

- **Luis G. Fernández Budajir**
- **Emely García**
- **Yorlin Vásquez Castro**
- **Jesús Pérez Marmolejos**
- **Rey Fernández Liranzo**
- **Laurenys Santana**
- **Rosa Ma. Diaz Oliveras**
- **Marie I. Vieira**

2022

COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES

- **William Vizcaino Canario**
- **Nikauris Báez Ramírez**
- **Víctor A. León Morel**
- **Aldo García Sánchez**
- **Enmanuel A. Rosario Estévez**
- **Stalin Osser**
- **Nicole Mateo Rodríguez**
- **Adonis L. Recio**
- **Melissa Silié Ruiz**
- **Roberto Medina Reyes**
- **Pedro Luis Montilla Castillo**
- **Carlos González Cuello**
- **Juan E. Ulloa**
- **Denny E. Díaz M.**
- **Luis Francisco de Jesús Reyes**
- **Germania Montas**
- **Francisco Lapouble**
- **Erik Iván Acosta Soto**
- **Amaury A. Reyes-Torres**
- **Luis A. Sousa Duvergé**
- **Merielin Almonte**
- **Karina Noelia Espinal Ovalle**
- **Juan Vizcaíno Canario (Compilador)**



ABOGADOSDQ

Santo Domingo, República Dominicana



ABOGADOSDQ

COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES

**Santo Domingo, República Dominicana
2022**



ABOGADOSDQ

Compilación de Estudios Legales
Sexta edición

Compilador:

Juan N. E. Vizcaíno Canario

Año:

2022

Los conceptos emitidos en esta compilación son responsabilidad de cada autor

Contenido

Presentación	8
Estudios legales	
1. Apuntes sobre la identidad de la excepción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional <i>William Vizcaino Canario</i>	10
2. Apuntes sobre el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de la Administración Pública en el derecho administrativo de la República Dominicana <i>Rey A. Fernández Liranzo</i>	43
3. La degradación cívica como pena principal y la problemática de su complementaria <i>Luis Guillermo Fernández Budajir</i>	47
4. El derecho al olvido dominicano: contraposición a la jurisprudencia europea <i>Emely García</i>	65
5. La factura electrónica, una solución fiscal jurídicamente válida <i>Yorlin Vásquez Castro</i>	68
6. La transición energética en la República Dominicana: ¿Necesitamos una ley al estilo francés? <i>Jesús Pérez Marmolejos</i>	71
7. Las víctimas y testigos de la tercera edad: validez de su testimonio <i>Laurenys Santana</i>	77
8. El acto administrativo <i>Rosa Ma. Diaz Oliveras</i>	88
9. La responsabilidad de acusación constitucional: análisis comparado latinoamericano <i>Marie I. Vieira</i>	96
10. Consideraciones sobre la equidad en la contienda <i>Denny E. Diaz Mordan y Juan Ulloa</i>	109
11. “La huida del derecho administrativo”: breve análisis de la Sentencia TC/0185/22 sobre el Banco de Reservas <i>Víctor A. León Morel</i>	114

12. La ratificación administrativa: una invención	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	117
13. La inclusión de la mujer en los órganos directivos intrapartidistas: retos para la democratización de las organizaciones políticas	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	121
14. Remedios contra la corrupción y el clientelismo político	
<i>Víctor A. León Morel</i>	124
15. Breve análisis sobre el proyecto de ley orgánica que busca regular la protección al derecho a la intimidad, el honor, el buen nombre y la propia imagen	
<i>Aldo García Sánchez</i>	130
16. La coalición de funcionarios desde otra perspectiva	
<i>Enmanuel A. Rosario Estévez</i>	142
17. Alianzas y coaliciones electorales	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	154
18. Entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados	
<i>Stalin Osser</i>	161
19. Los secretos de Estado y el poder invisible: análisis al proyecto de ley de DNI	
<i>Víctor A. León Morel</i>	164
20. Necesidad de reforma de la ley de expropiación y justiprecio	
<i>Víctor A. León Morel</i>	170
21. Derecho a la educación e igualdad material	
<i>Nicole Mateo Rodríguez</i>	178
22. Responsabilidad solidaria de los contribuyentes	
<i>Adonis L. Tineo</i>	179
23. Los Consorcios y su regulación en la República Dominicana	
<i>Melissa Silié Ruiz</i>	183
24. El debido procedimiento administrativo en el dictado de normas: implicaciones del vicio de origen	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	189
25. El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional	
<i>Roberto Medina Reyes</i>	199
26. El control de legalidad de los actos del Consejo Nacional de la Magistratura	

<i>Víctor A. León Morel</i>	202
27. La justicia constitucional frente a la propuesta de reforma	
<i>Pedro Luis Montilla Castillo</i>	212
28. La indemnización complementaria y su punto de partida	
<i>Enmanuel A. Rosario Estévez</i>	215
29. La tributación de los servicios digitales	
<i>Víctor A. León Morel</i>	225
30. Un acercamiento a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico dominicano	
<i>Carlos González Cuello</i>	231
31. La prescripción en materia tributaria	
<i>Adonis L. Recio</i>	237
32. Delincuencia económica 2.0 y el rol de la fiscalía europea	
<i>Víctor A. León Morel</i>	242
33. Las competencias orgánicas ¿parte de la libertad legislativa o limitada a la reserva legal?	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	247
34. La simplificación de los tramites digitales, un derecho de todos	
<i>Nicole Mateo Rodríguez</i>	250
35. Elementos de la reforma electoral para la construcción de un sistema electoral favorable al género	
<i>Juan E. Ulloa</i>	252
36. ¿Cuándo una acción de amparo resulta notoriamente improcedente?	
<i>Luis Francisco de Jesús Reyes</i>	262
37. El financiamiento político publico ¿una disyuntiva histórica?	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	265
38. Límites al control de legalidad en la discrecionalidad técnica de la Administración Pública: los concursos docentes	
<i>Víctor A. León Morel</i>	281
39. El mecenazgo deportivo. Reflexiones sobre un proyecto a medio camino	
<i>Germania Montas y Francisco Lapouble</i>	290
40. “Ley Zaldivar”, un despropósito para la Constitución	

<i>Erik Ivan Acosta Soto</i>	295
41. La motivación en los actos procesales del juicio contencioso administrativo <i>Adonis L. Tineo</i>	297
42. Sentencia TC/0317/21: ¿es inconstitucional un enunciado normativo? <i>Amaury A. Reyes-Torres</i>	300
43. El argumento libertario a favor de la vacuna obligatoria <i>Amaury A. Reyes-Torres</i>	305
44. La regulación de publicidad exterior: arbitrios en bienes de dominio <i>Víctor A. León Morel</i>	309
45. Una propuesta de Administración Internacional Provisional para Haití <i>Luis Antonio Sousa Duvergé</i>	318
46. Los compromisos de cese en materia de competencia <i>Merielin Almonte</i>	324
47. Las empresas como garantes de los derechos fundamentales <i>Roberto Medina Reyes</i>	329
48. El auxiliar experto en ejercicio recursivo ante los actos de ejecutor administrativo <i>Adonis L. Tineo</i>	337
49. Derecho penal del enemigo en delitos de corrupción: ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la defensa <i>Víctor A. León Morel</i>	341
50. Adaptación de la legislación electoral al contexto de las plataformas digitales <i>Karina Noelia Espinal Ovalle</i>	349

Presentación

La sexta entrega de la Compilación de Estudios Legales AbogadoSDQ, edición 2022, coincide con el doceavo aniversario de esta marca jurídica y, a la vez, con una etapa muy importante para el derecho, por la evidente ola de cambios sociales y paradigmáticos que incitan a todo abogado a volverse participe obligatorio de su evolución. Esto implica necesariamente abrir espacios que incluyan acciones destinadas a materializar los verdaderos roles que exige la abogacía, incluyendo el cumplimiento de su función social.

Desde el 6 de agosto de 2010 —día de creación de AbogadoSDQ— muchas personas se han interesado en mis razonamientos para hacer énfasis en el cumplimiento de la función social del abogado. En este sentido, reitero lo que expresé en la primera edición: *“esta función se cumple de varias maneras: colaborando con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del Estado, en la realización de una recta y cumplida administración de justicia, cooperando con una fluida interacción social, en procura del desarrollo económico del país, lo cual es evidente que no se logra con el simple hecho de postular ante tribunales defendiendo intereses de una persona. De ahí que, los propósitos esenciales que motivan mi diario accionar con AbogadoSDQ son: contribuir al desarrollo del Derecho e incentivar el cumplimiento de la función social del abogado, enfocándome en la difusión de la actualidad y del saber jurídico, ya que, para mí, compartir conocimientos evidencia el compromiso social de aquel que por vocación eligió la abogacía como su profesión”*.

En el portal www.abogadosdq.com existe gran cantidad de estudios jurídicos de utilidad para abogadas, abogados y estudiantes de derecho, así como para el público en general. Por eso decidí desde 2017 compilar anualmente las publicaciones con mayor incidencia, por tratarse de temas interesantes y que generan discusiones sustanciosas. En esta nueva edición, encontrarán artículos que ya fueron publicados en la página y otros nuevos; esta entrega cuenta con la colaboración de 30 profesionales del derecho, distribuidos en 50 publicaciones sobre distintas áreas del saber jurídico.

Para mí es un placer poner la presente compilación a disposición de toda la comunidad, esperando que sea de mucha utilidad.

Juan Vizcaíno Canario
Fundador de AbogadoSDQ



ABOGADOSDQ

ESTUDIOS LEGALES

Apuntes sobre la identidad de la excepción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

William Vizcaino Canario

Contenido

I. Preludio. - II. Los principios integradores de la excepción de inconstitucionalidad. - a) la supremacía constitucional. - b) la seguridad jurídica. - c) la igualdad. - d) la separación de poderes. - e) la cosa juzgada. - f) el *stare decisis*. - g) la confianza legítima. - III. La estructura de la excepción de inconstitucionalidad. - A. Sus intermediarios. - B. Su objeto. - C. Su trámite y procedimiento. - D. Su aplicación. - IV. Alcance y efectos de las decisiones sobre la excepción de inconstitucionalidad. - V. El valor jurisprudencial de las excepciones de inconstitucionalidad. - VI. A modo de cierre. - VII. Referencias bibliográficas.

I. Preludio

En esta ocasión quiero tratar el incomprendido tema —por algunos— de la excepción de inconstitucionalidad. En concreto me detendré en presentar someramente los elementos que, a partir de un análisis que realicé hace un tiempo, pude identificar como aquellos que configuran la identidad de este peculiar método para examinar la compatibilidad con la Constitución de las normas y ciertos actos estatales.

La excepción de inconstitucionalidad es considerada como un mecanismo de control constitucional difuso conminatorio diseñado para que los operadores jurisdiccionales puedan desaplicar, en un caso concreto, una norma que va en contravía a los postulados constitucionales¹. Esta, al mismo tiempo, supone una facultad de la autoridad competente para proteger una doble dimensión: 1) por un lado política, con el fin de coadyuvar a garantizar el equilibrio y separación de los poderes públicos; y 2) por otro lado jurídica, para salvaguardar la supremacía constitucional en el caso concreto y hacer efectiva la norma fundamental.²

En un prototipo de Estado social y democrático de Derecho, donde se prioriza el respeto por la separación e independencia de los poderes públicos y la justicia social para preservar el bienestar general y los derechos de todos —como es la República

¹ Cfr. Jane Catalina Cortés-Escárraga y Juliana Victoria Ríos-Quintero, “Eficacia de la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control constitucional”, *Inciso: Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas* (2017), 77-91, en 78, en <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/816/1211>, [acceso 6/6/2022].

² Cfr. Edgar Andrés Quiroga Natale, “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”, *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, número 34 (enero-junio 2015), 4-28, en 12.

Dominicana de acuerdo a los artículos 7 y 8 constitucionales³—, cada juez queda vinculado a los valores supremos y principios fundamentales impresos en la Constitución.

Lo anterior autoriza al juzgador a escrutar lo necesario para llegar a la interpretación más cónsona con la norma fundamental e inaplicar, caso por caso, las normas anticonstitucionales; en efecto, desde esta perspectiva, el juez ya no es un “instrumento que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”, dedicado a aplicar las normas en un sentido formal como en su momento afirmó el barón de Montesquieu⁴; sino que se erige como un genuino intérprete y creador de Derecho. De ahí que cada magistrado, al momento de enfrentarse a una excepción de inconstitucionalidad, deba tener en cuenta algunos elementos cardinales que le ayuden a definir la identidad de este ventajoso utensilio procesal.

II. Los principios integradores de la excepción de inconstitucionalidad

Empecemos por los principios rectores que norma la excepción de inconstitucionalidad. Tales son: a) la supremacía constitucional; b) la seguridad jurídica; c) la igualdad; d) la separación de poderes; e) la cosa juzgada; f) el *stare decisis* y, g) la confianza legítima.

A fin de indagar en el sustrato de cada uno de estos principios esenciales —los cuales no son mera retórica, sino que vinculan a todos los operadores jurídicos que hacen uso de esta herramienta procesal— y su aportación a la eficacia del control concreto de la constitucionalidad materializado a través de la excepción de inconstitucionalidad; abordaremos su contenido metafísico y cómo ellos —los pilares o principios mencionados— se acoplan para hacer posible la fiscalización constitucional de las normas jurídicas aplicables a un contexto particular.

a) El principio de la supremacía constitucional

La Constitución es la norma de donde dimana la validez del ordenamiento jurídico dominicano. Esto en virtud de que su carácter prescriptivo y supremo la convierten en *norma normarum* y norma creadora de otras normas. Condiciones que adquiere a partir de los términos de su artículo 6, que precisa:

Supremacía constitucional. - Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del

³ Estos rezan: “Artículo 7.- *Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.*

Artículo 8.- *Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas*”, Constitución Política de la República Dominicana, 32-33.

⁴ Charles Louis de Secondant - barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Alianza editorial, 2015), 149.

ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.⁵

Esto significa que todas las normas e instituciones que componen el ordenamiento jurídico dominicano se deben interpretar y aplicar a la luz de los parámetros delineados por la Carta Política. De ahí que se pueda —y deba— contemplar a la Constitución como el sostén de las fuentes del Derecho, como norma suprema y como la primera norma del ordenamiento jurídico⁶. Esto implica, en consecuencia, que todos los jueces dominicanos —en su condición de intérpretes y aplicadores del Derecho— antepongan la Constitución, frente a cualquier otro precepto de menor jerarquía, como norma de reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico siempre que vayan a resolver algún proceso o procedimiento de justicia constitucional u ordinario. Es esto lo que los hace a todos, en mayor o menor medida, *jueces constitucionales*.

De hecho, aquí —para remarcar el carácter medular de la supremacía constitucional— tiene cierta trascendencia mencionar el principio fundamental inherente al imperio de la ley. Este se encuentra instituido desde el preámbulo constitucional mostrándonos que su existencia genera una autoridad normativa que

[...] garantiza la sumisión de toda la ciudadanía al derecho, entendida la ley en ese caso como ordenamiento jurídico y no sólo como una reserva legal restringida. [...] El imperio de la ley solo es entendible como la sumisión de la ciudadanía al ordenamiento jurídico dictado conforme a la Constitución y consecuentemente subsiste el derecho de cualquier persona de denunciar la inconstitucionalidad de la ley.⁷

Gracias a que todos estamos sujetos al ordenamiento jurídico instaurado por la Constitución dominicana, y debido a su supremacía, es que adquiere relevancia el principio fundamental del imperio de la ley. Esto, considerando que los preceptos normativos contrapuestos a la Constitución deben ser expulsados o inaplicados de acuerdo al contexto jurídico-procesal donde se verifique su inconformidad con el texto supremo. De ahí que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional —en su condición de máximo garante de la supremacía constitucional— siempre debe estar dispuesto a controlar la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas o actos que no sean conformes a la Carta Política; pues, al fin y al cabo, su principal propósito es salvaguardar la prevalencia de la Constitución frente a cualquier disposición que se le oponga.

Es por esto que el sistema dominicano proporciona mecanismos afines para la protección de los preceptos constitucionales. Uno de ellos es el control concentrado que se realiza a través de la acción directa de inconstitucionalidad —única y exclusivamente— ante el Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 185.1 de la Constitución y los artículos 36 al 50 de la ley número 137-11, con la intención de que

5 Constitución Política de la República Dominicana, 31-32.

6 Cfr. Eduardo Jorge Prats, “Comentarios al artículo 6 de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS), *Constitución comentada*, 2da. Ed. (Santo Domingo: FINJUS, 2012), 57-58.

7 Servio Tulio Castaños Guzmán, “Comentarios al preámbulo de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS), *Constitución comentada*, 2da. Ed. (Santo Domingo: FINJUS, 2012), 45.

sea declarada la no conformidad de alguna ley, decreto, resolución, ordenanza o acto con el contenido de la Carta Política y, en consecuencia, se disponga su nulidad por inconstitucional. El otro es el control difuso mediante el cual todo juez, sin importar su jerarquía o jurisdicción, tiene el deber de aplicar dentro del caso concreto la prevalencia de la Carta Magna cuando se presente una confrontación entre ella y alguna disposición normativa inferior, vía la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 188 constitucional; de ahí que, en este último supuesto, la decisión sería inaplicar el precepto normativo para garantizar la supremacía constitucional.

Por tanto, el principio de la supremacía constitucional —de cara al ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control de la constitucionalidad de las normas— nos permite visualizar a la Carta Política como

[...] un enunciado de principios y valores de una organización político-social regulada en los contenidos de ley. [En ocasión de la cual] existirá siempre una interpretación sistemática de los preceptos de ley, y ante una ostensible contrariedad entre ellos y la Constitución, los primeros serán subordinados y deberán ceder para ser inaplicados o suspendidos por parte del operador jurídico en un caso concreto, dando prevalencia a la supremacía de la Carta Política. Ello adquiere una especial relevancia cuando la materia de protección son los derechos fundamentales en control por vía de excepción.⁸

En suma, la consagración del principio de la supremacía constitucional —engarzado al principio fundamental del imperio de la ley—, al menos en lo que tiene que ver con la excepción de inconstitucionalidad, supone un canal de doble vía en tanto que, de un lado, todos los jueces dominicanos —siendo el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra en aquellos procesos o procedimientos constitucionales de su competencia— tienen el importantísimo papel de defender los derechos constitucionales aplicando directamente la Carta Fundamental cuando existan contradicciones entre ella y una disposición preceptiva de inferior jerarquía; y, de otro, facilita a los ciudadanos una herramienta procesal para exigir la inaplicabilidad de los preceptos inconstitucionales que se pretendan emplear en la solución de su caso. Esto en virtud de que todos “los jueces [y tribunales] deben proteger las garantías constitucionales y no aplicar leyes inconstitucionales”.⁹

b) El principio de la seguridad jurídica

El concepto de seguridad jurídica soporta distintas lecturas, todas válidas. Para la ocasión, según percibe Sagües, por ella hay que entender “tanto la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar

⁸ Milton Alexander Usquiano Castro, *La excepción de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional colombiana* (Medellín: Universidad de Medellín, 2017), 49.

⁹ María José Maya Chaves, “Discordia, reforma constitucional y excepción de inconstitucionalidad”, *Revista de Estudios Sociales*, número 42 (2012), 118-128, en 127, en <https://journals.openedition.org/revestudsoc/6999>, [acceso 6/6/2022].

y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar” 10. Y cuando esta se percibe desde su tercer grado o estadio, que es el comúnmente aplicado en ordenamientos jurídicos como el nuestro, es refiriendo

[...] que ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos.¹¹

Por lo tanto, al abordar este principio e interpretar el contenido del artículo 110 de la Constitución Política¹², la jurisprudencia local ha precisado que

La seguridad jurídica, es concebida como un principio jurídico general consustancial a todo Estado de Derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes. Es la certeza que tienen los individuos que integran una sociedad acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios.¹³

Luego, en esa misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional añadió que la seguridad jurídica

[...] se relaciona con la estabilidad de las normas, razón por la cual para cambiarlas se precisa de un debate público y abierto, por lo que existen reglas muy bien definidas para la formación y efecto de las leyes. La seguridad jurídica tiene que ver con la irretroactividad de las leyes, con el principio de legalidad en la actuación de la administración pública, con la atribución de competencia a los jueces, entre otros.¹⁴

Es decir que hablar de seguridad jurídica, en cuanto a la labor jurisdiccional de aplicación e inaplicación de las normas jurídicas, implica que se tenga un conocimiento cierto y anticipado o, más bien, que haya previsibilidad en cuanto a la normativa que se va a emplear. En otros términos, con esto quiero enfatizar que, si el Estado de Derecho está cimentado en la presunción de constitucionalidad de las normas, ante la ineficacia en la aplicación de una disposición preceptiva invalida al momento de sobrevenir

10 Néstor Pedro Sagües, “Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica”, *Revista Pensamiento Constitucional*, año IV, número 4 (1997), 217-232, en 218, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3303/3145>, [acceso 6/6/2022].

11 Sagües, 219.

12 Que reza: “La ley solo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que este subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior”, Constitución Política de la República Dominicana, 152.

13 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0100/13 del 20 de junio de 2013, 33-34, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc010013>, [acceso 6/6/2022].

14 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0489/15 del 6 de noviembre de 2015, 12, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc048915>, [acceso 6/6/2022].

cualquier acontecimiento podrían presuponerse las implicaciones jurídicas de su aplicación.

Algo así es lo que advirtió la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, cuando en su sentencia 2771-03, del 4 de abril de 2003, indicó lo que sigue:

[...] la seguridad jurídica es un principio complejo, necesariamente balanceado de forma tal que asegure, a su vez, la igualdad y la libertad. Este principio es sustentado por la confianza ciudadana de que las instituciones, en su actividad, respetarán aquellas normas que, el Poder Constituyente Originario escogió para conformar el sistema político y económico. La seguridad jurídica es un principio dirigido a las instituciones generadoras o aplicadoras de las normas, que las obliga a desarrollar una actividad cuyo producto o resultado, sean normas o actos administrativos, que estén siempre caracterizados de la máxima tutela de los derechos fundamentales.¹⁵

En ese sentido, aplicar la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo para fiscalizar la constitucionalidad de la norma relativa a la solución de un caso concreto —más aún cuando es ante el Tribunal Constitucional—, desde la perspectiva de este principio

[...] presenta polémica toda vez que debe ser una garantía formal y material. [...] con relación a la excepción de inconstitucionalidad se ha cuestionado que el operador jurídico, al momento de hacer el examen de constitucionalidad de la ley en un caso concreto, pueda ostentar un margen de subjetividad, debido a que se está en presencia de una casuística particular o concreta al inaplicar una determinada disposición jurídica, por ser, a su juicio contraria a la Constitución.

