204-04; 3) que debido al hecho de haber llegado a la referida edad límite (60 años) para percibir la pensión por discapacidad, le correspondía gestionar el pago de su pensión por vejez ante el CNSS, tal como le había sido explicado mediante la comunicación DS-2135, emitida por la SIPEN en fecha 17 de noviembre de 2017; y 4) que la accionante no había probado la violación de ningún derecho

92 El artículo 45 de la ley 87-01 dispone: «**Pensión por vejez.** La pensión por vejez comprende la protección del pensionado y de sus sobrevivientes. Se adquiere derecho a una pensión por vejez, cuando el afiliado acredite: a) Tener la edad de sesenta (60) años y haber cotizado durante un mínimo de trescientos sesenta (360) meses; o b) Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años y acumulado un fondo que le permita disfrutar de una jubilación superior al cincuenta por ciento (50 %) de la pensión mínima».

fundamental en su contra, ya que había quedado demostrado el hecho de que la pensión que le correspondía era la de vejez y no la pensión por discapacidad, razón por la cual procedía el rechazo de la referida acción de amparo.

c) La decisión del tribunal de amparo fue recurrida en revisión ante el Tribunal Constitucional por la señora Colón Cruz, quien solicitó la revocación de la sentencia impugnada y que fuere acogida su acción de amparo; solicitud a la que se opusieron los recurridos, quienes solicitaron el rechazo del recurso y la consecuente confirmación de la sentencia atacada en revisión.

d) Mediante la sentencia reseñada, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia impugnada y acogió la acción de amparo de la señora Colón Cruz. Esa decisión tuvo por fundamento, de manera principal, las siguientes consideraciones: 1) que, en primer lugar y con independencia de que procediese o no el cambio de pensión, «el despojo de dicha pensión genera una violación al derecho a la seguridad social y la dignidad humana», razón por la cual procedía acoger el recurso de revisión y revocar la sentencia impugnada; 2) que nada justificaba la suspensión de la pensión de la accionante, independientemente de la sustitución de pensión, razón por la cual la actuación de la parte accionada tipificaba un acto que atentaba contra la dignidad humana, ya que dejaba sin pensión a una persona que, debido al mal de Parkinson que padecía, tenía una discapacidad de un 86.90 %; 3) que el derecho a la pensión que le reconocía la ley 87-01 no podía ser desconocido por una Resolución del CNSS ni por contrato alguno suscrito por la AFP Popular con un tercero, contrato que en todo caso, no le era oponible, de conformidad con

el efecto relativo de las convenciones, según lo dispuesto por el artículo 1165 del Código Civil; que «La llegada de dicha señora a la edad que le da derecho a una pensión por vejez no borra esta condición de salud, lo que significa que a su condición de inválida se suma su condición de vejez. Por tanto, pretender privarla de la pensión por discapacidad es pretender desconocer esa condición (la cual, como se ha dicho, es irreversible), lo que no es, material ni naturalmente, posible. En esto último consiste la vulneración de su derecho fundamental a una pensión, al amparo de artículos [sic] 57, 58 y 60 de la Constitución de la República, pues a la [sic] condición que le da derecho a la primera pensión (por discapacidad) es continua, es decir, no se ha interrumpido o desaparecido»; 4) que, en todo caso, la señora Colón Cruz tenía una doble condición: la discapacidad y la vejez. «Ambas condiciones le dan derecho a una pensión, situación en la cual ella debe tener derecho a ser beneficiada por el principio de la condición más favorable, propio del derecho laboral o por el principio de favorabilidad previsto en el artículo 7.8 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales. Siendo así, a ella le corresponde la pensión de mayor monto»; 5) que, asimismo, «los derechos fundamentales tienen un carácter progresivo, lo que significa que, además de sumar y reconocer derechos de esa naturaleza en provecho de los seres humanos, hay que sumar las prerrogativas derivadas de estos. El principio indicado imposibilita que esas prerrogativas sean recortadas, reducidas, desconocidas o disminuidas por disposiciones normativas posteriores en el tiempo, como ocurre en la especie con las resoluciones del CNSS, que ha avalado o aprobado contratos (los contratos

de cotización de discapacidad y sobrevivencia) que han ‘modificado’ la ley, violando el principio de legalidad e, incluso, la propia Constitución, ya que el CNSS se ha arrogado atribuciones que son propias del Congreso Nacional»; y 6) que, de conformidad con la sentencia TC/0203/13, el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, revestido, por tanto, de cumplimiento obligatorio, sobre todo porque el derecho a la seguridad social responde al principio de progresividad a que se refiere el artículo 8 constitucional, derecho que, además, es de aplicación reforzada cuando se trata de personas de edad avanzada y afectadas de discapacidad, como en la especie. Conforme a lo indicado, el Tribunal Constitucional ordenó a las accionadas «proceder de manera inmediata a restituir la cobertura de la pensión por discapacidad permanente de la cual es beneficiaria la señora Berkys Aurora Colón Cruz, así como realizar un primer pago retroactivo que contemple las pensiones que debió haber recibido desde la fecha en que se le suspendió el pago de la misma hasta el momento en que esta sentencia sea ejecutada».