Pues bien, puede surgir la posibilidad de que, en un mismo caso, otro operador jurídico imparta justicia en sentido contrario, por no poderse establecer un palmario criterio de aplicación de la excepción, dado su sentido amplio, porque no existe una reglamentación para su aplicación, como el caso de la cuestión de inconstitucionalidad en España.¹⁶

En efecto, el empleo de la excepción de inconstitucionalidad —y más ante el máximo intérprete de la Constitución en donde se concentra la facultad del control abstracto de las normas— genera cierto temor sobre el proveimiento de un estándar aceptable de seguridad jurídica en tanto que sus resultados no permean el ordenamiento jurídico con la eliminación de la norma, sino que ella deja de aplicarse y, en consecuencia, cualquier juez ulteriormente podría interpretar que la norma, en otro supuesto jurídico-fáctico idéntico, es constitucional y, por ende, emplearla.

Lo anterior, en pocos términos, podría considerarse como un atentado al principio estudiado; sin embargo, la seguridad jurídica se erige como uno de los principales sustentos que legitiman el control difuso y concreto en la República Dominicana. De ahí

¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, resolución número 02771-2003 del 4 de abril de 2003, en <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-236027>, [acceso 6/6/2022].

¹⁶ Usquiano Castro, 50.

que su garantía dependa de que —como veremos más adelante— se respete el sistema de precedentes instaurado por el artículo 184 de la Constitución dominicana¹⁷; pues los precedentes constitucionales comportan un marcado límite a la discrecionalidad de los jueces, ya que conminan a los órganos jurisdiccionales a mantener cierto estándar de argumentación jurídica en la elaboración de la doctrina jurisprudencial —salvo que se presenten elementos diferenciadores suficientes o motivos para abandonar el criterio— que, de un modo u otro, son un indicador que refleja niveles tolerables de seguridad jurídica.

La excepción de inconstitucionalidad es portadora de seguridad jurídica en la medida que, al declarar inaplicable un precepto normativo por inconstitucional, sirve para que la comunidad jurídica y, por qué no, la ciudadanía en general, tome conocimiento de que en el ánimo de proteger la supremacía constitucional no se permite el empleo de disposiciones normativas infra constitucionales que riñan con la Carta Política. De ahí que, por un lado, el principio de la seguridad jurídica es una de las piezas que legitiman la excepción de inconstitucionalidad y, por otro, deja constancia de que la comprobación de constitucionalidad realizada mediante esta herramienta procesal permite un mayor grado de certidumbre en el control de la constitucionalidad de las normas.

Empero, para que lo anterior alcance buenos indicadores de efectividad es necesario que todo juez, principalmente los miembros del Tribunal Constitucional, pueda honrar su obligación de salvaguardar la supremacía constitucional garantizando el principio de seguridad jurídica en ocasión de un caso concreto. Esto, sin lugar a dudas, se consigue con la reglamentación de la excepción de inconstitucionalidad —especialmente ante la Alta Corte constitucional— y fomentando una cultura de respeto a la doctrina del *stare decisis* como mecanismo de extensión del precedente constitucional.

De modo que, a la postre, se brindaría un producto aceptable para garantizar el axial principio de la supremacía de la Constitución, en el marco de un caso concreto, sin que haya hesitaciones en cuanto a la subsistencia y firmeza de la decisión del Tribunal Constitucional que declara un precepto inaplicable por inconstitucional mediante una excepción de inconstitucionalidad.

c) El principio de igualdad

Para llegar a resaltar la importancia que tiene el principio de igualdad en el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad es necesario puntualizar algunos aspectos generales de su contextura, y es a esto a lo que nos dedicaremos ahora. La configuración de la igualdad y la no discriminación es un fenómeno de dimensiones globales; pues, tanto a nivel convencional como local, su recepción es reconocida en calidad de

¹⁷ Este precisa: “Habrà un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria”, Constitución Política de la República Dominicana, 221.

obligación a cargo del Estado y de los particulares. Esta, en República Dominicana, recibe un tratamiento triplicado a partir del cual podemos distinguirla como: un *valor supremo*, un *principio* y un *derecho fundamental*.

Esa triple faceta de la igualdad implica que su carácter de *valor supremo* le viene dado por el hecho de que exista una norma constitucional que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del Derecho y en especial al legislador; como *principio* la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, comporta una norma de mayor eficacia cuya aplicación debe darse de inmediato por el legislador o por el juez. Mientras que, como *derecho fundamental*, la igualdad tiene un carácter subjetivo y su concreción comporta deberes de abstención —como la prohibición de discriminación— y obligaciones de acción —como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta—; su correcta aplicación no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el trato desigual entre supuestos disímiles.¹⁸

Lo anterior lo vemos en el preámbulo y, principalmente, en el artículo 39 de la Constitución dominicana¹⁹. Sobre esto, conviene indicar que el Tribunal Constitucional dominicano no tuvo que esperar mucho para que se le presentara una coyuntura donde interpretar el contenido del texto citado y, al respecto, estableció que:

El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 39 de la Constitución de la República, obliga a las instituciones del Estado a fomentar y ofrecer un trato igualitario en términos jurídicos o normativos, a todas las personas físicas y aún a las morales, salvo los casos de discriminación positiva debidamente justificados.²⁰

Motivos por los que dicho colegiado importó, desde la jurisprudencia colombiana, el *test o juicio de la igualdad*, estimando que

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-015/14 del 23 de enero de 2014, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-015-14.htm>, [acceso 6/6/2022].

¹⁹ El cual reza: “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia:*

- 1) *La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;*
- 2) *Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;*
- 3) *El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;*
- 4) *La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;*
- 5) *El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado”,* Constitución Política de la República Dominicana, 59-61.

²⁰ Cfr. Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0044/17 del 31 de enero de 2017, 17, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc004417/>, [acceso 6/6/2022].

[...] resulta un método idóneo y razonable del cual puede hacer uso el juez constitucional, a fin de evaluar cualquier situación y establecer si una norma transgrede el principio de igualdad, siendo sus elementos fundamentales los siguientes:

- Determinar si la situación de los sujetos bajo revisión es similar.
- Analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado.
- Destacar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre medios y fines.²¹

De todo esto, en el desarrollo de este peculiar principio, se puede segmentar a la igualdad en dos grandes e importantes vertientes, a saber: la igualdad formal y la igualdad material. Es a estos prismas de la igualdad a los que, de inmediato, daremos una rauda mirada.

Hablar de igualdad formal o ante la ley implica reconocer que “todos los ciudadanos son receptores de las normas de igual manera y que, tanto en su contenido como en su aplicación, reciben idéntico trato”²². En otros términos, la igualdad formal implica que la norma sea aplicada de manera análoga a todas las personas. Esta clásica concepción de la igualdad, para ser empleada por los poderes públicos —sin excepciones, ni consideraciones personales—, progresivamente fue dejando atrás la concepción general e impersonal de la ley para referir el momento en que ella habrá de aplicarse²³, razón por la que a su vez se habla, entonces, de la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en la ley, asunto que también comentamos a seguidas.

De un lado, la igualdad en la aplicación de la ley exige que “se aplique la norma general de forma también general con abstracción de personas concretas, ya que de lo contrario se rompería la igualdad, con independencia de que la norma aplicada fuera abstracta y general”²⁴. Es en ese sentido que se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional española, tras identificar que:

La igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

21 Cfr. Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0032/12 del 15 de agosto de 2012, 17, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003312>, [acceso 6/6/2022].

22 Ana Garriaga Domínguez, “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Derechos y Libertades*, número 10 (2001), 53-104, en 55, en <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1408/DyL-2001-VI-10-Garriga-Dominguez.pdf>, [acceso 6/6/2022].

23 Cfr. Encarnación Carmona Cuenca, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, número 84 (1994), 265-285, en 266-267, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27265>, [acceso 6/6/2022].

24 Garriaga Domínguez, 58.

[...] pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.²⁵

Lo visto hasta aquí nos lleva a la reflexión de que esta clase de igualdad es la que le corresponde garantizar a los aplicadores de la ley, en especial a los integrantes del intitulado *poder jurisdiccional* —compuesto por el Poder Judicial, el Tribunal Superior Electoral y el Tribunal Constitucional—, al punto de que se trate de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual. Esto último implica, según Díaz García, que “el juzgador utilice las mismas disposiciones, las interprete del mismo modo y adopte una misma decisión respecto de los casos que divergen en uno o más de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes”.²⁶

Por otro lado, la igualdad en la ley comporta la igualdad de trato dado por la ley en su contenido para evitar los privilegios o desigualdades discriminatorias entre los ciudadanos. Es decir que, en efecto, se estila que la ley sea igual para todos sin que exista ningún tipo o grupo de personas desigualmente tratadas por su contenido o exentas de su cumplimiento²⁷. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha dicho que:

la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular —supuesto el más intenso de Ley diferenciadora— debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta.²⁸

Todo lo anterior, es decir, lo inherente a la igualdad en la ley, se reduce a que el Estado —vía el Poder Legislativo— debe abogar por la creación de normas justificadas y razonables, en las cuales no se incurra en distinciones o tratos diferenciados basados en criterios prohibidos —como son las cuestiones de color, nacionalidad, raza, sexo, etc.—, ni en cuestiones que no guarden una conexión adecuada con la finalidad propia de la norma; y es que, sí al Tribunal Constitucional le toca verificar la constitucionalidad de esa norma —en un contexto abstracto o concreto— constatará, tras aplicar el *test o juicio de la igualdad*, que no se cumple con el presupuesto de igualdad en la ley y, en consecuencia, deberá declararla inaplicable o expulsarla del ordenamiento jurídico dependiendo del contexto donde sea evaluada su conformidad con la Carta Política.

Ahora bien, al hablar de la igualdad material, real o efectiva, acorde los señalamientos de Carmona Cuenca, ella supone una reinterpretación de la igualdad formal desde la

25 Tribunal Constitucional de España, sentencia número STC 49/1982 del 14 de junio de 1982, F. J. 2, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/91>, [acceso 6/6/2022].

26 Iván Díaz García, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, *Revista Ius et Praxis*, número 2 (2012), 33-76, en 65, en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>, [acceso 6/6/2022].

27 Cfr. Garriaga Domínguez, 70-71.

28 Tribunal Constitucional de España, sentencia número STC 166/1986 del 19 de diciembre de 1986, F. J. 11. A), en <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/729>, [acceso 6/6/2022].

cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Esto, considerando que si bien es cierto que en todas las comunidades las personas experimentan —en mayor o menor medida— desigualdades sociales y económicas, una interpretación palpable de la igualdad supondría la exigencia de que el Estado se encargue de hacer reales los propósitos de esta prerrogativa; pues no es suficiente que sean dictadas normas no discriminatorias, sino que se necesita la adopción de medidas que permitan alcanzar esa igualdad de todos los ciudadanos; razón por la que, entre esas medidas, cabe incluir normas desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de la población en inferioridad económica o social.²⁹

Sobre esta dimensión del derecho a la igualdad se pronunció tempranamente la jurisprudencia constitucional española, resaltando que:

No implica sin embargo este precepto [refiriéndose al artículo 14 de la Constitución española], en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios.³⁰

En fin, la igualdad material se reduce a que los poderes públicos garanticen la satisfacción de las necesidades básicas, cuya carencia impide que el grupo de los desfavorecidos disfrute de la libertad social y la posibilidad de elegir el plan de vida que le permitiría alcanzar sus fines. La igualdad material no exige al legislador, ni a los otros poderes públicos, abstención frente a la introducción de discriminaciones no justificadas o arbitrarias, sino que cuando estas se presenten cuente con las herramientas suficientes para garantizar, efectivamente, la igualdad.³¹

Teniendo en cuenta que la anterior panorámica revela las distintas esferas del principio de igualdad debemos, pues, resaltar que en el caso de la excepción de inconstitucionalidad dicho precepto

[...] consistiría en tratar a lo igual de manera igual, es decir, que si el juez, en un caso, emite una decisión aplicando la excepción, y se enfrenta a otro igual, este operador jurídico deberá fallarlo de forma idéntica atendiendo a que la ley debe ser interpretada de igual manera en casos iguales, con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, so pena de vulnerar el principio de igualdad y la certeza jurídica del derecho.

En consecuencia, diremos que la decisión material de inaplicar un precepto que queda suspendido por ser contrario a la Carta y que se efectúa en un caso concreto, tendría el carácter de cosa juzgada.³²

²⁹ *Cfr.* Carmona Cuenca, 271-272.

³⁰ Tribunal Constitucional de España, sentencia número STC 83/1984 del 24 de julio de 1984, F. J. 3, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/336>, [acceso 6/6/2022].

³¹ *Cfr.* Garriaga Domínguez, 89.

³² Usquiano Castro, 52-53.

Entonces, el análisis de constitucionalidad al que se encuentra circunscrita la norma vía la excepción de inconstitucionalidad comporta, en una que otra medida, una reflexión formal sobre la igualdad. Tamiz ante el cual a los jueces o tribunales no debe interesarles la condición de la persona en cuyo caso concreto se pretende emplear una norma inconstitucional, sino que solo deben enfocar sus energías en verificar si la norma es ostensiblemente contraria a la Carta Política para aplicar, en consecuencia, el contenido integral de esta última.

Lo dicho hasta aquí es muestra de que, si asumimos que la jurisprudencia —y más aún la proveniente del Tribunal Constitucional— es fuente del Derecho, al momento de aplicarse la excepción de inconstitucionalidad es inminente que los jueces garanticen y protejan el principio de igualdad en los casos que cumplan con un perfil donde se presenten las mismas razones de hecho y de derecho. Esto teniendo en cuenta la línea tan fina que hay entre los principios de igualdad y de seguridad jurídica, en virtud de que a casos donde ya se decidió la inaplicabilidad de un precepto normativo por inconstitucional corresponde aplicar la misma fórmula resolutoria: lo que equivaldría a una igualdad en la aplicación de la inconstitucionalidad pronunciada; salvo que exista algún elemento diferenciador del precedente que lleve al aplicador de la norma o juez posterior —sea el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro ente jurisdiccional— a apartarse de la línea jurisprudencial. Esto último, insisto, en virtud de una motivación con una carga argumentativa fuerte y capaz de valerse por sí misma.

No obstante, entendemos que garantizar con estándares de certitud el principio de igualdad en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad implica la intervención de una normativa —preferiblemente legal— que regule la forma en que habrá de emplearse el control concreto de la constitucionalidad, al menos, ante el Tribunal Constitucional dominicano.

d) El principio de separación de poderes

La separación de los poderes públicos más allá de ser un principio supone un bastión del constitucionalismo moderno. De acuerdo a los pasajes delineados por John Locke y detallados por Charles Louis de Secondant o barón de Montesquieu, en esta teoría para distinguir las funciones del Estado, se sugiere que las funciones de producción de normas jurídicas, su ejecución y la solución de las controversias generadas en ocasión de su aplicación no podían recaer sobre una misma autoridad; sino que tales funciones debían estar dispersas en distintos entes públicos que hoy conocemos como Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.³³

En nuestro país este principio tiene como canon constitucional el artículo 4 de la Carta Política, cuyos términos precisan que

³³ Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, número 7-8 (enero-diciembre 2007), 175-211, en 176, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>, [acceso 6/6/2022].

El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes.³⁴

De ahí se desprende claramente el sistema de frenos y contrapesos que opera en el orden constitucional dominicano; pues cada uno de estos poderes cuenta con una caterva de competencias exclusivas que le son inmanentes y que, al mismo tiempo, coadyuvan proporcionalmente para la consecución de sus fines. De modo que, conforme al artículo 73 constitucional, cualquier injerencia de un poder en otro subvierte el orden constitucional y, en consecuencia, el acto o actuación se convierte en nulo de pleno derecho³⁵; incluso si ese acto es una sentencia del último intérprete de la constitucionalidad.

En el sistema jurídico vigente, como hemos indicado párrafos atrás, el juez no es un mero aplicador de las leyes y en su hermenéutica puede hacer un juicio de constitucionalidad que lo lleve a determinar si ella es aplicable o no cuando se encuentre conociendo de un litigio y poder señalar —al menos en el caso del Tribunal Constitucional— cuál es la norma que regirá para el futuro. En ese escenario podrían advertirse ciertas tensiones entre el hacedor de las normas y los jueces debido a que

[...] de no regularse la aplicación del control por vía de excepción de una forma clara, coherente y concreta por parte del legislador puede conducir a que al momento de su aplicación el operador jurídico termine realizando funciones que le corresponden a las otras ramas del poder público, la legislativa o la administrativa, sea por la expedición de un precepto legal que fue contrario a la Constitución o porque se presentó un acto de la administración que también lo fue y, en consecuencia, le corresponde al operador, en el caso concreto, no aplicar el precepto para garantizar la protección de los derechos constitucionales.³⁶

Aun sea saludable la implementación de una reglamentación que instituya el proceder para la excepción de inconstitucionalidad y sus consecuencias —fundamentalmente cuando el control concreto proviene del Tribunal Constitucional—, bajo los términos del artículo 188 de la Carta Política no se afecta el principio de la separación de poderes en tanto que los juzgadores, al hacer uso del control concreto, agotan una prerrogativa que les confiere el poder constituyente constituido a través del Texto Supremo. Por tanto, no escapa a la administración de justicia —sea esta constitucional u ordinaria—, ni rompe con las barreras de la actividad legislativa o administrativa, que por la vía del control difuso todos los jueces y tribunales, sin menoscabo de su jerarquía y competencias, controlen la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.

³⁴ Constitución Política de la República Dominicana, 59-61.

³⁵ Dicho precepto reza: “*Son nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada*”, Constitución Política de la República Dominicana, 113.

³⁶ Usquiano Castro, 57.

Por consiguiente, los jueces —y, recalcamos, también los del Tribunal Constitucional— cuando están apoderados de un litigio tienen que poder hacer uso de un control concreto o difuso para detectar la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso en particular. Control en donde, como he dicho, la Carta Política deberá emplearse con primacía a cualquier otro precepto normativo.

e) El principio de la cosa juzgada

Las decisiones del Tribunal Constitucional no solo instituyen un cuerpo jurisprudencial que tiene la vocación de persuadir en derecho acorde a la riqueza subyacente en sus motivaciones. Estas comportan, de acuerdo al artículo 184 de nuestra Carta Fundamental, precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado —cuestión que profundizaremos más adelante—. De ahí que sean el más grande referente a la mano de los jueces posteriores para alimentar y justificar sus decisiones. De hecho, una de las razones por las que nuestro máximo garante de la constitucionalidad debe pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad por vía de excepción es para trazar las pautas de interpretación —vía el precedente constitucional— que deben seguir los jueces posteriores al momento de aplicar o inaplicar textos jurídicos en el marco de un litigio.

Así lo hizo nuestra Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, con relación a la *fianza judicatum solvi* o la fianza que debe prestar todo extranjero para litigar ante los tribunales de la República, prevista en el artículo 16 del código civil, al aseverar —para no aplicarla en los casos que le ha sido invocada— que

[...] la *fianza judicatum solvi* vulnera además, principios contenidos en nuestra Constitución y que integran el bloque de la constitucionalidad, tales como: 1) El principio de igualdad de todos ante la ley, contenido en la Constitución en el precitado artículo 8 de la misma, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966, el artículo 24 de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre de 1969; 2) El principio de acceso a la justicia contenido en el artículo 8. 2 J de la Constitución, en el 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya citado, y, además, en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en razón de que pone obstáculos al referido acceso a la justicia, y, 3) Viola el principio de razonabilidad, por carecer de utilidad;

Considerando, que al establecer una situación de discriminación en perjuicio de los extranjeros transeúntes que no poseen inmuebles en el territorio nacional, el artículo 16 del Código Civil deviene en ser contrario a la Constitución de la República y por tanto debe ser declarado inconstitucional.³⁷

Por tanto, en la medida que el Tribunal Constitucional vaya desplegando su visión en relación a los principios y valores constitucionales, reconozca la importantísima misión

³⁷ Suprema Corte de Justicia, sentencia número 166 del 22 de febrero de 2012, Boletín Judicial número 1215, en https://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencias.aspx?ID=121520166 [acceso 6/6/2022].

que tienen todos los jueces del ordenamiento jurídico de inaplicar una norma o ejercer el control por vía de excepción en cada caso concreto y sancione —con la revocación de la decisión— al juzgador que se abstenga de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, cuando le sea presentada y sobrevenga una violación constitucional manifiesta; es que la doctrina jurisprudencial será vista y respetada como un verdadero principio para interpretar e integrar la Constitución.³⁸

El hecho de que las decisiones del Tribunal Constitucional comporten precedentes vinculantes, de obligatorio acatamiento y respeto por los jueces posteriores y poderes públicos, no sustrae, por ejemplo, el carácter informador que se percibe de los *obiter dictum* de sus decisiones en aras de colaborar con la interpretación y aplicación del control por vía de excepción. En consecuencia, para efectos de la excepción de inconstitucionalidad y garantía de los principios anteriores, las líneas jurisprudenciales consolidadas y el precedente constitucional suponen instrumentos insustituibles que, en su convivir, refuerzan la decisión de inaplicar la ley, decreto, resolución, ordenanza o acto normativo que es contrario a la Constitución; pues la doctrina vinculante impresa en sus decisiones comporta cosa juzgada.³⁹

f) El principio del *stare decisis*

La marcada necesidad de que existan indicadores certeros de igualdad y seguridad jurídica en el manejo de los casos concretos es una de las razones por las que, en los países del *common law*, las decisiones de los jueces se encuentran supeditadas a lo que las altas cortes han determinado para casos similares. Esta es la esencia del principio del *stare decisis et quieta non movere* o como precisa su traducción al castellano: “atarse a lo decidido y no perturbar lo ya establecido”. Este noble principio supone

[...] la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada (*stare decisis* horizontal) o superior (*stare decisis* vertical).⁴⁰

La idea de este principio es que sean respetadas las decisiones tomadas previamente por otros tribunales que hayan resuelto un problema semejante. Por tanto, basta con que el ente jurisdiccional legitimado para emitir decisiones vinculantes dicte un solo

³⁸ Usquiano Castro, 58.

³⁹ Sobre esta cosa juzgada dijo el Tribunal Constitucional dominicano que: “[...] el carácter irrevocable e incontrovertido de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales orientadas a resguardar la supremacía y el orden constitucional, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales, la presunción de verdad jurídica que se deriva de la condición de cosa juzgada, no solo atañe a las partes procesales, sino a todas las personas públicas y privadas por la vinculatoriedad erga omnes de los fallos del Tribunal”, Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0158/13 del 12 de septiembre de 2013, 21-22, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc015813>, [acceso 6/6/2022].

⁴⁰ Santiago Legarre y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, número 1 (2006), 109-124, en 122, en https://www.researchgate.net/publication/39456972_Naturaleza_y_dimensiones_del_stare_decisis, [acceso 6/6/2022].

precedente para que este constituya derecho y genere obligaciones; así, en tales términos, es posible inferir que la existencia del precedente no requiere de la reiteración de un criterio, sino que —pura y simplemente— el órgano calificado lo haya emitido. Esta decisión *in point* o aplicable al caso de momento, por su carácter vinculante, obliga al juez posterior —de forma vertical u horizontal—, en principio, a seguir el precedente y resolver el caso de una determinada forma.⁴¹

Si bien es cierto que en países de procedencia romano-germánica impera el *civil system of law*, donde la costumbre ha sido que los tribunales guarden respeto a la jurisprudencia reiterada —con un carácter pura y simplemente persuasivo—, no al precedente que dimane de un solo caso; también es cierto que, actualmente, en la República Dominicana se configura una especie de duplicidad sistemática. Esto en ocasión de que hemos importado la doctrina del *common law* —donde surge la tradición del precedente— para que, vía el precedente constitucional vinculante del Tribunal Constitucional, conviva y cohabite con la jurisprudencia ordinaria vertida, primordialmente, por la Suprema Corte de Justicia. ⁴²

Desde la reforma constitucional del 26 de enero de 2010, específicamente por lo establecido en su artículo 184, en la República Dominicana existe una doctrina del precedente constitucional similar a la gestada en el seno de las familias del *common law*. Esto, en virtud de que el Tribunal Constitucional dominicano reconoció la vigencia del principio del *stare decisis* y, en consecuencia, da por sentado que lo decidido en un precedente pasa a ser la regla de derecho que deben emular o reproducir los demás jueces. Tal reconocimiento vino, expresamente, en los términos siguientes:

[...] las decisiones de este tribunal —como la precedentemente descrita—, se traducen en verdaderas normas jurídicas que hacen parte del derecho positivo en nuestro ordenamiento jurídico y fuente directa del derecho con carácter vinculante para todos los poderes públicos.⁴³

Lo anterior adquiere un carácter palmario en la medida que la doctrina del precedente se aplique desde las dos grandes facetas que la integran: el *stare decisis* horizontal y el *stare decisis* vertical. Sin embargo, antes de referirnos a tales facetas conviene recordar que el juez posterior, para aplicar el precedente —en este caso constitucional—, debe agotar dos operaciones: una circunscrita a la selección de los *hechos relevantes o materiales*, lo que básicamente se traduce en identificar los presupuestos fácticos que condicionan la aplicación del precedente, lo que equivale a discriminar entre los hechos trascendentales y los irrelevantes de la sentencia con fuerza de precedente; y otra a

41 Cfr. Legarre y Rivera, 109-111.

42 Con relación a las familias jurídicas y su aleación con la doctrina del precedente constitucional Cfr. Domingo García Belaunde, “El precedente constitucional: extensión y límites”, *Revista Pensamiento Constitucional*, número 22 (2017), 83-107, en 85, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940/19962>, [acceso 6/6/2022].

43 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0319/15 del 30 de septiembre de 2015, 15, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc031915>, [acceso 5/6/2019].

partir de la cual pueda *calibrarse el nivel de generalidad* con que hayan sido planteados los hechos relevantes —ya identificados— en la sentencia con valor de precedente. Esto último, un tanto más problemático que lo primero, supone un mayor margen de maniobra para el juez posterior pese a que goza de mayor libertad para determinar el nivel de generalidad de la regla del precedente.⁴⁴

Tal determinación, en pocas palabras, consta de tres pasos analíticos: primero, el examen respecto de la amplitud de la cuestión que resuelve la sentencia con valor de precedente; luego, en segundo lugar, la valoración en torno a la profundidad o extensión del razonamiento que justifica la sentencia (*rationale*); y tercero, el abordaje de la cuestión relativa al carácter generalizable de los hechos que dieron origen a la disputa de la que emanó el precedente.⁴⁵

Retornado a las facetas del *stare decisis*, la doctrina —avalada por la constante práctica de los tribunales— sostiene que de la primera u horizontal se desprende la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. Asimismo, de la segunda o vertical se advierte la responsabilidad de los tribunales posteriores de seguir los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores. La aplicación de ambos estratos del *stare decisis* ocurre en ocasión de resolver los casos pendientes de solución; sin embargo, en ambos supuestos su aplicación se da en una misma dimensión. Ahora bien, ante la eventualidad de que no sea respetada la autoridad del precedente y la sentencia del juez posterior sea recurrida puede —y de hecho se debe en función de la obligación jurídica de seguir los precedentes— dejarse sin efecto tanto la decisión que no acate el precedente del superior jerárquico —*stare decisis* vertical— como aquella que no honre sus propios precedentes —*stare decisis* horizontal—; este último supuesto cuando sea posible.⁴⁶

En efecto, la unidad en la interpretación y aplicación del derecho que se persigue a través de la doctrina del precedente es, en sí misma, un preciado valor para la administración de justicia constitucional; ya que no solo se trata de un intento en garantizar la igualdad en la aplicación de las normas sino, también —y, tal vez, más importante aún—, la previsibilidad de las decisiones judiciales en pro de reforzar la certeza del derecho mediante la continuidad de las orientaciones interpretativas⁴⁷. Es por esto que se ha llegado a afirmar que el precedente “consiste en el respeto de los criterios conformadores de la doctrina elaborada por el juez constitucional en la *ratio decidendi* del fallo”.⁴⁸

44 Cfr. Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano* (Madrid: McGraw-Hill, 2001), 84-86.

45 Magaloni Kerpel, 86.

46 Legarre y Rivera, 113.

47 Cfr. Michele Taruffo, “Consideraciones sobre el precedente”, *Revista Ius et Veritas*, número 53 (2016), 330-342, en 331, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16552/16898>, [acceso 6/6/2022].

48 Humberto Nogueira Alcalá, “El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la perspectiva comparativa con los tribunales constitucionales latinoamericanos” en Nestor Pedro Sagües y Lino Vásquez Sámuel (coords.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (Santo Domingo: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2011), 216-284, en 273.

Por tanto, en la medida que el Tribunal Constitucional dominicano haga uso del control concreto o por vía de excepción surgirán umbrales donde, en ocasión de un caso concreto que no se pueda aplicar alguna norma por inconstitucional —norma que en lo abstracto pueda o no ser constitucional—, dicho fuero establecerá las reglas a seguir en el porvenir para la solución de casos con perfiles jurídico-fácticos similares. Reglas que serán de obligatorio cumplimiento por parte de los demás tribunales del orden constitucional en virtud del carácter vertical del *stare decisis* y que, en igual medida, deberán ser reiteradas y respetadas por el propio Tribunal Constitucional por efecto del *stare decisis* horizontal.

Lo anterior, evidentemente, tiene excepciones en vista del carácter esencialmente dinámico del sistema de precedentes. Esto considerando que la igualdad en la aplicación del Derecho no impide que los tribunales modifiquen los criterios adoptados en anteriores decisiones; y es que esto resulta consustancial a la propia función judicial, que debe siempre buscar la corrección de criterios que se revelan posteriormente erróneos o desfasados⁴⁹. Tales excepciones se presentan, por un lado, si en el caso posterior se presentan elementos diferenciadores suficientes que ameriten una distinción del precedente o la aplicación de la técnica del *distinguishing*, pero sin derogarlo; y, por otro lado, cuando la coyuntura revele una ostensible mutación respecto de la aplicación de la norma reconocida en determinado contexto como inconstitucional; circunstancia ante la cual habría que derogar el precedente o abandonarlo mediante la técnica del *overruling*.

En fin, la importancia del principio del *stare decisis* y el sistema de precedentes en el caso de la excepción de inconstitucionalidad radica en que una vez el Tribunal Constitucional haga uso del control concreto, y disponga la inaplicabilidad de algún precepto normativo por inconstitucional, todos los jueces y funcionarios dominicanos se verán obligados a inaplicar esa norma cuando se presente, en términos jurídico-fácticos, el mismo supuesto. De ahí que en párrafos anteriores afirmara que, a la postre, los efectos de la excepción de inconstitucionalidad ventilada ante el Tribunal Constitucional podrían adquirir un carácter *erga omnes*, pues lo decidido ante este fuero, por comportar un precedente constitucional, se convierte en una regla que posteriormente deben aplicar todos los operadores jurídicos. En otros términos, estamos frente a un control difuso que cuando es realizado por el órgano de cierre en materia de constitucionalidad deja como resultado una regla abstracta que pasa a normar determinada situación y que debe ser respetada por todos los poderes públicos.

g) El principio de confianza legítima

Aproximarse a la finalidad de este principio implica hilar fino por los confines de los principios de la seguridad jurídica e igualdad, ya que este proviene de las notables expectativas en que se fundamenta nuestro Estado social y democrático de Derecho. En efecto, según los artículos 7, 68, 69, 149, 184 y 214 de la Constitución dominicana, los

⁴⁹ Eduardo Jorge Prats, *Comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*, 2da. Ed. (Santo Domingo: IUS NOVUM – Editora Búho, 2013), 89.

jueces que conforman el antedicho *poder jurisdiccional* tienen la misión de administrar justicia —ordinaria, electoral y constitucional— respetando la tutela judicial efectiva y las garantías inherentes al debido proceso.

Este principio ha tenido configuración legal en nuestro ordenamiento. Al respecto, en el artículo 3.15 de la ley número 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, se precisa que

En el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo a los siguientes principios:

[...] 15. Principio de confianza legítima: En cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.⁵⁰

Esto, llevado a la actividad jurisdiccional desempeñada por los jueces al momento de garantizar la supremacía constitucional y la aplicación exclusiva de las normas que sean conformes a la Carta Política, implica que el operador jurídico tenga la convicción de que un caso resuelto que despoje de vigencia un precepto normativo y disponga, vía interpretación constitucional, la regla para el porvenir, deberá ser el referente para resolver los casos posteriores que cumplan con el mismo perfil jurídico-fáctico. Lo anterior, en virtud de que el usuario del sistema de justicia —constitucional u ordinaria— merece tener expectativas de seguridad en cuanto a que lo que resolverá el tribunal será acorde al precedente constitucional, salvo que concurra alguna de las eventualidades excepcionales ya citadas.

De ahí que, en efecto, como opina Usquiano Castro

[...] este principio de confianza legítima debe ser aplicado al momento de hacerse uso del control por vía de excepción, y de ahí fluye la necesidad de reglamentar, por parte del legislador, el procedimiento para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y el uso de una jurisprudencia unificada o extensión de la jurisprudencia de un alto Tribunal Constitucional, que estudie casos concretos para que sean aplicados de forma igual.⁵¹

En fin, de los principios delineados anteriormente es posible constatar que la excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico dominicano —sea presentada ante el Tribunal Constitucional o cualquier otro juez— nace en el seno de la Carta Política y debe fundarse en la protección de su contenido garantizando parámetros de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima a sus usuarios. Esta poderosísima herramienta procesal debe ser agotada por todos los jueces, independientemente de su grado o jerarquía en el escalafón jurisdiccional, respetando en su actividad interpretativa los principios de separación de poderes, cosa juzgada y fuerza vinculante del precedente o

⁵⁰ Ley número 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, *Congreso Nacional* (Santo Domingo: Gaceta Oficial número 10722, 2013), 27-29.

⁵¹ Usquiano Castro, 61.

stare decisis. Todos, en fin, para salvaguardar la supremacía constitucional y los derechos contenidos en la Carta Política.

Sin embargo, a fin de garantizar que estos principios de verdad sean observados por los operadores jurídicos al momento de enfrentarse a una excepción de inconstitucionalidad —y más ante el último y máximo intérprete de la Constitución— se precisa la incorporación de una regulación que los incluya taxativamente.

Por tanto, tras examinar el contenido esencial de los principios informadores de la excepción de inconstitucionalidad, ahora nos dispondremos a desglosar la estructura del mecanismo procesal a través del cual se ejerce el control concreto de la constitucionalidad: la excepción de inconstitucionalidad.

III. La estructura de la excepción de inconstitucionalidad

La carcasa o armazón de este instituto procesal, a fin de provocar un panorama donde se verifique la constitucionalidad de la norma aplicable a un supuesto concreto, se conforma de varios elementos. Elementos que incluyen a sus intermediarios o sujetos, su objeto, la forma como se tramita, el procedimiento para ello y la manera en que los jueces aplicarían el control por vía de excepción. De inmediato se aborda el sustrato de cada uno de estos componentes de la excepción de inconstitucionalidad antes de comprobar su valía para la preservación del orden constitucional dominicano.

A. Sus intermediarios

En el contexto bajo análisis debemos entender por intermediarios de la excepción de inconstitucionalidad a aquellos órganos jurisdiccionales que se encuentran facultados por la Constitución y la ley para, en ocasión de un caso concreto, someter el contenido de algún precepto normativo infra constitucional aplicable a la solución de alguna disputa a una confrontación con el texto supremo. Todo esto con la voluntad —sobre todas las cosas— de garantizar la supremacía constitucional.

En los términos que se encuentra diseñado el ordenamiento jurídico dominicano, a fin de revelar cuales órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para ejercer el control de la constitucionalidad por vía de excepción, es preciso reproducir el contenido del artículo 188 de la Carta Política. En efecto, dicho texto consagra:

Control difuso. - Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.⁵²

De entrada, es oportuno advertir que dicha disposición constitucional recibe distintas lecturas, todas permitidas, unas con tonos más grises que otras. Un análisis incluyente de la disposición constitucional anterior, que dicho sea de paso se encuentra contenida dentro del título VII de la Carta Fundamental: sobre el control de la constitucionalidad,

⁵² Constitución Política de la República Dominicana, 225.

sugiere tomar en cuenta que cuando el constituyente refiere “los tribunales de la República” hace alusión a todos los jueces del intitulado *poder jurisdiccional*, estos son: los del Poder Judicial, los del Tribunal Superior Electoral y los del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, la otra lectura que se le da al artículo 188 constitucional parte de lo preceptuado en los artículos 51 y 52 de la ley número 137-11, con relación a que la competencia para ejercer el control difuso o por vía de excepción está limitada únicamente a los jueces del Poder Judicial, sin tomar en cuenta a los magistrados del Tribunal Constitucional. Dichos textos indican:

Artículo 51.- Control Difuso. - Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso.

Párrafo. - La decisión que rechace la excepción de inconstitucionalidad solo podrá ser recurrida conjuntamente con la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto.

Artículo 52.- Revisión de Oficio. - El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento.⁵³

Un análisis excluyente y justificado en la interpretación gramatical de los artículos 51 y 52 de la ley número 137-11 origina un contexto donde, verbigracia el artículo 188 constitucional precisa que la excepción la deben conocer “todos los tribunales de la República” en los asuntos que le correspondan, el Tribunal Constitucional se encuentra impedido de ejercer un control difuso o incidental sobre la constitucionalidad de las normas aplicables para solventar un proceso o procedimiento de su competencia. Asimismo, bajo esta tesis, tampoco podría revisar los aspectos de las decisiones —rendidas en ocasión de un proceso ordinario o de amparo— ligados al control concreto.

Lo visto hasta aquí nos permite afirmar que para las dos tesis propuestas anteriormente: la incluyente y la excluyente, los jueces del Poder Judicial siempre se encontrarán facultados para estatuir sobre las excepciones de inconstitucionalidad que le sean planteadas. Es decir que, en el afán de interpretar la Constitución y la ley que regula la materia, nunca se les ha restado jurisdicción a los jueces del Poder Judicial para ejercer el control difuso. Ahora bien, el dilema está en demostrar si —atendiendo a la tesis incluyente— el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano supremo de interpretación y monitoreo de la constitucionalidad, se encuentra facultado para ejercer este control y por qué.

53 Ley número 137-11, orgánica el Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, *Tribunal Constitucional* (Santo Domingo: Editora Tele-3, 2016), 55-56.

Y me refiero a que la incertidumbre subyace exclusivamente con relación al Tribunal Constitucional, porque en lo referente al Tribunal Superior Electoral —ente jurisdiccional autónomo y, al igual que el Tribunal Constitucional, desligado de la rama judicial— la discusión sobre si puede o no estatuir sobre una excepción de inconstitucionalidad presentada en curso de un proceso de naturaleza electoral está zanjada. Pues, de acuerdo a su jurisprudencia reiterada

[...] si bien es cierto que el Tribunal Superior Electoral constituye una jurisdicción especializada, ajena al Poder Judicial, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que este órgano de justicia especializada tiene competencia para conocer sobre la excepción de inconstitucionalidad.⁵⁴

Competencia que el Tribunal Constitucional refrendó tras determinar que

[...] conforme a lo establecido en los artículos 6 y 188 de la Constitución (que prescriben, respectivamente, la supremacía de la Constitución y la atribución de los tribunales de la República del control difuso de la constitucionalidad), así como el artículo 52 de la referida ley No. 137-11, [...] que resulta aplicable a las jurisdicciones especializadas. Es por ello que el Tribunal Superior Electoral tiene la facultad para declarar, aun de oficio, la inconstitucionalidad de una norma que vulnere derechos o garantías fundamentales en el plano electoral, lo cual, devendría en la inaplicabilidad de las indicadas disposiciones en el caso particular.⁵⁵

En efecto, considero que valerse de la tesis excluyente para determinar si el Tribunal Constitucional puede —o debe— conocer del control concreto de la constitucionalidad, por vía de excepción, no es una alternativa viable acorde a los postulados en que se sostiene el constitucionalismo dominicano. Esto atendiendo a que una perspectiva como tal llevaría al máximo interprete en materia constitucional a incurrir en el error que advertía el *chief justice* John Marshall al resolver el *leading case* *Marbury vs Madison*, a saber: que se interprete la Constitución a partir de la ley, no la ley a partir de la Constitución; ya que esta última es jerárquicamente superior a la primera.

Lo anterior, porque para decantarse por una posición en es sentido el Tribunal Constitucional incurriría en una actividad interpretativa limitada que antepondría al artículo 188 constitucional, que establece que “los tribunales de la República” pueden conocer de la excepción de inconstitucionalidad, lo preceptuado en los artículos 51 y 52 de la ley número 137-11. Esto, en consecuencia, generaría una situación que a todas luces subvertiría la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico (*Stufenbau*) o pirámide delineada por Hans Kelsen. Además, una interpretación excluyente implicaría que el Tribunal Constitucional, en un contexto donde aplica perfectamente el adagio de que quien puede lo más —conocer del control concentrado y abstracto— puede lo menos

54 Tribunal Superior Electoral, sentencia número TSE-012-2015 del 5 de agosto de 2015, 9, en http://tse.gob.do/Docs/sentencias/2015/Cert.%20Sentencia%20TSE-012-2015_Accion_de_Amparo_incoada_por_Carlos_Modesto_Guzman..pdf, [acceso 6/6/2022].

55 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0068/13 del 26 de abril de 2013, 15-16, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc006813>, [acceso 6/6/2022].

—pronunciarse sobre las excepciones de inconstitucionalidad—, inobserva los pilares de nuestro orden constitucional tras renunciar a prerrogativas tasadas en la Carta Fundamental con la intención de que su último y máximo intérprete la proteja.

Lo cierto es que para la tesis incluyente el Tribunal Constitucional es uno —sino el mayor calificado— de los órganos jurisdiccionales con el fuero para estatuir sobre las excepciones de inconstitucionalidad que le sean planteadas en el discurrir de los asuntos de su competencia. De hecho, si decodificamos el contenido de los artículos 6 y 188 constitucionales conjuntamente con lo preceptuado en el artículo 9 de la ley número 137-1156, podemos inferir que el control concreto supone una contestación incidental y un medio de defensa que debe ser resuelto, por dicho ente, siempre que le sea oportunamente presentado; ya que su obligación primordial es proteger el principio de la supremacía constitucional.

De ahí que, por un lado, el magistrado emérito Acosta de los Santos entienda que

[...] tanto el Tribunal Constitucional dominicano como los tribunales constitucionales de los países que tienen un control mixto de constitucionalidad tienen competencia para conocer de las excepciones de inconstitucionalidad que se le presenten cuando conocen de cualquier proceso constitucional en primera o segunda instancia; de la misma manera que lo hacen, aunque mediante un mecanismo distinto, aquellos tribunales constitucionales de los países que siguen el modelo de control concentrado de constitucionalidad.⁵⁷

Y, por otro lado, siguiendo una línea de pensamiento parecida el magistrado Valera Montero afirma que

[...] el Tribunal Constitucional se encuentra facultado para conocer y, más aún, está en el deber de pronunciarse en lo relativo a las excepciones de inconstitucionalidad que han sido resueltas por los tribunales que dictan las sentencias impugnadas por ante este fuero constitucional o que, habiendo sido planteada una excepción de inconstitucionalidad, el órgano judicial o jurisdiccional ante el cual la misma se haya planteado haya omitido estatuir sobre la misma.⁵⁸

En ese tenor, diremos que los sujetos facultados para llevar a cabo el control por vía de excepción al que hago referencia son los que se encuentran establecidos en el artículo 188 de la Constitución dominicana luego de formular una lectura incluyente. Esto es: todos los jueces del Poder Judicial, del Tribunal Superior Electoral y, sin lugar a dudas, del Tribunal Constitucional. Pues, como bien precisa Valera Montero, la competencia

56 “El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los casos previstos por el Artículo 185 de la Constitución y de los que esta ley le atribuye. Conocerá de las cuestiones incidentales que surjan ante él y dirimirá las dificultades relativas a la ejecución de sus decisiones”, ley número 137-11, 29-30.

57 Acosta de los Santos, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución* (Santo Domingo: Universidad APEC, 2010), 415-416.

58 Miguel Valera Montero, “Voto salvado” en Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0111/19 del 27 de mayo de 2019, 88-99, en 92, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc011119>, [acceso 6/6/2022].

prevista en los artículos 51 y 52 de la ley número 137-11 —en ocasión de la cual se da la tesis excluyente— no es exclusiva de los jueces y tribunales del Poder Judicial; sino que lo dispuesto allí comporta una enfatización en el deber de examen, ponderación y decisión de las excepciones de inconstitucionalidad como una cuestión previa al resto del caso⁵⁹. Afirmación que tiene bastante sentido, pues el legislador no puede —ni debe— crear normas que limiten presupuestos expresamente consagrados en la Carta Política, como es el caso de una competencia constitucional abierta —la del artículo 188 de la Constitución dominicana— que queda ocluida a partir de una interpretación dada a la norma de rango legal que está llamada a desarrollarla.