§2. La vía de la reforma legal

Dos vías han sido propuestas para solucionar o mejorar los males del sistema de seguridad social: la reforma total del sistema (A) y su reforma parcial (B). Veamos.

A. La reforma total del sistema

Los estudios realizados sobre el sistema de capitalización individual en varios países de América Latina han llevado a algunos doctrinarios a hacer propuestas radicales,

debido a la quiebra de este sistema. Esto no sólo ha ocurrido en Chile, primer país en aplicar ese sistema (adoptado por República Dominicana mediante la ley 87-01), sino también en Perú, Colombia y otros países de la región que lo adoptaron.

Algunos ejemplos del porqué de esas propuestas «extremas»: a) en Chile, hasta hace poco, la pensión promedio de los jubilados por edad era de 322 dólares estadounidenses, lo que ha obligado al Estado a pagar un subsidio para incrementar el monto de esas pensiones, tomando en consideración que alrededor del 70 % de las pensiones son inferiores al salario mínimo; b) en Perú, el 90 % de los afiliados a las AFP que llegan a la edad de jubilación retiran la totalidad de sus ahorros, rechazando así el pago de una pensión, debido al bajo monto de esta; c) en Colombia, alrededor del 25 % de los colombianos están afiliados al sistema de capitalización individual adoptado por ese país en 1993, lo que significa que el otro 75 % no goza de esa protección. Y la situación se replica en otros países, sumando problemas, además, respecto de las demás contingencias del sistema previsional que se sustenta en el ahorro privado individual. El alegato principal contra el sistema de capitalización individual (como sistema previsional efectivo, no como mecanismo de producción o de generación de capitales para los bancos que invierten ese capital ajeno) es que este no funciona en países con trabajo precario y mucho desempleo, como en República Dominicana.

Esa realidad ya la vivimos los dominicanos en los casos de la salud y de las pensiones por discapacidad y sobrevivencia. De seguro que la sufriremos cuando se comience el pago de

las primeras pensiones por edad, con base en el sistema de capitalización individual.

Ante esa realidad, algunos han propuesto, como la mejor solución del mal, la eliminación total del sistema de capitalización individual y el regreso al sistema de reparto. En el caso de República Dominicana, esto significaría retomar un sistema parecido al régimen previsto por las leyes 1896 y 385, lo que implicaría un sistema con aportes de los empleadores y los trabajadores y el subsidio obligado del Estado. Sin embargo, además de los problemas del manejo de los fondos, la corrupción estatal y privada y la adecuada administración del sistema, los grandes intereses de los dueños del negocio de la «previsión social» privatizada hacen imposible que se vuelva atrás. Por tanto, es necesario buscar otras soluciones.

B. La reforma parcial del sistema

Es necesario indicar, como sustento de cualquier propuesta seria, en el sentido apuntado, que pese a las grandes dificultades que acompañan las controversias de gobiernos y doctrinarios para arribar a conclusiones únicas, aun respecto de las cuestiones más obvias, en apariencia, parece indudable que, conforme al ya asumido y reconocido fenómeno de la constitucionalización de la seguridad social en República Dominicana, cualquier modificación del Sistema Dominicano de Seguridad Social debe partir (además de los estudios de viabilidad) de la adopción de ese proceso como incuestionable realidad jurídica. Y, sobre esa base, entender que toda norma infraconstitucional sólo garantiza su validez si se sujeta al mandato constitucional, conforme al contenido esencial del

derecho a la seguridad social y al principio de razonabilidad, como pregonan el artículo 74.2 de nuestra ley fundamental.

El fenómeno de la constitucionalización de la seguridad social viene determinado no sólo por lo dispuesto en la *Constitución formal* nuestra, sino, más allá, en la *Constitución material*, conformada, gracias al mandato de los artículos 74.1 y 74.3 de nuestra ley sustantiva, por el texto formal de la Constitución y, además, por los derechos fundamentales implícitos que ingresan al ordenamiento jurídico dominicano por la vía creada por esos textos, conformando así el llamado *bloque de constitucionalidad*.