Y es que entre los artículos 51 y 52 de la ley número 137-11 y el artículo 188 de la Carta Política existe, según Acosta de los Santos, una parcial contradicción; pues los primeros introducen una limitante que el constituyente no previó; sin embargo, ante una contradicción como esta tiene preferencia la norma de mayor jerarquía, es decir, la Constitución. De ahí resulta que, constitucionalmente, el Tribunal Constitucional dominicano se encuentra facultado para conocer las excepciones de inconstitucionalidad que le sean presentadas; ya que es un tribunal de la República.⁶⁰

B. Su objeto

Insisto en que el control difuso o concreto de la constitucionalidad, llevado a escena mediante la excepción de inconstitucionalidad, implica que cuando el operador jurídico comprueba una tensión irreconciliable entre la ley y la Constitución debe aplicar directamente el contenido integral de esta última para resolver la disputa donde se produce la contestación. Es, pues, una forma de proteger derechos constitucionales bajo el manto de la supremacía constitucional.

Su objeto proviene del artículo 6 de la Constitución dominicana. En efecto, las normas y los actos, las disposiciones de carácter general y aquellas de alcance particular, las leyes, reglamentos, tratados internacionales, ordenanzas municipales, los actos de los poderes públicos y los contratos entre particulares son susceptibles del control difuso o concreto de la constitucionalidad y, por ende, deben ser evaluados por cualquier juez vía la excepción de inconstitucionalidad.⁶¹

Dicho objeto no solo debe apreciarse a partir de la condición o naturaleza del instrumento donde se halle la norma infra constitucional cuestionada (*objeto formal*); sino que también debe percibirse desde la perspectiva en que nuestra Carta Política determina el ejercicio del control por vía de excepción, esto es: la garantía de los valores y principios constitucionales, los derechos de la colectividad y de las personas como parte del Estado social y democrático de Derecho (*objeto material*). Esto en virtud de que la Carta Fundamental prevé “un mecanismo de control difuso para hacer efectiva

⁵⁹ Valera Montero, Voto salvado..., 93.

⁶⁰ Acosta de los Santos, El control concreto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, año 1, número 1 (2018), en 379-418, en 410.

⁶¹ Cfr. Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen I (Santo Domingo: IUS NOVUM—Editora Búho, 2010), 448.

la protección constitucional de los derechos para casos concretos, permitiéndose la inaplicación de un precepto de ley contrario a la Constitución”⁶².

En efecto, que los usuarios del sistema de justicia —las partes y abogados— se empoderen sobre el objeto de la excepción de inconstitucionalidad constituye un medio para que, a través de la supremacía constitucional, se defienda el derecho aplicable a una situación particular sin necesidad de que el Tribunal Constitucional deba resolver una acción directa de inconstitucionalidad vía el control concentrado. De ahí que la función del juez sea inaplicar la norma ante la inminente amenaza o afectación a un derecho constitucional, cuya protección procura el difusor de la excepción de inconstitucionalidad.

C. Su trámite y procedimiento

Los artículos 6 y 188 de la Constitución dominicana nada dicen con relación a la forma en que debe ser presentada la excepción de inconstitucionalidad, ni sobre su instrucción por parte del juez o tribunal donde ella se suscite y, mucho menos, sobre sus efectos. Asimismo, la ley número 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, en sus artículos 51 y 52 se limita a trazar tres requisitos que deben tenerse en cuenta ante un planteamiento como este, a saber: 1) que la excepción comporte un medio de defensa de carácter incidental; 2) que deba ser resuelta previo a la cuestión principal y 3) que pueda ser invocada por alguna de las partes envueltas en la disputa o evaluada de oficio por el juez o tribunal.

Lo anterior, en consecuencia, no supone una reglamentación pura y dura de la excepción de inconstitucionalidad, ni es suficiente para que los usuarios del sistema de justicia y los operadores jurídicos hagan un uso correcto de ella. En cambio, si nos fijamos en el desarrollo legislativo de la acción directa de inconstitucionalidad —desglosada en los artículos 36 al 50 de la ley número 137-11—, veremos desde la forma como debe interponerse, el contenido del escrito introductorio, la instrucción que se agota ante el órgano jurisdiccional, el plazo para que éste se pronuncie, la tipología de sentencias permitidas en la materia, sus efectos y hasta como ejecutarla. En fin, para el control abstracto o concentrado hay una regulación procesal que inicia con la interposición de la acción y culmina con la ejecución de lo juzgado por el Tribunal Constitucional; sin embargo, para el control difuso, concreto y excepcional la ley número 137-11 —ni ningún otro cuerpo normativo— nada dice tipificando el control concreto. Homogeneización procesal que, de existir, sería un aporte sustancial para la eficacia y garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad en el contexto bajo análisis.

Hasta ahora —y desde siempre—, ante la ausencia de reglamentación, los tribunales han hecho uso de la excepción de inconstitucionalidad a partir de los criterios jurisprudenciales y ciertas puntualizaciones doctrinales. De hecho, de allí la consideración de que el juez o tribunal ante el cual se formule un control concreto deba:

62 Usquiano Castro, 61.

1. Verificar si la norma objeto de la excepción es crucial para la solución del caso, por lo que se precisa hacer un juicio de relevancia; 2. Observar que el requirente de la excepción de inconstitucionalidad demuestre que la aplicación de la norma objetada le causará un daño; y 3. Advertir que no exista posibilidad de que el tribunal apoderado del litigio principal interprete la norma de acuerdo a la Constitución con el propósito de evitar desaplicarla.⁶³

Inclusive la Suprema Corte de Justicia estableció que

[...] de conformidad con los principios de nuestro Derecho Constitucional, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber y obligación de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso.⁶⁴ [de igual forma cuando] no lo hayan promovido las partes envueltas en el mismo, esto es de oficio.⁶⁵

Por tanto, aunque la jurisprudencia y la doctrina han ido delineando algunos aspectos inherentes al procedimiento a seguir para ejercer el control difuso, impera que el Congreso Nacional emita una norma —preferiblemente modificando la ley número 137-11— o el Tribunal Constitucional la genere en virtud de su autonomía procesal, donde se regulen todos los aspectos relativos a la excepción de inconstitucionalidad. Esto con especial atención en los supuestos donde el control concreto llega —por la vía que fuere— a manos del Tribunal Constitucional, pues debemos tener presente que su tramitación mutará dependiendo el órgano jurisdiccional donde se presente. Lo anterior, desde luego, con la marcada intención de que se establezca claramente un procedimiento, los efectos y el alcance de las decisiones del Tribunal Constitucional rendidas en la materia; así como, paralelamente, se incluya un refuerzo al carácter vinculante de los precedentes constitucionales para que la doctrina jurisprudencial pueda unificarse y aplicarse, efectivamente, en supuestos concretos posteriores.

D. Su aplicación

Ya sabemos que la excepción de inconstitucionalidad se aplica como un incidente o medio de defensa en el marco de un proceso ventilado ante los órganos jurisdiccionales —de justicia constitucional u ordinaria— con el objetivo de que la norma no sea empleada y, en tal sentido, el operador jurídico se sirva del contenido normativo de la Carta Política. En ese supuesto, se ha llegado a afirmar que su uso podría provocar la desobediencia de la ley, generar cierta resistencia a las reglas propias de la democracia y podría terminar por socavar el control abstracto y concentrado ejercido mediante la acción directa de inconstitucionalidad.⁶⁶

63 Cfr. Hermógenes B. Acosta de los Santos, “Voto disidente” en Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0670/16 del 14 de diciembre de 2016, 38-67, en 53-54, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc067016>, [acceso 6/6/2022].

64 Suprema Corte de Justicia, sentencia del 15 de marzo de 1969, en Acosta de los Santos, *El control de constitucionalidad...*, 290.

65 Suprema Corte de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 1983, en Acosta de los Santos, *El control de constitucionalidad...*, 290.

66 Quiroga Natale, *La excepción de inconstitucionalidad...*, 15.

Así, para evitar que la legitimidad del control difuso se vea comprometida —principalmente en los supuestos ante los cuales debe ser conocido por el Tribunal Constitucional— por su aplicación, precisamos recordar que se trata de una obligación que tiene todo juez o tribunal en ocasión del cual debe honrar los principios axiales de la excepción de inconstitucionalidad y tomar en cuenta, entre otras, la mayoría de las reglas básicas o mandamientos extraídos por Haro en su análisis a la doctrina jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.⁶⁷

Por tal razón es que se ha afirmado que

[...] la normativa que se omite aplicar en el caso concreto y sin que el precepto sea derogado del orden jurídico es la ley que al confrontarla con la Carta Política es ostensible su incompatibilidad porque vulnera sus principios, lo que permite en el estudio del caso particular la inaplicación del precepto legal el cual cederá temporalmente para que se aplique directamente la Constitución que con su normativa garantizará la protección del derecho que se pretende hacer prevalecer.⁶⁸

Aplicación constitucional sustentable luego de una actividad interpretativa cargada de una argumentación jurídica suficiente que establecerá, como resultado, una nueva normativa que se implanta al ordenamiento jurídico en virtud del principio del *stare decisis* vía el precedente constitucional. Esto, claro está, cuando el Tribunal Constitucional es quien se haya pronunciado sobre la excepción de inconstitucionalidad, sea directamente o a través de un recurso de revisión.

En fin, el uso de la excepción de inconstitucionalidad tiene que responder a criterios objetivos de aplicación. Estos objetivos, según Quiroga Natale, podrían ser: 1) la manifiesta incompatibilidad de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución o 2) la reproducción de una norma previamente declarada no conforme con la Carta

67 Tales reglas son: “1) *Indispensabilidad ineludible de la declaración de inconstitucionalidad para resolver el caso, atendiendo a la relación de causalidad entre la norma inconstitucional y el perjuicio*; 2) *Existencia de un proceso contencioso, ya sea que se persiga una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa*; 3) *La impugnación de inconstitucionalidad tradicionalmente se plantea como excepción o defensa incorporada en una acción ordinaria, sin perjuicio de que en las últimas décadas se han aceptado acciones declarativas de inconstitucionalidad*; 4) *La declaración de inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio por los jueces, sino a petición de parte interesada*; 5) *Es indispensable que el peticionante acredite debidamente que existe de su parte un interés concreto y legítimo, por la producción actual o inminente de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho*; 6) *Que la inconstitucionalidad o incongruencia constitucional sea convincente, categórica, pues en caso de duda rige más que nunca la presunción de legitimidad de los actos estatales*; 7) *La declaración de inconstitucionalidad que se solicita debe ser oportuna, es decir, no prematura*; 8) *Es improcedente la declaración de inconstitucionalidad cuando la resolución del caso se ha tornado abstracta por soluciones advinientes*; 9) *No corresponde a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad en las llamadas political questions o “cuestiones políticas”, es decir, en las no justiciables, en las que escapan o exceden por diversos motivos, al ejercicio del control jurisdiccional*; y 10) *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad siempre serán inter partes, es decir, solamente recaerán entre las partes que integraron la litis, sin expandirse fuera del caso concreto resuelto, es decir, sin tener efectos erga omnes*”. Cfr. Ricardo Haro, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Revistas Jurídicas UNAM: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2004), 41-74, en 52-53, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr4.pdf>, [acceso 6/6/2022].

68 Usquiano Castro, 62.

Política. En efecto, para que el empleo de la excepción de inconstitucionalidad pueda reputarse legítimo, debe estar presente alguna de las conjeturas anteriores.⁶⁹

Abordados los elementos que estructuran la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control de la constitucionalidad concreto, ahora me referiré al alcance y los efectos de las decisiones rendidas en ocasión del control difuso —haciendo énfasis en aquellas que sean dictadas por el Tribunal Constitucional—. Esto, a fin de culminar con las piezas que desde nuestra perspectiva confluyen para concebir la identidad de esta prodigiosa herramienta de justicia constitucional.

IV. Alcance y efectos de las decisiones sobre la excepción de inconstitucionalidad

Describir el alcance y los efectos de una sentencia rendida en materia de control difuso de entrada parecería cosa fácil pues, considerando que se trata de un control de incompatibilidad sobre la aplicación de una normativa —no sobre su validez como sucede con el control abstracto—, se infiere como regla general que su cosa juzgada es relativa y sus efectos solo alcanzan a las partes envueltas en la disputa donde se resuelve la excepción de inconstitucionalidad⁷⁰. Esto es así para los supuestos en que el control concreto es empleado por jueces cuyas decisiones no comportan precedentes constitucionales con fuerza vinculante. De ahí que, en principio, la trivialidad sobre el alcance y los efectos de la sentencia no se torna tan trascendente para el debate jurídico como cuando es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde pronunciarse.

La doctrina ha reconocido que las decisiones de los tribunales constitucionales “pueden tener efectos *inter partes*, el fallo determina la inaplicación del precepto legal considerado contrario a la Constitución para el caso concreto, afectando la sentencia solo a las partes que han actuado en el respectivo contencioso”⁷¹.

Cuando la excepción de inconstitucionalidad es resuelta por el Tribunal Constitucional —en su condición de máximo garante de la supremacía constitucional y cuyos pronunciamientos son la *última ratio* en temas de interpretación de la Carta Política— no es baladí poner en duda ese carácter relativo e *inter partes* que tradicionalmente se le ha reconocido a la desaplicación de una norma por inconstitucional. Así lo venía advirtiendo Pellerano Gómez, mucho antes de la creación del Tribunal Constitucional dominicano, al indicar que

La autoridad *erga omnes* de las sentencias dictadas bajo el control difuso sólo debe ser admitida en los casos en que el más alto tribunal haya tenido la última palabra sobre la cuestión de la constitucionalidad mediante su decisión sobre el recurso en casación de que haya sido apoderada, y a la vez haya pronunciado la nulidad de la ley incriminada. A sus sentencias desestimatorias dictadas bajo el control difuso no debe reconocérseles ese carácter a causa de que se impediría a otros litigantes el libre acceso a la ley

⁶⁹ Cfr. Quiroga Natale, *La excepción de inconstitucionalidad...*, 17.

⁷⁰ Cfr. Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, 447.

⁷¹ Nogueira Alcalá, 271.

sustantiva y obstaculizaría la implantación de una interpretación evolutiva que adapte el texto de la Constitución a situaciones históricas cambiantes.⁷²

De hecho, implícitamente también lo advirtió el Tribunal Constitucional dominicano tras señalar, en ocasión de un recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, que:

[...] cuando la sentencia recurrida ha declarado inaplicable una norma por ser contraria a la Constitución, lo que se pretende es subsanar la debilidad derivada del efecto relativo de las sentencias dictadas en la implementación del control difuso, ya que al tener efectos relativos la norma cuestionada permanece en el sistema y otro juez del mismo sistema puede aplicarla en un caso distinto, situación que, sin duda, genera inseguridad jurídica; igualmente, busca garantizar la uniformidad de la interpretación de la hermenéutica de la Constitución, en la medida que lo decidido por el Tribunal Constitucional tiene efectos *erga omnes*, es definitivo y vincula a todos los poderes, por aplicación de lo previsto en el artículo 184 de la Constitución.⁷³

Y es que las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano —sin discriminación alguna— tienen un alcance *erga omnes*, porque comportan precedentes vinculantes de acuerdo a lo previsto en el artículo 184 constitucional. En efecto, aun cuando al declararse la inconstitucionalidad por vía de excepción la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico, sino inaplicada en el caso particular, los efectos del precedente constitucional —en virtud del principio del *stare decisis*— hacen que la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional pase a regular los supuestos concretos similares —donde la norma infra constitucional debería aplicarse— en el porvenir. Esto, materialmente hablando, desborda con creces el efecto *inter partes* que se le ha reconocido a la excepción de inconstitucionalidad y, en igual medida, expande el firmamento de consagración del precedente constitucional.

Por tanto, no es que los efectos de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional rompan en su totalidad con el carácter declarativo, relativo e *inter partes* que distingue al control concreto, pues este sigue teniendo lugar como incidente o medio de defensa dentro de un proceso principal y sirve para resolver un conflicto específico de aplicación normativa; sino que la implementación del precedente constitucional provoca un umbral donde la interpretación del Tribunal Constitucional pasa a ser una regla que debe ser acatada por todos los jueces posteriores y poderes públicos. Se trata, pues, como señala Highton, de un “precedente con fuerza diversa”.⁷⁴

Una perspectiva semejante es la que sostiene Acosta de los Santos al sopesar los efectos del control concreto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Este considera que:

⁷² Juan Manuel Pellerano Gómez, *Constitución, interpretación e inconstitucionalidad*, en Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, 448.

⁷³ Tribunal Constitucional dominicano, sentencia número TC/0095/18 del 25 de abril de 2018, 14, en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc009518>, [acceso 6/6/2022].

⁷⁴ Elena I. Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, *Revistas Jurídicas UNAM-IIJ* (2011), 107-173, en 109, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>, [acceso 6/6/2022].

Aunque el examen de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional cuando conoce de una excepción de inconstitucionalidad ocurre en un caso concreto, la decisión debe tener efecto *erga omnes*, ya que quien dicta la sentencia es el máximo intérprete de la Constitución, y bajo ninguna circunstancia puede permitirse la permanencia en el ordenamiento de una norma declarada no conforme con la Constitución, independientemente de que tal declaración se haya realizado en un caso concreto.⁷⁵

Ahora bien, lo anterior no deja de ser polémico en la medida de que al no existir una reglamentación diáfana y específica sobre el empleo de esta herramienta procesal ante el Tribunal Constitucional, se da cabida a que un uso desproporcional e ilimitado del control concreto pueda terminar socavando su legitimidad y autonomía frente a la acción directa de inconstitucionalidad, ya que a la postre sus efectos serían parecidos a la nulidad por inconstitucionalidad que dimana del control abstracto, cuestión que “resulta contraria a la naturaleza y fines de la citada institución jurídica”⁷⁶. De ahí que urja la creación de una norma procesal donde se recojan cuestiones que abarquen desde la tramitación de la excepción de inconstitucionalidad hasta los límites a la hermenéutica del operador jurídico, los efectos y el alcance concreto de la regla contenida en el precedente constitucional; así, en efecto, se morigeraría un poco la amenaza que al parecer representa la admisión de este instituto procesal ante el Tribunal Constitucional dominicano.

En efecto, el empleo de una excepción de inconstitucionalidad reglamentada ante el Tribunal Constitucional no solo garantizaría la supremacía constitucional al preferirse la norma constitucional frente a una norma inferior inconstitucional, ni tampoco serviría solo para trazar —vía el precedente constitucional— una regla que regirá para el porvenir en los casos posteriores con un perfil jurídico-factico parecido mientras la disposición normativa tenga vigencia en nuestro orden constitucional; sino que ella es un medio palpable de justicia constitucional que permitiría al Tribunal Constitucional dominicano —y a cualquier otro juzgador—, en un caso concreto, hacer un control legislativo para reforzar la protección de los derechos fundamentales que se vean amenazados o lesionados por la potencial aplicación de un precepto normativo contrario a la Carta Política.⁷⁷

V. El valor jurisprudencial de las excepciones de inconstitucionalidad

Hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dominicano, órgano de cierre en materia de interpretación constitucional, genera sus dudas en cuanto al valor de la carga argumentativa que recubre la motivación de sus decisiones y su vinculatoriedad con relación a los jueces posteriores, poderes públicos y los particulares. Por tanto, aunque contamos con un sistema de precedentes constitucionales no ha sobrado preguntarse ¿cuántas sentencias son necesarias para hacer precedente? o, en igual medida, ¿cuántas sentencias se necesitan para que se

⁷⁵ Acosta de los Santos, El control concreto de constitucionalidad..., 416.

⁷⁶ Quiroga Natale, La excepción de inconstitucionalidad..., 20.

⁷⁷ Cfr. Usquiano Castro, 65-66.

respete un precedente? La respuesta a ambas interrogantes es, en realidad, que solo necesitamos de una decisión, porque todas sus sentencias son vinculantes de acuerdo al artículo 184 constitucional y, por consiguiente, es obligación nuestra acatar lo ordenado por dicho colegiado.

Esto implica, como hemos indicado en párrafos anteriores, que los tribunales posteriores —y el mismo Tribunal Constitucional— conforme a los principios de la supremacía constitucional, igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, separación de funciones y *stare decisis* deben acatar los precedentes constitucionales, salvo que dejen constancia clara, expresa y razonada de que el caso posterior es diferente del caso resuelto con el precedente.

Lo anterior podría verse como un amedrentamiento de la independencia judicial proclamada en el artículo 151 de la Constitución dominicana⁷⁸. Empero, debemos recordar que esta autonomía judicial alcanza dos dimensiones: una externa, que evita la intromisión de agentes foráneos en las cuestiones propias de la administración de justicia; y, una interna, que se vincula tanto con relación a la participación de las partes como a las influencias de otros operadores jurídicos homólogos y/o superiores jerárquicos que forman parte de la organización judicial⁷⁹. En cambio, la existencia de esta independencia no implica que los jueces —quienes se encuentran sometidos a la Constitución y a las leyes— dejen de observar las normas constitucionales y los precedentes del Tribunal Constitucional dominicano cuando se presente un supuesto donde la aplicación de la norma infra constitucional riña con el contenido de la Carta Fundamental.

Por tanto, la importancia de la jurisprudencia en la materia constituye

[...] un valor para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad porque el análisis de la jurisprudencia de la alta corporación, nos permite conocer su identidad y sus fundamentos para aplicar el control por vía de excepción, porque en todo caso el operador jurídico que haga uso de este control por vía de excepción deberá argumentar y motivar su decisión.⁸⁰

Además, aunado a lo precisado por Usquiano Castro con relación al valor de la jurisprudencia vertida en la materia, podemos señalar que la posibilidad de que el Tribunal Constitucional dominicano ejerza un control concreto vía la excepción de inconstitucionalidad resulta propicia para la solución de casos complejos. Pues estos, usualmente, vienen acompañados de un escenario moral, cultural, social, político o económico en donde la aplicación de la norma comporta un verdadero desafío para el sostenimiento del orden constitucional, lo cual, desde nuestra perspectiva, podría

⁷⁸ Que reza: “Las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y están sometidos a la Constitución y a las leyes. No podrán ser removidos, separados, suspendidos, trasladados o jubilados, sino por alguna de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley”, Constitución Política de la República Dominicana, 191-192.

⁷⁹ Cfr. Rosalía Sosa Pérez, “Comentarios al artículo 151 de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS), *Constitución comentada*, 2da. Ed. (Santo Domingo: FINJUS, 2012), 289.

⁸⁰ Usquiano Castro, 69.

atenuarse —sino resolverse— con un *corpus jurisprudencial* aceptable generado a raíz de los pronunciamientos del colegiado constitucional, sobre el control de la constitucionalidad, en casos concretos.

Aunque la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional dominicano se componga de los fallos dictados en ocasión de los distintos procesos y procedimientos constitucionales a su cargo, tales como: la acción directa de inconstitucionalidad, controles preventivos de tratados internacionales, los recursos de revisión de sentencias de amparo y de decisiones jurisdiccionales o los conflictos de competencia; se precisa que la reglamentación sugerida en parte anterior incluya un refuerzo al mecanismo de unificación de la jurisprudencia ligada a casos en donde se aplique la excepción de inconstitucionalidad, es decir: al precedente constitucional, a fin de que “se falle de forma igual los [casos] que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”⁸¹.

VI. A modo de cierre

Si algo hemos constatado hasta aquí es que el uso de la excepción de inconstitucionalidad lo mismo en los términos de las reformas constitucionales de 2010 y 2015 que en la ley número 137-11, no está proscrito para el Tribunal Constitucional; sin embargo, se precisa de una inmediata e insoslayable regulación —conforme a los principios y características que la identifican, y hemos auscultado previamente— a fin de que su aplicación ante la Alta Corte constitucional se lleve a cabo de forma que no se vea socavada su principal competencia en materia de control de constitucionalidad.

La implementación de esta herramienta sería una forma de fortalecer la doctrina del *stare decisis* y el precedente, garantizando su respeto de parte de los jueces posteriores —incluido el propio TC— y los poderes públicos; ya que la interpretación realizada por el último interprete de la Constitución y garante de su supremacía pasará a regir el espacio ocupado por el precepto inaplicado por inconstitucional; salvo que ulteriormente se cuestione por la vía directa y se expulse del ordenamiento o el legislador lo ajuste a tal interpretación.

Todo lo dicho hasta aquí lo planteo atendiendo a que el derecho procesal constitucional tiene la ventaja de que su dinamismo y ductilidad le permiten evolucionar acorde a los cambios sociales, políticos, económicos, culturales y, por supuesto, jurídicos. Cambios que, en nuestro orden constitucional, eventualmente llevarán a un cambio de visión sobre la temática considerando los postulados de los artículos 6, 184 y 188 de la Constitución.

VII. Referencias bibliográficas

- Acosta de los Santos, Hermógenes B. El control concreto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, año 1, número 1 (2018), 379-418.
- _____, Hermógenes B. *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*. Santo Domingo: Universidad APEC, 2010.

81 Usquiano Castro, 71.

- Carmona Cuenca, Encarnación. El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista de Estudios Políticos*, número 84 (1994).
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La división de poderes y la función jurisdiccional, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, número 7-8 (enero-diciembre 2007).
- Cortés-Escárrega, Jane Catalina y Ríos-Quintero, Juliana Victoria. Eficacia de la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control constitucional, *Inciso: Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas* (2017).
- Díaz García, Iván. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias, *Revista Ius et Praxis*, número 2 (2012).
- Eduardo Jorge Prats. “Comentarios al artículo 6 de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS). *Constitución comentada*. 2da. Ed. Santo Domingo: FINJUS, 2012.
- Elena I. Highton, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, *Revistas Jurídicas UNAM- IJ* (2011).
- García Belaunde, Domingo. El precedente constitucional: extensión y límites, *Revista Pensamiento Constitucional* (2017).
- Garriaga Domínguez, Ana. Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista Derechos y Libertades*, número 10 (2001).
- Humberto Nogueira Alcalá, “El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la perspectiva comparativa con los tribunales constitucionales latinoamericanos” en Nestor Pedro Sagües y Lino Vásquez Sámul (coords.). *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Santo Domingo: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2011, 216-284.
- Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Volumen I. Santo Domingo: IUS NOVUM–Editora Búho, 2010.
- _____, Eduardo. *Comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales*. 2da. Ed. Santo Domingo: IUS NOVUM – Editora Búho, 2013.
- Legarre, Santiago y Rivera, Julio César. Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, número 1 (2006).
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill, 2001.
- Maya Chaves, María José. Discordia, reforma constitucional y excepción de inconstitucionalidad, *Revista de Estudios Sociales*, número 42 (2012).
- Montesquieu, Charles Louis de Secondant. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza editorial, 2015.
- Quiroga Natale, Edgar Andrés. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión, *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, número 34 (enero-junio 2015), 4-28.
- Ricardo Haro, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Revistas Jurídicas UNAM: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2004).
- Rosalía Sosa Pérez. “Comentarios al artículo 151 de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS). *Constitución comentada*. 2da. Ed. Santo Domingo: FINJUS, 2012.
- Sagües, Néstor Pedro. Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica, *Revista Pensamiento Constitucional*, año IV, número 4 (1997).
- Servio Tulio Castaños Guzmán, “Comentarios al preámbulo de la Constitución dominicana” en Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS). *Constitución comentada*. 2da. Ed. Santo Domingo: FINJUS, 2012.
- Taruffo, Michele. Consideraciones sobre el precedente, *Revista Ius et Veritas*, número 53 (2016).
- Usquiano Castro, Milton Alexander. *La excepción de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional colombiana*. Medellín: Universidad de Medellín, 2017.

Apuntes sobre el control El servidor público de estatuto simplificado: ¿Una ley puede estar por encima de la Constitución?

Rey A. Fernández Liranzo

En el estado actual de nuestro derecho, el funcionario o servidor de carrera es “*el nombrado para desempeñar un cargo permanente, clasificado de carrera, y con previsión presupuestaria, previa superación de las pruebas e instrumentos de evaluación y concurso público, según la Ley 41-08, de Función Pública y sus reglamentos*”⁸², generando varios derechos de conformidad con la Constitución y la Ley de Función Pública antes mencionada⁸³.

Dentro de estas prerrogativas, encontramos “*la estabilidad laboral*”; la cual ha sido definida por la doctrina jurisprudencial como “*el derecho del trabajador a mantenerse en el empleo, mientras no medie alguna de las justas causas de rescisión contractual*”⁸⁴; siendo necesario enfatizar que una de sus principales características es que se trata de “*un derecho propio y exclusivo para los funcionarios de carrera administrativa*”⁸⁵; de ahí que cuando en ocasión de la desvinculación de un servidor público, esta se hace al margen de las garantías mínimas del debido proceso, el resultado jurídicamente aceptable es la nulidad absoluta del procedimiento y la inmediata reincorporación al servicio público activo del servidor sancionado, con adición a los salarios dejados de percibir.

Sin embargo, distinto ocurre con el servidor público de estatuto simplificado⁸⁶, para quien el legislador dispuso todo lo contrario, cuando en el párrafo del artículo 24 de la Ley Núm. 41-08, sobre Función Pública, dispuso que “*Este personal no disfruta de derecho regulado de estabilidad en el empleo*”.

Esto ha llevado a que, se estableciera como un criterio jurisprudencial acertado y reiterativo el hecho de que en aquellos casos, en que se violara el debido proceso sancionador contra un servidor de estatuto simplificado, el mismo no resultase en una nulidad absoluta, sino en el pago de las sanciones correspondientes. Al efecto citamos uno de estos casos, en jurisprudencia reciente de nuestra Suprema Corte de Justicia, veamos:

82 SCJ, Tercera Sala, sentencia núm. 381-Bis, 05 de agosto de 2015. B. J. Inédito.

83 Ver artículo 59 de la Ley 41-08, el cual establece que: “*En adición a los derechos generales de los servidores públicos, son derechos especiales de los funcionarios de carrera, los siguientes: 1.) A la titularidad de un cargo permanente de la administración pública clasificado como de carrera; 2.) De estabilidad en la carrera administrativa bajo las condiciones previstas por la presente ley, (...)*”.

84 CAMPOS ARDON, D. ALBERTO. La aplicación del principio de estabilidad laboral a los servidores públicos. Pag. 44.

85 Principales Sentencias 2020, Consejo del Poder Judicial de la República Dominicana. Rte. Rafael Abelardo Batlle de la Maza. Rdo: Instituto Dominicano de Aviación Civil (Idac). Páginas 2792-2797.

86 Ver artículo 24 de la Ley 41-08, conforme al cual “*Es funcionario o servidor público de estatuto simplificado quien resulte seleccionado para desempeñar tareas de servicios generales y oficios diversos, en actividades tales como: 1. Mantenimiento, conservación y servicio de edificios, equipos e instalaciones; vigilancia, custodia, portería y otros análogos; 2. Producción de bienes y prestación de servicios que no sean propiamente administrativos y, en general, todos los que impliquen el ejercicio de un oficio específico; 3. Las que no puedan ser incluidas en cargos o puestos de trabajo de función pública.*”

“(…) ante la ruptura de un contrato de trabajo, punto que no fue controvertido entre las partes, de un servidor público categorizado de estatuto simplificado como determinó el tribunal a quo, **ejercido contraviniendo las disposiciones legales sobre la materia, es decir, omitiendo el procedimiento establecido en el artículo 87 de la Ley 41-08, sobre Función Pública, no procede anular o modificar el acto administrativo que lo desvincula, sino declarar injustificado su cese conforme con el artículo 60 del texto legal antes citado, tal y como acaeció en el presente caso puesto que la anulación del acto en esa materia, provocaría de manera lógica el reintegro a las labores del empleado, facultad que corresponde a los servidores públicos de carrera quienes gozan del mérito, la estabilidad y el desarrollo en sus cargos, tal y como dispone el artículo 59 de la Ley 41-08**”⁸⁷ (Subrayado nuestro).

Lo antes indicado, nos obliga a replantearnos si esta práctica jurisdiccional, como consecuencia de la interpretación del párrafo del artículo 24 de la Ley Núm. 41-08, sobre Función Pública, es conforme a la constitucionalización del ordenamiento jurídico en la República Dominicana, lo cual nos obliga a comprender el principio de legalidad en los límites y condiciones fijadas por nuestro Tribunal Constitucional, en el precedente de la Sentencia TC 183/2014, conforme al cual dicho principio:

“(…) **se configura como un mandato a todos los ciudadanos y a los órganos del Estado que se encuentran bajo su jurisdicción para el cumplimiento de la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico dominicano.** De conformidad con este principio, las actuaciones de la Administración y las resoluciones judiciales quedan subordinadas a los mandatos de la ley. Este principio se configura en el artículo 40.15 de la Constitución, en términos de que a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe”. La ley es igual para todos: solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más de lo que le perjudica y, en concreto, para toda la Administración Pública, el artículo 138 de la Constitución prevé que la misma debe actuar con “**sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado**” (subrayado nuestro)⁸⁸

La integración de todo el ordenamiento jurídico supone, lógicamente, que toda actuación de la Administración Pública ha de ser conforme no solo a las disposiciones establecidas en una ley, sino que, han de ser constitucionalmente validas, y esta validez ha de ser revisada por los jueces del fondo cuando, analizando un acto administrativo, advierten una infracción constitucional, en razón de que, la noción del principio de legalidad ha evolucionado, al principio de juridicidad.

⁸⁷ SCJ, Tercera Sala, Sentencia No. 033-2020-SSen-00403, de fecha 8 de julio de 2020.
⁸⁸ TC Sentencia núm. 183/2014, 14 de agosto de 2014

El principio de juridicidad supone, para el servidor público de estatuto simplificado, un esquema mucho más amplio de análisis, pudiendo asumirse como infracción constitucional en el aspecto analizado: 1º) La violación a un derecho fundamental de orden material; 2º) La violación a una regla, principio o valor constitucional que deje desprovisto al acto administrativo cuestionado de una validez razonable del resultado y afectación; y 3º) La omisión en el dictado del acto administrativo de una de las garantías mínimas del debido proceso.

Debemos observar el régimen de nulidades absolutas – o de pleno derecho- de los actos administrativos en el marco de nuestro ordenamiento, el cual está establecido en el artículo 14 de la Ley Núm. sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, y señala, entre otras cosas que: **“Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, (...)”**; mientras que, nuestra Constitución en su artículo 6 dispone la Supremacía Constitucional, en los siguientes términos: “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**”.

Es prudente enfatizar lo dispuesto en la Sentencia TC/0150/13, de nuestro Tribunal Constitucional, veamos:

“El principio de supremacía constitucional establecido en las disposiciones del artículo 6 de la Constitución de la República consagra el carácter de fuente primaria de la validez sobre todo el ordenamiento jurídico dominicano, cuyas normas infraconstitucionales deben ceñirse estrictamente a los valores, principios, reglas y derechos contenidos en la Carta Magna. Por tanto, las disposiciones contenidas en la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos”.

Si partimos de estos mandatos de orden imperativos, consistentes en declarar nulos de pleno derecho aquellos actos administrativos que contengan, en esencia, una violación a un derecho fundamental o a una de las garantías mínimas del debido proceso, entonces, ese acto, tal cual efecto jurídico de la nulidad que ha de ser decretada, se ha de asumir como nunca dictado, y por tanto “el acto nulo no debiera tener presunción de legitimidad y por una razón de coherencia sistemática, no podría tampoco reconocérsele ejecutoriedad”⁸⁹.

89 GORDILLO, Agustín. Sistema de Nulidades del Acto Administrativo. Pag. XI-36.

Sin embargo, lo que ocurre, es todo lo contrario, ya que, la jurisdicción contencioso administrativa, como hemos indicado antes, asumió como criterio, no declarar nula la desvinculación del servidor público, no obstante determinarse el incumplimiento del debido proceso o de un derecho fundamental, sino que al efecto, asume como sanción el pago de la indemnización fijada por el artículo 60 de la Ley núm. 41-08.

Entendemos que esta es una solución jurídicamente incorrecta, partiendo de los mandatos constitucionales y legales existentes, ya que, si bien la ley de Función Pública excluye el derecho de estabilidad laboral de las prerrogativas que le asisten al servidor público de estatuto simplificado, por mandato del párrafo del artículo 24 de la indicada ley, no menos cierto es, que ordenar el pago de las indemnizaciones supone, al tenor del artículo 60 de la indicada ley que, el acto administrativo resulte ser valido pero sustentado en un motivo injustificado para la ruptura de la relación de trabajo, en virtud de que la indicada disposición no hace mención expresa a que procederá dicho pago cuando el acto administrativo sea nulo de pleno derecho.

Desde nuestra óptica, estamos en presencia de una violación al principio de Supremacía Constitucional, la cual se advierte en tanto que, la efectividad de las disposiciones de nuestra carta magna se ve limitada por una ley, y en lugar de anular el acto administrativo de desvinculación, este es no convalidado por el órgano jurisdiccional⁹⁰, restándole el efecto jurídico de una nulidad absoluta contenida en un mandato expreso del Constituyente, la cual los tribunales no solo deben decretarla, sino que, además deben ordenar las medidas que sean necesarias para hacer cumplir la ejecución de su decisión en ese sentido⁹¹.

90 Conforme con el Principio de Inconvalidabilidad establecido en el numeral 7 del artículo 7, Ley Núm.137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales: *La infracción de los valores, principios y reglas constitucionales, está sancionada con la nulidad y se prohíbe su subsanación o convalidación.*

91 Conforme con el Principio de Oficiosidad establecido en el numeral 11 del artículo 7, de la Ley Núm.137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales: *“Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente”.*

La degradación cívica como pena principal y la problemática de su complementaria

Luis Guillermo Fernández Budajir

I. Introducción

El abordaje de la degradación cívica como pena principal exige de un análisis, no tanto de la construcción tripartita que sobre las infracciones estableció la codificación decimonónica francesa, cuya vigencia, en gran medida, todavía encuentra asidero en nuestro país, sino, más bien, de la reparación en la determinación conceptual de las penas como aflictivas o infamantes, las cuales ya existían, incluso, antes de la época del antiguo régimen francés⁹².

No es ajena la idea de que Francia fue el primer país de la Europa Continental que aprobó un Código Penal (en lo adelante CP) liberal, el cual surgió en el año 1791 tras la caída del antiguo régimen⁹³. Sin embargo, a pesar de que la intención reformadora de la Revolución estuvo dirigida a erradicar la incertidumbre de las leyes y penas, la eliminación del poder arbitrario de los jueces y la desproporcionalidad existente entre las penas y los hechos castigados, resulta forzoso admitir que ello fuera logrado con la codificación decimonónica, pues, si bien en el antiguo régimen existía un aproximado de cincuenta o sesenta penas diferentes que se vieron sustancialmente reducidas con la codificación, la incertidumbre en cuanto al alcance y contenido punitivo nunca desapareció.

Además, el sistema jurídico penal francés, al menos desde el prisma de la Parte General, nunca ha sido reconocido por su coherencia sistemática, siendo incluso catalogado como un sistema de alineación brusca desde el punto de vista lógico, de *'elementos'* dispares y de incumplimiento de los requisitos básicos de formación científica, como lo serían la economía de conceptos y la ausencia de contradicciones⁹⁴.

92 CAÑIZARES-NAVARRO, J. B. *"Las penas infamantes en las postrimerías del Antiguo Régimen francés: un tratamiento normativo y doctrinal"*. Foro, Nueva Época, 17.1 (2014), pp. 101-137, quien reconoce que esta categoría existía en el Derecho Romano; Vid. RAMOS, LEONCIO. "Notas de derecho penal dominicano". Colección Estudios Jurídicos No. 1. Cuarta Edición. Editora Punto Mágico. Santo Domingo, República Dominicana. 2002. pp.26-27, donde se establece que, en la antigua legislación francesa eran aplicables penas denominadas aflictivas e infamantes, aflictivas no infamantes, infamantes principales y accesorias.

93 Por no ser objeto del presente trabajo, dejaremos de lado, por el momento, todo el proceso de reforma y gestación codificadora ocurrida en gran parte de Europa en el siglo XIX. Baste ahora con decir, únicamente, que esta transformación estuvo vinculada no solo a un cambio de paradigma en la forma de entender la sociedad y al hombre, sino en la forma de comprender a la ciencia propiamente dicha, y cuyas raíces específicas germinan en el denominado siglo de las luces. Para más información sobre el proceso transformador Vid. MASFERRER, ANICETO. *"La ciencia del derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales"*; en Javier Alvarado Planas y Alfonso Serrano Maíllo (coord.) *"Estudios de las ciencias criminales en España"*. Editorial Dykinson. España. 2007. pp. 273-350.

94 SCHÜNEMANN, BERND. *"El propio sistema de la teoría del delito"*. InDret. Vol. 1/2008. Barcelona, España. p. 5, disponible en web: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf> (última consulta: 22 de junio de 2022); vid. AMBOS, KAI. *"Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana"*. InDret. Vol. 3/2008. Barcelona, España, disponible en web: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/124287/172260> (última consulta: 22 de junio de 2022); quien

Ello queda comprobado por la desorganización sistemática de las penas, su incoherencia clasificatoria, sus contradicciones, y, porque, en realidad, su nomenclatura punitiva siempre ha carecido de una aplicación práctica relevante. Si a ello le sumamos el hecho de que, al menos en nuestro país, el sistema jurídico-penal sustantivo es producto de un modelo de código que tiene más de 190 años y que, además, es consecuencia de una traducción idiomática cuestionable la cual, en gran medida, ha servido para la interpretación analógica de conceptos que terminan vulnerando derechos fundamentales de los procesados, la exigencia de una modificación no solo es evidente, sino que se hace urgente.

Con todo, no puede decirse lo mismo de la practicidad que acarreó consigo la tricotomía francesa de división de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones⁹⁵, pues dicha distinción fue una consecuencia estructural del llamado “Derecho Intermedio” francés que reformó la organización de los órganos jurisdiccionales penales en Francia⁹⁶. En efecto, el Decreto del 16 y 24 de agosto de 1790 estableció la policía municipal en las comunas, los tribunales de policía correccional en cada distrito y los tribunales criminales con jurado en los departamentos. En consecuencia, la policía municipal sería la competente para conocer sobre las materias contravencionales, los tribunales correccionales estarían a cargo de los delitos y, finalmente, los tribunales criminales con jurado tendrían la competencia exclusiva para el tratamiento de los crímenes. Esta división sería lo que motivaría la tricotomía francesa de crímenes, delitos y contravenciones⁹⁷.

II. Aproximación sistemática

Al analizarse las codificaciones francesas de 1791, 1795 y 1810, es posible encontrar en ellas la inclusión de una categoría de penas denominadas “*penas infamantes*”, permaneciendo vigente esta categoría, al menos en Francia, hasta el año 1994⁹⁸. En nuestro país, que aún rige el CP con las modificaciones francesas de 1832⁹⁹ (con ligeras

identifica al menos siete modelos diferentes de estructurar los elementos constitutivos del hecho punible, así como la confusión en el contenido y posición sistemática del elemento legal y la ausencia de una categoría independiente de la culpabilidad.

⁹⁵ *Passim*. CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. “*Las penas infamantes en la Codificación Penal Francesa*”. Dykinson, S. L. Madrid. 2019. pp.90 y ss.

⁹⁶ *Ibidem*. pp. 90-91

⁹⁷ Evidentemente, otras razones apoyan esta división tripartita; sin embargo, detenernos a analizar a profundidad las mismas extendería los objetivos trazados en el presente trabajo. Baste ahora con señalar aspectos esenciales como la prescripción, la tentativa, las reglas del no cúmulo de penas, la reincidencia, la complicidad y hasta las circunstancias atenuantes varían dependiendo de si estamos en presencia de un crimen, un delito o una contravención. Vid. RAMOS, LEONCIO. Óp. Cit. pp.87-88

⁹⁸ Fecha en la que se pone en vigencia el Nuevo Código penal francés aprobado en el año 1992.

⁹⁹ Existe una discusión sobre si, en esencia, los Códigos franceses traducidos corresponden con los del 1832 o con las modificaciones contenidas por las reformas del 1863. Lo cierto es que, si bien para el 1884 el legislador nacional tuvo a mano dichas modificaciones, terminó rechazando en gran medida sus postulados, viniendo a representarse el texto aprobado con la mayoría de las contenidas en el 1832. Cfr. RAMOS, LEONCIO. Óp. Cit. p. 58, quien entiende que nos rigen las disposiciones del 1832 con ligeras reformas en la parte especial y PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. “*Código Penal Dominicano Anotado. Disposiciones Preliminares. Lib. I, Cap. I al IV; Lib. II, Cap. Único*”. Editora Taller. Santo Domingo, D. N. República Dominicana. 1996, p. 487 quien entiende que nos rige un texto que contiene las reformas de, al menos, 1863.

reformas de la parte especial), dicha clasificación punitiva permanece vigente. A tales efectos, el artículo 1 del CP realiza una clasificación tripartita de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones; sin embargo, es la pena a imponer la que determina la gravedad de la infracción. Así, cuando la infracción se castigue con pena aflictiva o infamante, se tratará de un crimen; cuando la pena a imponer sea correccional, la infracción castigada será considerada un delito y cuando la infracción sea castigada con una pena de simple policía, se tratará de una contravención¹⁰⁰. En esencia, el artículo 6 del CP dispone que “*las penas en materia criminal son aflictivas e infamantes o infamante solamente*”. Esta división categorial, si bien carece de efectos prácticos, sirve de referencia para la determinación de las infracciones, es decir, permite establecer cuándo estamos en presencia de una infracción criminal¹⁰¹.