Creo que ese proceso de *constitucionalización del derecho a la seguridad social* alcanzó su punto más elevado con la Constitución de 2010, bajo cuya luz la ley 87-01 se muestra como constitucionalmente cuestionada, por su evidente carácter mercantilista, apartado de los postulados en que descansa el artículo 60 de nuestra ley fundamental.

Dado lo anteriormente descrito, no quiero quedarme en la mera crítica del sistema, sino que quiero hacer, a modo de conclusión, algunas sugerencias muy puntuales.

En primer lugar, creo que los órganos jurisdiccionales del país, sobre todo el Tribunal Constitucional, están llamados a ejercer, como buenos jueces pretorianos y eficientes guardianes de la Constitución, una labor de control y de adecuación constitucional de las leyes 379, 87-01 y cualquier otra sobre la materia⁹³ al propósito del constituyente, consolidando y

93 Véase, además, de las citadas, las leyes sobre regímenes particulares de trabajadores privados y del Estado, como, por ejemplo, las viejas leyes 82 (modificada), sobre el seguro de vida, cesantía e invalidez de los funcionarios y empleados públicos, y

fortaleciendo los criterios jurisprudenciales más avanzados en ese sentido, como lo dejó bien establecido nuestro órgano constitucional, por ejemplo, en sus sentencias TC/0203/13, TC/0375/16, TC/0405/19, TC/0501/19 y TC/0051/20, entre otras. Esta es la mejor manera que tienen los órganos que imparten justicia de hacer honor a su labor, para procurar, en esta materia, la armonía de su jurisprudencia con los nobles propósitos del constituyente dominicano, quien quiso conferir a la protección de los riesgos sociales (ello parece indudable) un claro carácter constitucional.

En segundo lugar, creo que es necesario desoír las voces que santifican el sistema, quienes, además de concebir la seguridad social como un negocio –no como un servicio público y un mecanismo de redistribución de la riqueza–, no entienden que los fondos de pensiones no son cajas de ahorro ni fondos de inversiones⁹⁴. Por eso, aunque se crea que clamo en el desierto, hay que hacer caso de los estudios serios, que piensan en los trabajadores que cotizan, no en los dueños del negocio⁹⁵. Es por ello por lo que no descarto que en el futuro haya necesidad de volver al sistema de reparto, sobre todo

6-86, que crea un fondo para servicios sociales, pensiones y jubilaciones para los trabajadores sindicalizados de la construcción y ramas afines. A esa lista hay que agregar, obviamente, las leyes de importancia más recientes en la materia, la 397-19 y la 13-20.

94 *Vide* al respecto Nicholas BARR *et al.*, *Prosperidad y pensiones. Reflexiones y perspectivas tras 20 años de la reforma de pensiones en la República Dominicana*, Asociación Dominicana de Administradoras de Fondos de Pensiones, Santo Domingo, 2022.

95 *Vide* Ciriaco CRUZ, Matías BOSCH CARCURO y Francisco TAVÁREZ (coordinadores), *Análisis y propuesta de un sistema de pensiones por vejez justo y sostenible como alternativa a las AFP en República Dominicana*, Fundación Sol, Fundación Juan Bosch, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UASD y Seguridad Social Digna, Santo Domingo, 2023.

cuando «descubramos», llegado el momento, el monto irrisorio de los pensiones del cantaleteado sistema de capitalización individual.

Quizás un punto intermedio, mientras tanto, sea aquel en que existan dos regímenes básicos generales de seguridad social (uno para el sector público y otro para el sector privado), que funcionen dentro del sistema de reparto, con carácter de orden público y obligatorio, a los que se sumen regímenes complementarios administrados por el sector privado (tal como funcionan las AFP y las ARS en la actualidad), de carácter convencional y voluntario, tal como funcionan estos regímenes en los países desarrollados, para sindicatos y asociaciones mutualistas, por ejemplo. Se trataría de un sistema mixto, compuesto por un *régimen básico de reparto* (de carácter obligatorio y de orden público), que cubra entre el 60 % y el 70 % de los riesgos sociales, y un *régimen complementario* (de carácter privado, voluntario y convencional), que cubra entre un 20 % y un 30 %, con un margen moderador (un *ticket moderador*) de un 10 %, aproximadamente, del costo del riesgo cubierto, cuyo pago recaiga sobre los afiliados.