La degradación cívica no existió como pena antes de la Revolución francesa. Previo a ello, era la pena de infamia la que en su lugar regía en el Antiguo Régimen. Fue tipificada por primera vez en el Código de 1791, figurando en el catálogo de penas a ser impuestas por la jurisdicción criminal. Más tarde sería adoptada por el *Code de brumaire* de 1795 como una pena infamante y, posteriormente, acogida por el *Code pénal* de 1810 junto con el *carcan* (*la picota*) y el *banissement* (*el destierro*), aunque siendo la menos grave de su categoría. La reforma del año 1832 le conferiría un mayor alcance y ampliaría su especificación, pues adquiriría por primera vez, su carácter de pena accesoria¹⁰², ya que la marca y la picota (*carcan*)¹⁰³ desaparecieron en la revisión francesa del 28 de abril de 1832¹⁰⁴.

A pesar de que, prácticamente, fue esta última versión del CP francés la acogida por nuestro país en 1884, la degradación cívica constituyó la única pena infamante adoptada por efecto de las disposiciones del artículo 8 del CP dominicano. Esto implica, en principio, que cuando ella se establece como pena principal, el tipo penal debe

100 “Art. 1.- *La infracción que las leyes castigan con penas de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante es un crimen*”. Vid. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. p.29: “*Cuando una infracción se castiga con pena aflictiva e infamante y además multa, será la pena aflictiva e infamante, la que servirá para clasificar la infracción. Así por ejemplo, si una infracción se castiga con prisión correccional y multa, la infracción es un delito. Si al contrario, la infracción se castiga con pena criminal, como por ejemplo la reclusión y multa, se trata de un crimen, y la multa toma carácter criminal*”.

101 Cfr. MASFERRER, ANICETO. “*La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal anglosajona. Especial consideración al derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano*”. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid. España. 2009. p. 98; quien indica que esta distinción siempre careció de efectos prácticos y fue siempre rechazada por la doctrina mayoritaria francesa.

102 CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. “*Las penas...*” Óp. Cit. p.145; Cfr. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. p. 295, quien indica que no es sino hasta la reforma de 1832 que es introducida la figura de la degradación cívica como pena principal. Quizás la poca frecuencia en su imposición haya llevado al establecimiento de su inexistencia como pena principal; sin embargo, se verifica que entre los años 1825 y 1843 la degradación cívica fue impuesta como pena principal en dieciocho ocasiones; Vid. Cañizares-Navarro, Juan B. “*Las penas...*” Óp. Cit. p. 220

103 Se conoce también como La Picota. Consistía en un tipo de pena de exposición pública en la cual se colocaba al condenado un anillo de hierro atado a un poste, generalmente en una plaza pública; tenía carácter tanto principal como accesorio, aunque solamente era impuesta de manera principal a las mujeres, niñas, extranjeros y reincidentes cuyos ilícitos penales tuvieran establecida una pena principal de degradación cívica. También se extendía esta pena a los cómplices. Vid. CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. Óp. Cit. pp.108 y ss.

104 PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. p. 181. El destierro, en efecto, pasó a considerarse una pena correccional. Vid. Art. 9 CP.

identificarse como uno de carácter criminal, ya que la degradación cívica tiene la particularidad de servir también como pena accesoria¹⁰⁵.

Como fue concebida, la degradación cívica buscaba infamar, vulnerar el honor o la consideración del condenado ocasionándole la deshonra frente a todo aquel relacionado o posible relacionado a él. Esto se desprende de la literalidad del artículo 31 del CP de 1791¹⁰⁶, del cual se extraen dos aspectos relevantes. Por un lado, la identificación de la degradación cívica como pena principal, cuyo contenido y finalidad quedaba materializada cuando en voz alta el escribano del tribunal declaraba que el condenado quedaba degradado de la calidad de ciudadano francés de donde a su vez se sigue la importancia que, para los franceses, constituía ser un ciudadano activo¹⁰⁷ y, por el otro, que la humillación pública a través de la picota consistía en una pena meramente accesoria. Asimismo, de lo dispuesto por el artículo 1 del Título IV, parte 1era del CP de 1791, la mera declaración de la degradación cívica llevaba aparejada la suspensión de todos los derechos ligados a la condición de ciudadano francés, derivándose en consecuencia que esta sanción era lo suficientemente relevante para ser considerada como una verdadera infamia¹⁰⁸.

Ahora bien, la caracterización especial que sobre dicha figura se expone no se vincula únicamente a su íntima relación con la pérdida de la condición de ciudadano activo francés, ni por su relación con la criminalización de conductas propias del ejercicio de la función pública, sino también, por la importancia que la reforma de 1832 le concedió dentro de su sistema punitivo, puesto que, por un lado, en la gran mayoría de infracciones contra la cosa pública se aplicaría este tipo de sanción como pena principal y, por el otro, en su versión accesoria, se vincularía a la práctica totalidad de las penas catalogadas como aflictivas e infamantes, por efecto de las disposiciones del artículo 28 del CP, tanto en su versión original francesa, como en aquellas modificaciones posteriores sufridas en nuestra legislación luego de su adopción en 1884 y, sobre todo, aquellas ocurridas en el siglo XX.

Sin embargo, desde aquel momento se criticó que, si bien la degradación cívica era una pena grave, su imposición carecía de utilidad para aquellas personas que adolecían por

105 Ibidem.

106 "Artículo 31. *El culpable que fuere condenado a la pena de degradación cívica será conducido al medio de la plaza pública de la ciudad de asiento del tribunal que lo condenó. El escribano del tribunal le dirigirá en voz alta las siguientes palabras: Vuestro país os ha hallado convicto de una acción infame; la ley y el tribunal os degradan de la calidad de ciudadano francés. En seguida, el condenado será puesto en la picota en el medio de la plaza pública, donde permanecerá expuesto a la vista del pueblo durante dos horas. En un cartel se trazarán en grandes caracteres su nombre, su domicilio, su profesión, el crimen que cometió y el juicio pronunciado en su contra*". Vid. Código Penal francés de 1791. Traducción y Nota introductoria por Dr. Dr. h. c. José Luis Guzmán Dalbora. Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. 3. Época. No. 1. (2009) pp. 481-517.; Vid. CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. "Las Penas..." Óp. Cit. p. 147.

107 Lo que implicaba cumplir con una serie de requisitos establecidos en la Constitución de 1791 y, posteriormente en la de 1795; es decir, a pesar de alguien haber nacido en Francia, ser ciudadano activo tenía sus exigencias.

108 "TÍTULO IV. *De los efectos de las condenas. Artículo 1. Quien fuere condenado a las penas de hierros, reclusión en casa de fuerza, presidio, detención, degradación cívica o picota, perderá todos los derechos anejos a la calidad de ciudadano activo y la capacidad de adquirirlos. No podrá ser restablecido en esos derechos, o habilitado para adquirirlos, sino en las condiciones y los plazos prescritos en el título sobre la rehabilitación*". Vid. Código Penal francés de 1791. Traducción y Nota introductoria por Dr. Dr. h. c. José Luis Guzmán Dalbora. Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. 3. Época. No. 1. (2009) pp. 481-517.

completo de estima pública y de interés en conservar la honrosa calidad de ciudadano francés¹⁰⁹ por lo que se abogaba por su derogación. En efecto, lo cierto es que, al día de hoy, ni el honor tiene el grado de relevancia conferido en siglos anteriores, ni la degradación cívica puede ser considerada una pena que, en tanto que infamante, tenga algún tipo de finalidad práctica¹¹⁰, creando en la actualidad una serie de inconvenientes de efectos jurídicos relevantes.

III. Concepto y efectos jurídicos

Las penas infamantes y, dentro de ellas, la degradación cívica, guardaban una estrecha vinculación con el honor y la consideración de la persona, en tanto se dirigían directamente a infamar y deshonrar al condenado, produciéndose esto a través de su propia imposición y ejecución. Sin embargo, esta no parece haber sido la pretensión del legislador napoleónico, sino que, como lo establece HUMBERT¹¹¹, la pena tenía más bien por objeto “*negarle a un reo cuya moralidad estaba puesta en duda el ejercicio de unos derechos cuya disposición podía comprometer los intereses de terceras partes*”. Ello debido a que la suspensión indefinida de la condición de ciudadano activo francés y de la consecuente titularidad y ejercicio de los derechos inherentes a dicha condición que producía la condena a degradación cívica, desapareció del código napoleónico, siendo sustituida por una serie de efectos jurídicos indicados taxativamente en los artículos 28 y 34 de dicho texto. Posteriormente, la reforma de 1832 concentraría ambos textos articulando las consecuencias jurídicas de la pena de degradación cívica en el artículo 34 del CP.

En tal virtud, la definición conceptual quedaría aparejada a sus consecuencias jurídicas y no tanto al sentido pragmático que tuvo lugar desde 1791 hasta 1810. Así las cosas, el artículo 32¹¹² del CP dominicano estipuló que la degradación cívica consiste en la destitución o exclusión de los condenados de todas las funciones, empleos o cargos públicos; la privación del derecho a elegir y ser elegido, así como de todos sus derechos cívicos y políticos; la inhabilitación para ser jurado o experto, para figurar como testigo en los actos, dar testimonio en juicio (salvo las declaraciones de simples noticias); la inhabilitación para ser miembros de un consejo de familia, tutor, curador, protutor o consultor judicial (salvo para sus propios hijos y con el consentimiento previo de la familia); la privación del derecho a portar armas, a formar parte de la guardia nacional, servir en el ejército dominicano, abrir escuelas, enseñar o ser empleado de un centro de instrucción en calidad de maestro, profesor o celador.

¹⁰⁹ Lo que nos brinda una idea del valor que tenía el honor en la época de la codificación decimonónica; un valor que, evidentemente, conllevó a los franceses a establecerlo como uno de los bienes jurídicos más importantes a ser protegido por las leyes. Vid. BEXON, S. “*Parallèle du Code Pénal d’Angleterre avec les lois pénales française, et considérations sur les moyens de rendre celle-ci plus utiles*”, Fauvelle et Sagnier, 1800.; extraído de CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. Óp. Cit. p. 88

¹¹⁰ De hecho, el Proyecto de Código Penal prácticamente sustituye toda consideración a la degradación cívica por las penas complementarias establecidas para los delitos graves. Vid. Art. 414 del Proyecto de Código Penal dominicano.

¹¹¹ HUMBERT, G. A. “*Des consequences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en Droit Français*”. Durand. 1855. p. 333; extraída de CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. “*Las penas...*” Óp. Cit. p. 238

¹¹² Artículo 34 del Código Penal francés de 1832.

Lo paradójico de esta regulación es que los efectos jurídicos que el legislador francés de 1832 (y, en consecuencia, el dominicano) estableció para la pena de degradación cívica coinciden en su casi práctica totalidad con aquellos reservados para la pena correccional de interdicción que vino a recoger el artículo 42 del CP113; salvo algunas diferencias, entre ellas, dos que considero sustanciales 114: En primer lugar, las limitaciones jurídicas que tiene como consecuencia la degradación cívica operan de forma automática sobre el condenado, mientras que en el caso del artículo 42, estas pueden ser establecidas tanto de forma parcial o total, quedando a la discrecionalidad del juzgador su imposición y alcance, siempre y cuando ello fuera autorizado por disposición legal expresa¹¹⁵ y, en segundo lugar, contrario a la interdicción que refiere el artículo 42, las limitaciones jurídicas de la pena de degradación cívica resultan, relativamente, permanentes, pues solo podría el condenado recuperar los derechos perdidos por su ejecución, a través del procedimiento de rehabilitación instaurado por el Código de Procedimiento Criminal¹¹⁶.

En nuestra versión traducida, el procedimiento para la rehabilitación quedó regulado en el capítulo IV del Título IV del Libro Segundo; esto es, en los artículos 435 al 451, inclusive, del indicado texto procesal. En esencia, se establecía que toda persona condenada a una pena aflictiva, infamante o correccional podría obtener la rehabilitación luego del cumplimiento de la pena o de haber obtenido un indulto¹¹⁷. Para aplicar a la solicitud debían cumplirse una serie de requisitos o exigencias como, por ejemplo: (i) no haber incurrido en una nueva condena; (ii) haber transcurrido el plazo de prueba; (iii) haber residido en los lugares y tiempos determinados por ley; (iv) no haber sido reincidente¹¹⁸, entre otras.

Respecto del plazo para poder aplicar a la solicitud respecto de una condena a degradación cívica, el Código de Procedimiento Criminal francés establecía un lapso mínimo de cinco (5) años a partir de que la sentencia condenatoria hubiera devenido

113 Coincide con el art. 42 del Código Penal francés de 1832 y establece que “*los tribunales que conozcan de los negocios en materia correccional podrán, en ciertos casos, privar al condenado de una parte o de la totalidad del ejercicio de sus derechos cívicos, civiles y de familia siguientes: 1ro.-Del de votación y elección; 2do.-Del de elegibilidad; 3ro.- Del de ser jurado o nombrado para ejercer otras funciones públicas, o para los empleos de la administración; 4to.- Del porte de armas; 5to.- Del de votación o sufragio en las deliberaciones de familia; 6to.- Del de ser tutor o curador de otras personas que no sean sus propios hijos, y con el asentimiento de la familia; 7mo.- Del de ser experto o servir de testigo en los actos públicos; 8vo.- Del de prestar declaración en juicio, a no ser que se reciba como simple noticia*”.

114 Cfr. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. p. 332; quien realiza una comparación más exhaustiva de las diferencias entre la interdicción de ciertos derechos y la pena de degradación cívica.

115 Ello al tenor de lo consagrado en el artículo 43 que establece que: “*Los tribunales no pronunciarán la interdicción a que se refiere el artículo anterior, sino cuando la ley expresamente la autorice u ordene*”.

116 El título VII de la Primera Parte del CP de 1791 establecía todo lo relativo al procedimiento para la rehabilitación de los condenados. Esta situación permaneció inalterable en el CP de 1795; sin embargo, ya para el 1810, lo relativo al procedimiento de rehabilitación habría desaparecido del Código Napoleónico por efectos del Código de Instrucción Criminal de 1808, que vendría a regular todo lo relativo a este instituto. Por vía de consecuencia, la reforma de 1832 tampoco trajo consigo la regulación del procedimiento para obtener la rehabilitación puesto que, como ley sustantiva, los aspectos procesales quedarían reglados en el ya promulgado y vigente Código de Instrucción Criminal.

117 Art. 435 del derogado y abrogado Código de Procedimiento Criminal.

118 Vid. Arts. 437, 444 y 450 del derogado y abrogado Código de Procedimiento Criminal; vid. Ramos, Leoncio. Óp. Cit. pp. 427 y ss.

irrevocable o, en aquellos casos en que fuera dispuesta la pena accesoria de *emprisonnement* a la pena de degradación cívica, cinco (5) años a partir de que dicha pena accesoria hubiere expirado¹¹⁹. Sin embargo, producto de las modificaciones sufridas en nuestro Código de Procedimiento Criminal a raíz de la ley núm. 1471 de 1938, este plazo se redujo a un (1) año a partir de que la sentencia pronunciada adquiriera la cosa de lo irrevocablemente juzgada o, en su defecto, al año de haber expirado la pena de prisión¹²⁰, si ella hubiere sido pronunciada¹²¹.

Con todo, este procedimiento quedó derogado por efecto de la entrada en vigor del ya veinteañero Código Procesal Penal dominicano (en lo adelante CPP); sin embargo, es posible encontrar referencias a la rehabilitación en alguno de sus articulados. Por ejemplo, el artículo 440 del CPP consagra, que el juez de la ejecución de la pena revisará el cómputo de la pena dispuesto en la sentencia... *“para determinar con precisión la fecha en que finaliza la condena, y en su caso, la fecha a partir del cual el condenado o condenada puede solicitar su libertad, o solicitar su rehabilitación”*¹²².

Por su parte, la doctrina dominicana actual reconoce también la figura de la rehabilitación de los condenados estableciendo que ella *“hace posible que la persona condenada pueda recuperar sus derechos cívicos, civiles y políticos una vez cumplida la sanción que le ha sido impuesta”*¹²³. Asimismo, indica que el concepto de rehabilitación debe analizarse desde dos perspectivas distintas: por un lado, desde el punto de vista del tratamiento penitenciario y, por el otro, desde el prisma de la incorporación al goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos¹²⁴, que es el punto que aquí nos interesa.

Empero, ante la ausencia de un procedimiento reglado que nos indique los requisitos, plazos, documentos y situaciones que deben presentarse para dicha solicitud, es evidente que la misma se encuentra en una zona gris que requiere, al menos, de la concreción de unas reglas claras para su procedencia. A todo esto, se hace evidente que es un procedimiento que debe llevarse, obligatoriamente, ante el juez de la ejecución de la pena, por ser el Juez Natural en estos aspectos¹²⁵.

119 CAÑIZARES-NAVARRO, JUAN B. *“Las Penas...”* Óp. Cit. pp. 243 y ss.

120 Nótese que, incluso el Código de Procedimiento Criminal hace referencia al término prisión y no al de “encarcelamiento”. Vid. Art. 436 del Código de Procedimiento Criminal.

121 Otra cuestión extraña era el aspecto relativo a que la solicitud debía ser remitida al Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial donde residiera el condenado, en sus atribuciones civiles.

122 Vid. Art. 440 del CPP.

123 BÁEZ G., RAFAEL A. *“La ejecución de la pena”*. Blanco y Prieto, Servicios Multigráficos. Santo Domingo, República Dominicana. 2017. pp. 85-86

124 Ibid. p. 86

125 De hecho, el proyecto de Código Penal que actualmente se encuentra en el Congreso reintegra en su Parte General lo relativo a la figura de la rehabilitación, en la cual a pesar de no establecer el procedimiento para acceder a ella (por ser un aspecto meramente procesal), indica las consecuencias jurídicas que trae aparejada y los requisitos legales que deben cumplirse como, por ejemplo, haber cumplido la pena impuesta o la medida de seguimiento socio-judicial y no haber sido objeto de una nueva condena, es decir, no ser reincidente. Vid. Sección II, Capítulo VI, Título II, Libro I del proyecto de Código Penal dominicano, arts. 85-86.

IV. La problemática de la pena complementaria 126 de la degradación cívica.

Habiendo agotado el aspecto relativo a la extinción de los efectos jurídicos de la degradación cívica, nos quedaría por analizar sus consecuencias accesorias, es decir, la pena complementaria que, desde el 1832, se le permitió al juzgador adjudicarla facultativamente a los condenados a la pena principal de degradación cívica. En Francia, el artículo 35 de la reforma de 1832 consagró que, siempre que se pronunciara la degradación cívica como pena principal, podría agregársele la de *emprisonnement*, cuya duración fijada en el fallo no podría nunca exceder de cinco (5) años¹²⁷. Por su parte, si el condenado era un extranjero o un ciudadano francés que hubiere perdido la nacionalidad, la pena de *emprisonnement* debía ser ordenada siempre.

El legislador dominicano o, mejor dicho, los traductores del texto penal que fuera adoptado en nuestro país, y que nos rige actualmente, estipuló en el artículo 33 del decreto legislativo núm. 2274 del 20 de agosto de 1884 que instituyó el Código Penal de la República Dominicana, lo siguiente:

*“Siempre que la degradación cívica se pronuncie como pena principal, podrá acompañarse con la de **encarcelamiento**; cuya duración, fijada por la sentencia de condenación, no podrá exceder de cinco años. Si el culpable fuere un extranjero, o un dominicano que hubiere perdido su nacionalidad, la pena de **encarcelamiento** deberá pronunciarse siempre”* 128.

La palabra “*encarcelamiento*” aparece reflejada en el CP dominicano en cuatro (4) ocasiones: dos en el artículo previamente citado, en el artículo 45 y en el artículo 177 de nuestro CP. No se encuentra, por demás, ni en la escala de penas, ni en la división de las infracciones y en ninguna otra parte del CP o disposición especial. Tampoco figuraba en el Código de Procedimiento Criminal. Sin embargo, si nos dirigimos al modelo de CP francés de 1832 verificamos que el artículo 35 hace referencia al término *emprisonnement*, que guarda relación directa con *l’emprisonnement à temps dans une lieu de correction* descrita en el numeral primero (1ero) del artículo 9 de dicho texto legal¹²⁹. Estos artículos, a su vez, vendrían a corresponderse con el artículo 33 y con el numeral tercero (3ro) del artículo 9 de nuestra legislación criminal.

126 Para el profesor Dr. Pérez Méndez, se trata de una pena complementaria, pues el entendía, correctamente, que la diferencia que estriba entre unas y otras consiste en la obligatoriedad de su imposición; es decir, aquellas penas que operan de pleno derecho son penas accesorias y aquellas que quedan facultativamente en manos de los jueces, son las consideradas penas complementarias. Sin embargo, en sus consideraciones sobre las penas complementarias olvidó incluir la prisión correccional de la degradación cívica, aunque terminaría reconociéndola más adelante en la misma obra. Vid. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. pp. 182 y 295.

127 “Art. 35.- *Toutes les fois que la dégradation civique sera prononcée comme peine principale, elle pourra être accompagnée d’un emprisonnement dont la durée, fixée par l’arrêt de condamnation, n’excédera pas cinq ans. Si le coupable est un étranger ou Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l’emprisonnement devra toujours être prononcée”.*

128 Subrayado y resaltado nuestro.

129 “Art. 9.- *Les peines en matière correctionnelle sont: 1. L’emprisonnement à temps dans une lieu de correction; 2. L’interdiction à temps de certains droits civiques, civil sou de famille; 3. L’amende”.*

Todo parece indicar que el término “encarcelamiento” es producto de un error de traducción y debió ser traducido como “prisión” o “prisión correccional” para que hiciera referencia directa a aquella pena de prisión temporal establecida para las infracciones correccionales, las cuales debían cumplirse, según lo dispuesto por el artículo 40 de nuestro CP en las denominadas casas de corrección que, dicho sea de paso, nunca existieron en nuestro país¹³⁰.

Asimismo, y a diferencia del vocablo “encarcelamiento” utilizado por el legislador dominicano en el artículo 33 del CP; en el caso del artículo 40, el término *emprisonnement* se tradujo como “arresto”. Según nos comenta el Prof. PÉREZ MÉNDEZ¹³¹, la doctrina francesa entiende que cuando la ley hace referencia al término prisión, sin más especificaciones, se sobreentiende que se trata de prisión de simple policía y, en contraste, cuando se habla de prisión correccional entonces se refiere a esta última. Sin embargo, alude correctamente el profesor que, cuando la ley hace referencia al término de prisión, debe entenderse por ello la prisión correccional. En consecuencia, el término correcto en la traducción al castellano de la parte *in fine* del artículo 40 debió ser *prisión* y no *arresto*, pues este último quedó reservado para las penas de simple policía¹³².

De cualquier modo, a los fines del artículo 40, el resultado entre la utilización de un término u otro no tiene ninguna consecuencia jurídica relevante, contrario a lo que ocurre con el artículo 33, pues la utilización del término “encarcelamiento” conlleva una serie de implicaciones que pasamos a analizar a continuación, sobre la base del análisis de algunos supuestos puntuales.

IV.1 Cómputo, determinación de la pena y alcance del principio de legalidad penal.

A diferencia de los códigos penales decimonónicos (que rigieron en Francia hasta casi terminado el siglo XX), en nuestro país se dio una particularidad con la escala de pena, en tanto en cuanto ellas difieren de la impuesta por el sistema francés. Con ello me refiero a la variación punitiva que operó no solo en la implementación de los Códigos penales de 1884, sino por efecto de disposiciones posteriores que intervinieron modificando, derogando y sustituyendo aspectos regulatorios de la materia.

A través de la ley núm. 64 del 19 de noviembre de 1924¹³³ quedó derogada y sustituida la pena de muerte por la de trabajos públicos cuya cuantía ascendía a treinta años.

130 “Art. 40.-*Todo condenado a prisión correccional será detenido en una casa de corrección. Se le destinará, según su elección, a uno de los talleres establecidos en la casa. La duración de esta pena será de seis días a lo menos, y de dos años a lo más; salvo los casos de reincidencia u otros en que la ley disponga otra cosa. El cómputo del tiempo para la duración de las penas es de veinte y cuatro horas para cada día de arresto, y de treinta días para cada mes*”.

131 Óp. Cit. p. 328

132 A favor de la postura asumida por el Prof. PÉREZ MÉNDEZ, se pudieran argumentar, además, razones de ubicación sistemática y organización de los libros que componen el CP; ya que las penas de simple policía quedaron expresamente reguladas en los artículos 464 y ss., mientras que las correccionales se ubican en la parte correspondiente al Libro Primero del CP.

133 Vid. Arts. 1 y 2 Ley 64-1924 de fecha 19 de noviembre; G. O. Núm. 3596.

Asimismo, en caso de circunstancias atenuantes, los jueces quedaban impedidos de colocar una pena inferior a los veinte años de trabajos públicos.

Por su parte, el artículo 19 del CP francés de 1832 consagraba que la condena a trabajos forzados por tiempo, se pronunciarían por cinco años a lo menos y veinte a los más¹³⁴. Este artículo vendría a ser representado por las disposiciones establecidas en nuestro artículo 18 del CP, que consagra que “[l]a condenación a trabajos públicos se pronunciará por tres años a los menos y veinte a los más”. En efecto, en nuestro país esta pena tendría un alcance mucho mayor que en el derecho francés, pues abarcaría un rango más amplio de tiempo. En contraste, la pena de detención, que en Francia se pronunciaba por un período de cinco a veinte años¹³⁵; en nuestro país recibió una escala que oscilaría entre los tres y diez años. En igual condición se encontraría la pena de reclusión, ya que en Francia esta escala oscilaba entre una mínima de cinco años y una máxima de diez¹³⁶; sin embargo, en nuestra legislación quedó establecida por disposición taxativa del artículo 23 del CP en un máximo de cinco años y una mínima de dos años.

Aun así, en cuanto a nuestro tema de interés tenemos que, por efecto del artículo 40 de nuestro CP, la duración de la pena de prisión correccional oscila entre una mínima de seis días y una máxima de dos años, salvo en aquellos casos de reincidencia o, en su defecto, cuando la ley disponga otra cosa. Por su parte, la redacción francesa de este artículo fijaba penas que oscilaban entre los seis días a lo menos y cinco años a lo más¹³⁷. Esta última escala de penas era coherente con aquellas otras penas que figurarían establecidas en la parte especial del CP Francés, como por ejemplo: la pena complementaria consagrada por el artículo 35 del Código Penal francés de 1832 para la degradación cívica.

Si analizamos el alcance que tiene la pena complementaria del artículo 33 del CP estipulada por el legislador dominicano para la degradación cívica, se comprobará que la misma conlleva una máxima de cinco años de “encarcelamiento”. Ya hemos indicado que el texto Francés coincide en su práctica totalidad con el dominicano, salvo por la traducción errónea del concepto de *emprisonnement* como “encarcelamiento”. También, se indicó que la prisión a la que debe referirse este artículo es a una de

134 Vid. Código Penal Francés 1832; “Art. 19. – *La condamnation à la peine des travaux forcés à temps sera pronocée pour cinq ans au moins, et vingt ans au plus*”.

135 Vid. Parte in fine Art. 20 Código penal francés de 1832 “[...] *La detention ne peut être pronocée pur moins de cinq ans, ni pour plus de vingt ans, sauf le cas prévu par l’article 33*”... que trataba sobre el aspecto de si el condenado al destierro regresaba antes de tiempo al reino, sería condenado a la pena de detención por el período que faltare transcurrir hasta la expiración del destierro, no pudiendo exceder del duplo de dicho tiempo.

136 Vid. Código penal francés de 1832, “Art. 21.- *Tout individu de l’un ou l’autre sexe, condamné à la peine de la réclusion, sera renfermé dans une maison de forcé, et employé à destravaux dont le produit pourra être en partie appliqué à son profit, ainsi qu’il sera réglé par le gouvernement. La durée de cette peine sera au moins de cinq années, et de dix ans au plus*”.

137 Vid. Código penal francés de 1832, “Art. 40.- *Quiconque aura été condamné à la peine d’emprisonnement sera renfermé dans une maison de correction: il y sera employé à l’un des travaux établis dans cette maison, selon son choix. La durée de cette peinte sera au moins de six jours, et de cinq annés au plus; sauf les cas de récidive au autres où la loi détermine d’autres limites. La peine à jour d’emprisonnement est de vignt-quatre heures; Celle à un mois est de trente jours*”.

naturaleza correccional, la cual, como vimos previamente, en Francia, oscila entre los seis días a lo menos y los cinco años a lo más.

Sin embargo, el legislador dominicano modificó la escala de la pena correccional, estableciendo en el artículo 40 del CP una mínima de seis días y una máxima de dos años, pero en su modificación obvió referirse a la pena complementaria dispuesta por el artículo 33 del CP, en tanto en cuanto al ser de naturaleza correccional, debió sufrir la misma consecuencia, es decir, ser degradada en igual proporción a la escala de seis días a dos años.

Ahora bien, es cierto que a esta postura pudiera objetársele que el legislador no está impedido de trascender este límite, pues de la propia lectura del artículo 40 del CP se colige, textualmente, una dispensa a la escala punitiva, aunque limitada a “*los casos de reincidencia u otros en que la ley disponga otra cosa*”. En ese sentido, pudiera entenderse que, en la aplicación de las disposiciones del artículo 33 del CP se presenta un traspaso al propio límite establecido por el legislador. Sin embargo, al menos en nuestro sistema, ello no pudiera ser interpretado de esa forma; pues si sometemos el análisis a un juicio interpretativo limitado por el principio de legalidad penal, deberíamos llegar a la única solución hacia la cual el tenor literal de la norma nos dirige: a reconocer que la pena de “encarcelamiento” no encuentra cabida en el sistema nacional y, por ende, el artículo 33 del CP como pena complementaria del crimen degradación cívica no sería más que “letra muerta”.

Varias razones apoyan esta posición. En primer lugar, desde hace más de un siglo es pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el principio de que la tricotomía francesa de la división de las infracciones tiene un alcance general¹³⁸. Esto involucra su aplicación a todas las infracciones contenidas no solo en el Código Penal, sino en aquellas que pudieran aparecer en cualquier otra ley especial o que pudieran ser creadas por el legislador. Pero, la forma de poder identificar si estamos en presencia de un crimen, un delito o una contravención, es a través de la definición que los artículos 6, 7, 8 y 9 del CP establecen, es decir, de aquella descripción, en principio carente de utilidad práctica, que consiste en la determinación de las penas como aflictivas e infamantes, infamantes solamente, correccionales y de simple policía¹³⁹. En consecuencia, respecto a los crímenes y delitos, el CP establece claramente las categorías de penas que regulan las infracciones en la República Dominicana.

En segundo lugar, consecuencias propias que se deducen del principio de legalidad sostienen, a favor de la postura que aquí se defiende, una limitante clara al legislador. En esencia, para ser consecuentes con el razonamiento, partimos del alcance del principio de legalidad producto de los postulados de BECCARIA¹⁴⁰ en base al contrato social de ROUSSEAU y las ideas de MONTESQUIEU, es decir, aquel que se nutre del iusnaturalismo racionalista, que luego sería condensado en la regla formal desarrollada por FEUERBACH sobre *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

138 Vid. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. p. 31 con especial referencia a las notas 6 y 7.

139 Estas últimas reguladas por los artículos 464 y ss.

140 BECCARIA, CESARE. “*De los delitos y de las penas*”. Alianza Editorial. Madrid. 2008.

Este principio, contenido en el artículo 4 del CP dominicano no solo se limita a la disposición de evitación de castigo de aquellas conductas que al momento de su comisión no aparezcan debidamente delimitadas por un texto legal, sino que se extiende a las exigencias de que al crearse un tipo penal, también debe indicarse la pena aplicable. Asimismo, dicha pena aplicable debe haber sido prevista por el legislador. Por ende, la mera existencia de una pena no es óbice para su aplicación antojadiza por parte del juzgador, puesto que este no podrá aplicarlas para sancionar infracciones que no conlleven aparejada una pena previamente establecida y consagrada en la ley. El principio de legalidad limita directamente la imposición de una pena no prevista por la ley.

Esta disposición, que hoy en día adquiere un rango constitucional esencial para el sostenimiento de cualquier sistema jurídico que se desprenda de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, no puede ser derogada por medio de una interpretación realizada en perjuicio del ciudadano, es decir, la restricción interpretativa al estricto sentido de los términos, pudiendo ser esta extensiva cuando favorezca al imputado¹⁴¹ y restringida cuando le sea desfavorable. Esta restricción de interpretación desfavorable no es solo semántica, sino que, cuando haya lugar a realizar una interpretación, esta deberá ser perpetrada en los términos que más beneficien al imputado.

Por su parte, la Corte de Casación francesa ha establecido que los tribunales están impedidos de crear diferencias que alteren el sentido de la ley cuando ésta no lo distingue, ni pronunciar penas por inducción o presunción, aún basándose en motivos de orden público o interés general. Asimismo, *“cuando en las leyes se deslizan errores, estos deben ser enmendados por el mismo legislador, pero no por los jueces, salvo que se trate de errores materiales”*¹⁴². En consecuencia, *“cuando un texto sea claro y preciso no se pueden extender sus disposiciones de un caso para otro, ni sustituir la letra de la ley, por una interpretación arbitraria, bajo el fundamento de mayor eficacia”*¹⁴³.

Por otro lado, surge una interrogante que se vincula a la decisión de si el error de traducción de los textos franceses que trajo como consecuencia la utilización del término “encarcelamiento” propio de los artículos 33, 45 y 177, se trata de un error material o, en su defecto, su solución y enmienda debe dejarse al legislador, dando lugar a considerar irrealizable dicha sanción, puesto que su aplicación interpretativa traspasaría los límites del principio de legalidad e iría en perjuicio del imputado y, por ende, sería inconstitucional.

141 Vid. CPP: “Art. 25.- Interpretación. Las normas procesales que coarten la libertad o establezcan sanciones procesales se interpretan restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva se permiten para favorecer la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades. La duda favorece al imputado”.

142 Vid. Pérez Méndez, Artagnan. Op. Cit. p. 105, con especial referencia a las notas 161 y 162.

143 Ibidem. Nota 163.

Al menos dos visiones se pueden brindar frente a tal interrogante: una visión extensiva, pero limitada, y una restrictiva¹⁴⁴. La restrictiva, y a la cual nos adherimos, eliminaría por completo la letra de ley y, por ende, haría inaplicable la imposición de la pena complementaria vinculada a la degradación cívica por no encontrar cabida en la escala de penas que nuestro sistema instituye. En consecuencia, le correspondería al legislador su corrección a través de la ley. Por su parte, la posición extensiva, que conlleva una serie de consecuencias jurídicas, en tanto en cuanto se crearía la interrogante acerca de la naturaleza y alcance que a dicha interpretación deber dársele.

Si asumimos, incluso hasta por deducción lógica, que de lo que se trató fue de error de traducción y que, en consecuencia, los errores de traducción deben ser considerados errores materiales¹⁴⁵, ¿cuál sería la naturaleza de esta pena? Más aún, si asumimos que, producto de la lectura directa de los textos franceses, podemos deducir que se trata de una pena de naturaleza correccional, a pesar de que vaya aparejada a una pena criminal, ¿cuál debería ser su alcance?

En contraste, si reconocemos que la traducción de los textos franceses que fueron implementados en 1884 supuso un “error” de traducción en el término de *emprisonnement*, siendo este acogido como “encarcelamiento” (cuando debió haber sido “prisión”), ¿acaso no deberíamos entonces, de la misma forma, reconocer que el legislador que implementó los textos franceses en 1884 debió modificar el contenido y alcance punitivo del artículo 33 reduciéndolo (en virtud de lo dispuesto por el artículo 40), al rango de pena de prisión correccional (seis días a dos años de prisión) pudiendo esta ser variada por el legislador, siempre dentro de los límites expresados por la ley?.

Quizás en este punto el lector se cuestione la relevancia jurídico-penal de estas interrogantes, pero lo cierto es que sus consecuencias resultan capitales no solo en el aspecto teórico-analítico de los conceptos que componen nuestro CP, sino también sobre los efectos jurídicos que, en el ámbito práctico de nuestro sistema, se derivan de estas consideraciones.

Como ya hemos indicado, tanto el artículo 40 como el 35 del CP francés eran consistentes en cuanto a su contenido punitivo, es decir, ambos indicaban penas máximas de cinco años, que era el límite de las penas de prisión correccional en Francia, caso contrario al nuestro en el cual se presenta una divergencia punitiva.

Por otra parte, es sabido que cuando el legislador indica el máximo de la pena, pero no establece el mínimo, debe asumirse que este último es el indicado en su escala de pena.

¹⁴⁴ Quizás una tercera posición, meramente extensiva, pudiera alegarse, en el sentido de que el término “encarcelamiento” en nada tiene que ver con los años de prisión que el legislador plantea y por ende ella deba aplicarse e imponerse sin mayores ponderaciones. Personalmente entiendo que este ejercicio valorativo, más que arbitrario, sería vulnerador de los postulados democráticos en los que se sostiene el Estado de Derecho y que prohíbe cargar a los ciudadanos con las consecuencias de las imprevisiones o negligencias cometidas por el propio sistema. Por ello, una interpretación de este tipo ni siquiera se toma en consideración a los fines de este trabajo.

¹⁴⁵ Aunque me parece que una interpretación dirigida en este sentido traspasaría los límites del sentido literal posible del tipo penal, en tanto en cuanto no existiría una regla clara que vinculara el encarcelamiento con alguna de las penas taxativamente indicadas en el CP, prefiero continuar con la extensión del razonamiento.

Pero si esto es así, en el caso del artículo 33 del CP dominicano estaríamos asumiendo una pena complementaria de naturaleza correccional con un rango mucho mayor al de la pena de reclusión menor, cuya naturaleza es criminal, lo que carecería de sentido lógico desde el punto de vista de las categorías de las infracciones.

En efecto, no tendría sentido interpretar este tipo penal al amparo del artículo 40 como uno de aquellos “*casos en los que la ley disponga otra cosa*”, puesto que hubiera sido suficiente para el legislador indicar que la pena complementaria sería la de reclusión menor y con ello hubiera quedado cubierto el asunto. Además, una interpretación en este sentido terminaría por corroborar la idea de que la división de penas en aflictivas e infamantes, infamantes y correccionales, no solo carecen de utilidad práctica, sino que tampoco sirven para poder identificar si estamos en presencia de un crimen, de un delito o de una contravención.

Si a ello sumamos el hecho de que, a través de la identificación de la naturaleza de las penas es que podemos identificar la gravedad del delito; tenemos como consecuencia que una pena de reclusión menor debe ser considerada mucho más severa que una pena de prisión correccional. En efecto, la ley núm. 224 sobre régimen penitenciario (ya derogada por la 113-21146) estipuló en su artículo primero que los establecimientos penales se clasificarían en penitenciarías, cárceles, presidios e institutos especiales. En las primeras se cumplirían las condenas de los reclusos sujetos a penas privativas de libertad superiores a los dos años; en los presidios lo harían los condenados a penas inferiores a dos años y en las cárceles, permanecerían los reclusos mientras durara su prisión preventiva.

Esta división traía aparejada la diferencia entre las distintas penas, dejando por sentado que las penitenciarías estarían limitadas a las infracciones criminales; los presidios a las correccionales y las cárceles a los presos preventivos. Pero lo cierto es que en la práctica esto nunca fue así, pues todo privado de libertad era conducido a una cárcel pública, sin que existiera, al menos ordenadamente, una separación interna entre unos y otros.

Por si fuera poco, la Ley núm. 46-99 147 modificó los artículos 7 y 106 del CP estableciendo, en cuanto al primero, que las penas aflictivas e infamantes serían la de reclusión mayor, la detención y la reclusión menor. Asimismo, en cuanto al segundo, indicó que en todos los casos donde en leyes especiales o en el propio CP se señalara la pena de trabajos públicos debería leerse “reclusión mayor” y donde se estableciera la pena de reclusión debería leerse “reclusión menor”. Sin embargo, ninguna legislación positiva hizo referencia alguna a la prisión correccional permitiendo con ello que lo que

146 La cual, por cierto, únicamente conoce el concepto de personas privadas de libertad y los centros los denomina de “corrección y reinserción social” o “corrección y rehabilitación”, términos que, al parecer, utiliza de manera indistinta, aunque no significan lo mismo, pues responden a dos concepciones diferentes de la pena y a etapas diferentes del tratamiento penitenciario. Por su parte, la Ley en su artículo 72 establece los denominados “Criterios de separación” a través de los cuales determina la subclasificación de los internos privados de libertad, alejándose en su totalidad de la clasificación dispuesta por la antigua ley 224 de 1984.

147 De fecha 20 de mayo de 1999, G. O. 10015.

diferenciara la gravedad entre una sanción u otra fuera, únicamente, el tiempo de permanencia en la cárcel.

En ese sentido, es plausible concluir que, teniendo la pena de prisión correccional una naturaleza más leve que la pena de reclusión menor, es evidente que ésta tenga que diferenciarse de aquella en su temporalidad, pues no solo existió nunca la casa de corrección exigida por el artículo 40 del CP, sino que tampoco habría diferencia alguna en ser condenado a una pena correccional que a una pena criminal¹⁴⁸.

Pero más aún, si atendemos al hecho de que por disposición expresa del artículo 56 del CP, en caso de reincidencia de un individuo que, condenado a una pena aflictiva o infamante, cometiere otro crimen que llevara como pena principal la degradación cívica deberá serle impuesta la pena de reclusión menor; esto debería conducirnos (por deducción lógica) a la consecuencia de que el legislador no podría estar sancionando a un reincidente de una infracción criminal (aflictiva e infamante o infamante solamente) con la misma pena con la que sancionaría a quien cometiera por primera vez una infracción de la misma característica¹⁴⁹.

En ese tenor, resulta evidente que la pena complementaria a imponer en caso de una condena por degradación cívica, asumiendo plausible la interpretación de que los errores de traducción son simples errores materiales, no podría resultar en otra cosa que en una prisión correccional cuyo tiempo de duración pueda exceder los dos años, máxime cuando la imposición de esta pena es una facultad que queda al *arbitrio* del juez; lo que implica, necesariamente, reconocer que se trata de una pena arbitraria, pues su imposición está desprovista de criterio alguno para ello.

En tal virtud, la limitante interpretativa propuesta no solo es de naturaleza teleológica, sino que, además, reconoce la pragmática subyacente a la construcción normativa, a través de la cual arribamos a los mismos resultados y, en consecuencia, al propio límite normativo establecido por el legislador que estipuló, como prisión correccional, una pena que oscilaría entre los seis días y los dos años de prisión, tomando en consideración -siempre- que la interpretación más restrictivamente correcta sería aquella que considerara que el término “encarcelamiento” utilizado por el legislador dominicano no encuentra sustento en la escala de penas del CP y, por ende, no debería poder aplicarse como pena complementaria a la degradación cívica¹⁵⁰.

IV.2 El caso paradigmático del artículo 177 del CP dominicano.

¹⁴⁸ Evidentemente, en Francia el criterio era el contrario. No se tomaba en cuenta el término de la privación de la libertad pues para ellos una pena de diez años de prisión correccional era más leve que una pena de cinco años de reclusión, pues allí si existieron las casas de corrección y los talleres.

¹⁴⁹ Un ejemplo similar nos lo representa el ordinal segundo del artículo 198 del CP, cuando al imponer la pena a aquel funcionario y empleado público, quien teniendo encomendada la represión de delitos se hicieren reo o cómplice de ellos, serán castigados con la pena de reclusión menor si el crimen de que se trate trae contra cualquier otro culpable la pena de degradación cívica. En tal virtud, carecería de sentido reconocer que, en un tipo agravado la pena a imponer sea de la misma característica a la complementaria de la infracción principal.

¹⁵⁰ Cuestión distinta es el hecho de si, al día de hoy, cualquier tipo de pena de prisión complementaria impuesta sobre un condenado a la degradación cívica, sería considerada una pena mayor que la principal y las cuestiones constitucionales que ello acarrearía que, por extender los límites de este trabajo, no entramos en su consideración.