A ello agregaría un *fondo de pensiones garantizado*, subsidiado por empleadores, trabajadores y el Estado, para garantizar el pago de las pensiones de aquellos empleadores que se sustraigan a la ley y al consecuente pago de las cotizaciones sociales, que supere las deficiencias que en ese sentido conlleva la aplicación del artículo 728 del Código de Trabajo y todas las leyes sobre seguridad social en el país.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHINGER (Hans) *et al.*, *Los seguros sociales*, Ediciones Rialp, Madrid, 1966.
- BARKER (Robert S.), *El constitucionalismo en los Estados Unidos*, Ediciones Olejnick, Santiago, Chile, 2018.
- BARR (Nicholas) *et al.*, *Prosperidad y pensiones. Reflexiones y perspectivas tras 20 años de la reforma de pensiones en la República Dominicana*, Asociación Dominicana de Administradoras de Fondos de Pensiones, Santo Domingo, 2022.
- BOSCH CARCURO (Matías) y FERNÁNDEZ GIL (Airon), *El negocio seguro a la seguridad social*, Fundación Juan Bosch, Santo Domingo, 2019.
- CARBONELL (Miguel) (dir.), *Neoconstitucionalismo*, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- CRUZ (Ciriaco), BOSCH CARCURO (Matías) y TAVÁREZ (Francisco) (coordinadores), *Análisis y propuesta de un sistema de pensiones por vejez justo y sostenible como alternativa a las AFP en República Dominicana*, Fundación Sol, Fundación Juan Bosch, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UASD y Seguridad Social Digna, Santo Domingo, 2023.
- DE FERRARI (Francisco), *Los principios de la seguridad social*, segunda edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982.

- DE OTTO (Ignacio), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, segunda edición, sexta reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.
- DUPEYROUX (Jean-Jacques), *Droit de la sécurité sociale*, décimo primera edición, Dalloz, París, 1988.
- FAVOREU (Louis Joseph), “La constitucionalización del derecho”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 2001.
- FERRAJOLI (Luigi), *Derecho y razón*, segunda reimpresión de la décima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, tercera reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- GIL (Domingo), “La teoría de los derechos implícitos”, *Anuario 2015 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, 2016.
- GIL (Domingo), *La tutela jurisdiccional de los derechos de los trabajadores*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Colección Iudex, Santo Domingo, 2022.
- GIL (Domingo), *La Constitución material*, Tribunal Constitución de la República Dominicana, Colección Iudex, Santo Domingo, 2023.
- GRIMM (Dieter), *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Oscar), *Derecho constitucional del trabajo*, Tribunal Constitucional de República Dominicana, Centro de Estudios Constitucionales, Santo Domingo, 2023.
- HERNÁNDEZ RUEDA (Lupo) y HERNÁNDEZ CONTRERAS (Carlos), *La seguridad social en Santo Domingo*, Instituto de Estudios del Trabajo, Santo Domingo, 1996.
- HERRERA BORNIA (Orestes), *Seguridad Social en la República Dominicana*, Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, República Dominicana, 1979.

- KÄGI (Werner), *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- LASALLE (Ferdinand), *¿Qué es una Constitución?*, Panamericana Editorial, séptima reimpresión, Bogotá, 2004.
- LÖEWENSTEIN (Karl), *Teoría de la Constitución*, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- MONEREO PÉREZ (José Luis) *et al.*, *Manual de seguridad social*, decimoséptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2021.
- NINO (Carlos Santiago), *Ética y derechos humanos*, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005.
- ORTEGA (Eduardo) (coord.), *Curso de garantías constitucionales*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2000.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Hacia la seguridad social*, Montreal, 1942.
- PEGORARO (Lucio), “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, número 1, diciembre de 2018, Santo Domingo.
- PELLERANO GÓMEZ (Juan Manuel), “La Constitución como norma jurídica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, núm. 9, enero-febrero de 1992, Santiago, República Dominicana.
- PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, novena edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- PÉREZ ROYO (Javier), *Curso de derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ (Namphi) y FÉLIZ (Belén), *Inconstitucionalidad de la actividad reglamentaria del Consejo Nacional de la Seguridad*

Social (CNSS), Fundación Prensa & Derecho, Santo Domingo, 2014.

TEJADA (Adriano Miguel), “La inconstitucionalidad de las leyes por vicio de forma”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Madre y Maestra, núm. 1, septiembre de 1984, Santiago, República Dominicana.

ZAGREBELSKY (Gustavo), *El derecho dúctil*, octava edición, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Esta edición de *La constitucionalización de la seguridad social* del Mag. Domingo Gil, consta de cuatrocientos (400) ejemplares, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2024 en los talleres gráficos de Editora Búho, SRL, Santo Domingo, República Dominicana.



www.tc.gob.do

ISBN: 978-9945-651-39-3



9 789945 651393