Así como la doctrina ha reconocido que, cuando el legislador establece el límite de la punición y no indica nada sobre el mínimo, debe asumirse que es aquel establecido en su escala natural (por ejemplo; si se trata de prisión correccional, debe entenderse que es seis días de prisión), de la misma forma, se ha expresado que, cuando el legislador, en sus disposiciones de la parte especial, lo que hace es fijar el mínimo de la pena y no así el máximo, debe entenderse que la máxima será la establecida, también, en su escala natural. En tal virtud, si un tipo penal determinado fija como mínimo la pena de prisión correccional, pero nada dice sobre el máximo, debe entenderse que la pena máxima a imponer será la de dos años¹⁵¹.

La degradación cívica aparece como pena principal en los artículos 111, 114, 119, 121, 122, 127 al 131, 143, 167, 177, 183, 198 y 263¹⁵². Sin embargo, en el único artículo en que figura de manera expresa la imposición de la mal denominada e inexistente pena de “encarcelamiento” que establece el artículo 33 y que, además, lo hace obligatorio, es el art. 177 del CP.

Ahora bien, lo cierto es que esta versión del 177 no se corresponde con su original en francés, sino que es producto del legislador nacional. En la versión francesa, el tipo penal no llevaba pena complementaria aparejada, es decir, no exigía la pena de *emprisonnement* del artículo 35. En efecto, fue la ley núm. 3210 de 1952¹⁵³ que modificó los artículos 177 al 180 del CP dominicano y agregó, únicamente en el artículo 177, la inexistente pena complementaria de “encarcelamiento” a la que hace referencia nuestro artículo 33, la cual debía imponerse, obligatoriamente, por un mínimo de seis meses.

Esto nos coloca en una encrucijada punitiva, ya que si bien el legislador dominicano hizo una remisión expresa a las penas establecidas en el artículo 33, no se percató del error de traducción de dicho articulado. Esto, por un lado, nos llevaría al análisis restrictivo realizado *ut supra*, lo que pudiera traducirse como “letra muerta”, pues se estaría haciendo referencia a una pena que no encuentra cabida en nuestro sistema jurídico penal, en el entendido de que la pena de “encarcelamiento” como tal no existe. Sin embargo, haciendo uso del razonamiento extensivo, y asumiendo que de lo que se trataba era de la pena de *emprisonnement* en los términos establecidos por el legislador francés, esta debió ser equiparada a la pena de prisión correccional de nuestra legislación.

Entonces, si la posición doctrinal se asume como correcta, en el caso particular del artículo 177 del CP al legislador establecer únicamente un mínimo de seis meses, sin estipular un máximo, debería interpretarse que la pena a imponer debe ser la máxima que, dentro de la escala punitiva, le corresponde al tipo de sanción de que se trata, la

151 *Passim*. PÉREZ MÉNDEZ, ARTAGNAN. Óp. Cit. pp. 327-328

152 Dejamos de lado, por el momento, el debate sobre la existencia o no de la doble escala de penas y la diferencia que se ofrecía entre los delitos políticos y los delitos comunes. A pesar de su importancia, por el momento podemos prescindir de su análisis.

153 Vid. Ley núm. 3210 de 26 de febrero de 1952, G.O. 7397

cual, en nuestro caso, nunca podría pasar de los dos años de prisión correccional, por las razones que ya han sido esbozadas precedentemente.

V. Conclusiones

La propia figura de la degradación cívica como pena principal no deja de presentar inconvenientes en un estadio como el actual, en el que los efectos jurídicos de su imposición no resultan trascendentales para ser considerada una pena de carácter criminal. Así como la sociedad moderna ha relajado el valor que otrora le fuera otorgado al honor o a la consideración de la persona, así han quedado desprovistas las penas meramente infamantes como la irrogación de un mal que implique una verdadera sanción penal retributiva a un comportamiento contrario a derecho.

Esto tiene como consecuencia para la degradación cívica que la pena complementaria resulte más grave en términos de sufrimiento que la propia pena principal. Sin embargo, no por ello deja de ser arbitraria, pues su imposición, al quedar reservada facultativamente al juzgador, carece de criterios objetivos que permitan determinar con un grado de certeza cuándo y cómo dicha pena debe aplicarse. Si a ello sumamos el hecho de que la pena de “encarcelamiento” que se indica en los artículos 33, 45 y 177 no encuentra cabida en nuestro sistema jurídico, debería ser razón suficiente para que la misma sea inaplicable.

El principio de legalidad en sus vertientes de taxatividad, determinación y prohibición de analogía serían suficientes para limitar la interpretación del juzgador, pues estos no pueden legislar por analogía en perjuicio del imputado sin incurrir en vulneraciones de derechos fundamentales esenciales y en la salvaguarda de la seguridad jurídica.

En tal sentido, se recomienda realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones del artículo 33 en conjunción con el artículo 40, entendiendo que la pena de “encarcelamiento” no encuentra cabida en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, si en un ejercicio ponderativo se determinara que los errores de traducción cometidos por el legislador no constituyen un error material -contrario a la posición que asumo- debería interpretarse estos artículos en el sentido más restringido posible, es decir, en el entendido de que la pena a imponer es una de naturaleza correccional y como tal su duración no podría exceder de los dos años. Esto impediría que esta pena se convierta en una de naturaleza criminal, ya que en nuestro país la única diferencia entre un tipo de pena y otro no se obtiene atendiendo a su naturaleza, sino al tiempo de duración de su imposición.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el impacto que estos razonamientos tienen en el análisis de la complicidad, pues al ser la degradación cívica una pena infamante y, por ende, de naturaleza criminal, la pena inmediatamente inferior es la prisión correccional. En tal virtud, el cómplice pudiera verse compelido a la misma pena que el autor si a éste le fuera impuesta la pena complementaria indicada en el art. 33 del CP.

Bibliografía

Leyes

- Code Pénal de 1810. *Édition originale en version intégrale, publiée sous le titre: CODE DES DÉLITS ET DES PEINES*, disponible en web: <https://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/code-penal-1810/code-penal-1810-1.htm> (última consulta: 02.07.2022).
- Código Penal francés de 1791. Traducción y Nota introductoria por Dr. Dr. h. c. José Luis Guzmán Dalbora. Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. 3. Época. No. 1. (2009).
- Código Penal francés de 1832, traducido al castellano de orden de S. M. El Emperador Maximiliano I. Ministerio de la Guerra. Imprenta de A. Boix, a cargo de M. Zarzona. México. 1866
- Código Penal de la República Dominicana, modificado por las leyes 223-84, 224-84; 24-97; 46-99; 36-00 y 12-07 (sobre multas). Lic. Juan Pablo Acosta y Lic. Trajano Vidal Potentini. Edición Especial Reimpresión 2020. Editora Dalís. Librería Delma. Moca, República Dominicana. 2020
- Código de Procedimiento Criminal, sancionado por el Congreso Nacional por el Decreto No. 2250 del 27 de junio de 1884, debidamente traducido y adecuado del Código del Código de Procedimiento Criminal Francés, disponible en web: <https://biblioteca.cejamerica.org> (última consulta: 30.06.2022)
- Ley 64-1924 de fecha 19 de noviembre; G. O. Núm. 3596.
- Ley núm. 3210 de 26 de febrero de 1952, G.O. 7397
- Ley núm. 224 sobre régimen penitenciario del 26 de junio de 1984, G. O. 9640
- Ley núm. 46-99 del 20 de mayo de 1999, G. O. 10015
- Ley núm. 76-02 que instituye el Código Procesal Penal de la República Dominicana. Modificado por las leyes 278-04, 424-06, 176-07 y 10-15). Edición 35 aniversario. Reimpresión 2021. Editora Dalís. Librería Delma. Moca, República Dominicana.
- Ley núm. 113-21 que regula el sistema penitenciario y correccional en RD. Deroga la ley 224 del 26 de junio de 1984.

Doctrina

- AMBOS, Kai. "Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana". InDret. Vol. 3/2008. Barcelona, España, disponible en web: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/124287/172260> (última consulta: 22 de junio de 2022)
- BÁEZ G., Rafael A. "La ejecución de la pena". Blanco y Prieto, Servicios Multigráficos. Santo Domingo, República Dominicana. 2017.
- BECCARIA, Cesare. "De los delitos y de las penas". Alianza Editorial. Madrid. 2008.
- BEXON, S. "Parallèle du Code Pénal d'Angleterre avec les lois pénales française, et considérations sur les moyens de rendre celle-ci plus utiles", Fauvelle et Sagnier, 1800
- CAÑIZARES-NAVARRO, Juan B. "Las penas infamantes en las postrimerías del Antiguo Régimen francés: un tratamiento normativo y doctrinal". Foro, Nueva Época, 17.1 (2014)
- CAÑIZARES-NAVARRO, Juan B. "Las penas infamantes en la Codificación Penal Francesa". Dykinson, S. L. Madrid. 2019.
- HUMBERT, G. A. "Des consequences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en Droit Français". Durand. 1855.
- MASFERRER, Aniceto. "La ciencia del derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales"; en Javier Alvarado Planas y Alfonso Serrano Maíllo (coord.) "Estudios de las ciencias criminales en España". Editorial Dykinson. España. 2007
- MASFERRER, Aniceto. "La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal anglosajona. Especial consideración al derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano". Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid. España. 2009.
- PÉREZ MÉNDEZ, Artagnan. Código Penal Dominicano Anotado. Disposiciones Preliminares. Lib. I, Cap. I al IV; Lib. II, Cap. Único. Editora Taller. Santo Domingo, D. N. República Dominicana. 1996.
- RAMOS, Leoncio. "Notas de derecho penal dominicano". Colección Estudios Jurídicos No. 1. Cuarta Edición. Editora Punto Mágico. Santo Domingo, República Dominicana. 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "El propio sistema de la teoría del delito". InDret. Vol. 1/2008. Barcelona, España. p. 5, disponible en web: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf> (última consulta: 22 de junio de 2022)

El derecho al olvido dominicano: contraposición a la jurisprudencia europea

Emely García

En estos últimos días ha estado sobre el tapete el anteproyecto de ley que regula el derecho a la intimidad, privacidad, el derecho al honor y la imagen, en vista de que el mismo ha sido interpretado *prima facie* como una posible limitante a la libertad de expresión.

La presunción de choque de derechos entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, día a día se escenifica; siendo los periódicos digitales uno de los escenarios donde se pudiera presenciar dicho conflicto, gracias a la mayor publicación y difusión de noticias con inclusión de imágenes e identidades que sirven para sustanciar el contenido, e informar a la sociedad sobre los hechos relevantes que acaecen diariamente.

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional (TC), gracias a la activa determinación de un ciudadano a eliminar sus datos de un periódico digital, ha dado un primer paso en esta materia cuando mediante sentencia sienta un precedente sobre las condiciones que deben darse para eliminar datos en línea contenidos en periódicos digitales.

Todo inició en fecha 3/11/2015 cuando un periódico digital nacional XY publicó la desvinculación de 4 oficiales de las filas del Ejército de la República por supuestos vínculos con el narcotráfico. Uno de los oficiales ante la noticia publicada en internet, y entendiendo esto como un ataque a su derecho de intimidad y la no discriminación, procedió a la solicitud de supresión de dicha noticia por ante el periódico digital XY.

Ante la negativa de la entidad de proceder conforme requerimiento del ciudadano, fue así como en el año 2018 el ex oficial en cuestión emprende un Habeas Data en contra del periódico XY, la cual fue declarada inadmisibile por la Octava Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional. En ese orden, contra la sentencia emitida por la nombrada sala, se interpuso un recurso de revisión constitucional en el año 2019, sobre el cual nuestro TC emitió la Sentencia TC/0171/20 de fecha 23/1/2019.

El TC para emitir sentencia, tomó como punto de partida dos elementos a los fines de determinar si el mantenimiento en internet de los datos personales del ex oficial se traducían en una violación al derecho fundamental de la autodeterminación informativa, siendo estos: 1)-la comprobación de la legitimidad o no de la fuente informativa, y 2)- la falsedad o veracidad de los datos suministrados de la persona en la noticia.

Tomando como base los documentos suministrados por el periódico XY que sustentaban la información subida a su plataforma digital, se determinó la objetividad de la noticia y la verosimilitud de las informaciones, razón por la cual, se constató que la noticia se alimentó de informaciones legítimas y veraces. El TC por igual estatuyó que debido al suceso y a la calidad de la persona de que se trataba, la noticia poseía un

interés público, ya que las informaciones publicadas se referían exclusivamente al ejercicio de la profesión del ex oficial, por ende, a la esfera pública, y no vida privada de este.

Sobre lo anterior, el TC concluyó que la publicación constituyó un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de información del periódico digital XY.

En ese sentido, la sentencia del TC nos dio un parámetro jurisprudencial para determinar la procedencia del derecho a la libertad de expresión o derecho a la intimidad cuando estos estén en un supuesto conflicto, siendo este básicamente el siguiente: cuando nuestros nombres se encuentren y/o se realice una referencia a nuestra persona en noticias digitales, y cuando entendamos que vulnera nuestros derechos como la intimidad, privacidad, derecho al buen nombre u honor; solo podrán ser borradas tales noticias si la fuente noticiara ha sido ilegítima, o cuando los hechos publicados sean falsos, errados o discriminatorios.

En pocas palabras, si la información publicada de ti no es falsa o no haya sido recabada de forma ilegítima, los periódicos digitales pueden mantener noticias en sus portales webs. Sin embargo, la jurisprudencia dominicana en ese sentido, no otorga una interpretación amplia de posibles casos donde se pudieran eliminar enlaces o noticias digitales que contengan informaciones personales aun siendo las fuentes noticiarias legítimas, y los datos publicados exactos; criterio restringido contrario al ampliado dado por la jurisprudencia europea.

En efecto, en fecha 13/05/2014 se dio a conocer al mundo la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que dirimía el conflicto Google España vs Mario Costeja G., relativo al borrado de enlaces e informaciones personales en los motores de búsqueda de internet y periódicos digitales. Sentencia que ha tenido transcendencia a nivel mundial debido a que instauró jurisprudencialmente el Derecho al Olvido de datos de los titulares, cuyo derecho más luego fue consagrado en el Reglamento General Protección de Datos (RGPD) de aplicación directa a los Estados miembros europeos.

Con relación al litigio principal, el reclamante alegaba que gracias a la búsqueda a partir del nombre de este a través de Google Search, aparecían en el internet vínculos a dos páginas de archivos en línea de un periódico que contenían anuncios que mencionaban el nombre de su persona relacionado a una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social. Supuesto que el interesado señalaba como una violación a su derecho a la intimidad y protección de datos, debido a que el suceso mencionado en las noticias habría ocurrido hace 16 años, alegando la ineficacia en el tiempo de esa noticia aun esta fuera producto de fuentes y datos verídicos y exactos.

Con respecto a la justificación del borrado de enlaces y noticias que hicieran referencia a datos personales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consideró que la inclusión de una persona en la lista de resultados de vínculos a páginas web obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir del nombre de un titular,

publicadas legalmente por terceros con datos e informaciones verídicas relativas a dicha persona, era incompatible con la norma; debido a que del conjunto de las circunstancias que caracterizaban el caso, la información sobre el reclamante, no estaba actualizada, no era inadecuada, no era pertinente, y su publicación era excesiva en cuanto a su conservación durante un período superior al necesario, por ende, la información y los vínculos de dicha lista de que se trataban debían de eliminarse.

El TJUE estimó que era derecho del reclamante solicitar la indisposición de la información que trataba sobre su persona al público en general mediante su exclusión en la lista de resultados de páginas web en Google. Derecho que prevalecía, según el Tribunal, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés del público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre del reclamante. Empero, el TJUE realizó énfasis de que tal no sería el caso si resultara que el interesado desempeñara un papel en la vida pública, razón por la cual la injerencia en sus derechos fundamentales estaría justificada por el interés preponderante de dicho público en tener acceso a la información de que se trate.

Ante lo anterior, en conclusión, por disposición de la jurisprudencia europea, todos los titulares tienen el derecho a que sus datos se supriman cuando estos no sean necesarios a los fines por los cuales fueron tratados, y estos no sean adecuados, pertinentes ni actualizados.

En el mundo del internet, las publicaciones de datos personales podrían significar una injerencia potencial al derecho a la intimidad de las personas, mientras que, las limitaciones al derecho a informar, por igual podrían significar una censura a la libertad de expresión, por ende, luego de ver la contraposición dominicana y europea, y aprovechando la coyuntura de la creación de una comisión para la revisión del anteproyecto de ley a la intimidad, privacidad, el derecho al honor y la imagen, ante los conflictos evidentes que se crean entre el derecho de informar y el derecho a la intimidad, es propicio que este tema sea tratado.

Es preciso buscar un justo equilibrio, por lo que, consideraciones como la naturaleza de la información de que se trate, el carácter sensible del dato para la vida privada de la persona afectada, y el interés del público en disponer de una información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública; deben de tomarse en cuenta para crear parámetros legales en el anteproyecto de ley mencionado, que tengan como fin último orientar la solución de supuestos choques de derechos materializados gracias al medio que ofrece el internet.

La factura electrónica, una solución fiscal jurídicamente válida

Yorlin Vásquez Castro

Uno de los aspectos más relevantes de innovación en los sistemas jurídicos de la región ha sido el de instaurar normas de identificación y acierto que fomenten la masificación del uso comercial de la Factura Electrónica (FE).

La Factura Electrónica es un documento que registra la existencia, magnitud y cuantificación de hechos o actos jurídicos de contenido económico, financiero o patrimonial, que se emite, valida y almacena en forma electrónica y que cumple en todas las situaciones y ante todos los actores con los mismos propósitos que una factura en papel; tanto para los emisores y receptores como para terceros interesados.

Esta modalidad de facturación se traduce en un instrumento de tercera revolución industrial, y de control documental, por su capacidad de generación y difusión de datos comerciales en tiempo real, transparencia de precios, bajo impacto medioambiental y efectividad fiscal.

Desde el año 2002, mediante la Ley núm. 126-02, de Comercio Electrónico, fueron sentadas las bases para el uso de los documentos digitales en la República Dominicana, dándose igual valor jurídico a las modalidades “electrónicas” que a aquellos que tienen los documentos físicos, lo que ha permitido que grandes comercios dominicanos utilicen esta modalidad como prueba de sus operaciones y transacciones.

Elementos importantes quedan reglados en los ordenamientos para el éxito de la modalidad electrónica de la factura: a) elementos de autenticidad, integridad y legibilidad; b) formato estandarizado de contenido; c) tipo de soporte electrónico admitido; d) fuerza probatoria., cuestiones que, además de la Ley núm. 126-02, se refuerzan en los artículos 5, 6, 7 y 8 del proyecto de Ley General de Facturación Electrónica, así como las reglas de aceptación enunciadas en el artículo 109 de nuestro Código de Comercio, las cuales son reforzadas en el artículo 17 del referido proyecto.

La implementación masiva de la Factura Electrónica hace nacer en varios países un eficiente tipo de solución fiscal denominado en el proyecto de ley como “Sistema Fiscal de Facturación Electrónica”. Este tipo de solución fiscal tiene varios fundamentos jurídicos, a saber:

- a) Los artículos 50, 56 y 332 de la Ley núm. 11-92, que instaura el Código Tributario Dominicano, que establecen la facultad de la Administración Tributaria de disponer la forma en que serán recibidas las informaciones y los sustentos para facilitar la verificación de las obligaciones tributarias, así como el modo y forma de las declaraciones juradas y su presentación, estableciéndose a partir de dichas disposiciones las bases de las soluciones fiscales, incluida esta que hoy desarrollamos, lo que es cónsono con el principio de celeridad establecido en el artículo 3 de la Ley núm. 107-13 sobre Derechos

de las Personas en su Relación con la Administración Pública y de Derecho Administrativo, que establece que *“las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, de manera escrita o a través de técnicas y medios electrónicos”*.

b) Con la puesta en vigencia de la Norma General núm. 01-2020, dictada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), se reguló por primera vez la emisión y el uso de los Comprobantes Fiscales Electrónicos (e-CF) en el Proceso de Facturación Electrónica, lo que dio paso a la implementación de un sistema que permite la interconexión con los contribuyentes para la emisión y recepción de los comprobantes fiscales electrónicos, los cuales servirán como soporte de los de ingresos, de costos y de gastos para fines de crédito fiscal, con la finalidad de incentivar y facilitar el cumplimiento tributario a través del uso de las nuevas herramientas tecnológicas disponibles.

c) En los procesos de cooperación internacional para la transparencia tributaria y la lucha contra la evasión, promovidos por el G20 y liderados por la OCDE, se torna prioridad el esfuerzo global contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (LA/FT), y el combate de la evasión y la elusión, producto de la planificación fiscal agresiva de grandes empresas multinacionales (proyecto “Erosión de la base imponible y traslado de beneficios”, BEPS por su acrónimo en inglés); exigiéndose a los Estados implementar medidas de transparencia tributaria que clarifiquen el clima de sus mercados y permitan el conocimiento “externo” de los flujos financieros y el stock de la propiedad, razón que justificó el nacimiento de la Convención Multilateral en Asistencia Administrativa Mutua en Tributación, firmada por la República Dominicana en 2019, siendo los Sistemas Fiscales de Facturación Electrónica una de las medidas de transparencias mas recomendadas por los organismos internacionales.

La Factura Electrónica, y su consecuente Sistema Fiscal de Facturación Electrónica, suponen importantes ventajas para los contribuyentes por la disminución del costo de cumplimiento de las obligaciones tributarias. Disminución viene dada, entre otras, por aspectos operativos como ahorro de papel, de espacio físico de almacenamiento de documentos, y el relacionado con envíos físico de documentos a los clientes.

En este marco es, además, una tendencia regional de deber de facilitación el que las Administraciones Tributarias pongan a disposición de los pequeños y medianos contribuyentes aplicaciones de facturación en línea gratuitas, o bien sistemas de facturación descargables. En este sentido cabe destacar que la DGII puso en funcionamiento el pasado jueves 17/03/2022 el “facturador gratuito” a los fines de cumplimentar este referido deber.

La Facturación Electrónica mejora la efectividad de la fiscalización tributaria existiendo a partir de ella una mayor capacidad de validar, agregar y contrastar todos los datos disponibles, identificar errores en las declaraciones, registros contables o indicios de defraudación.

Otra importante ventaja de la Facturación Electrónica y de los Sistemas Fiscales de Facturación Electrónica, es la posibilidad de la consolidación información. La consolidación permite a las Administraciones Tributarias: a) presentar declaraciones impositivas prellenadas; b) mejorar los perfiles de riesgos; c) detectar en tiempo real el nacimiento de la obligación tributaria; d) realizar minería de datos para explorar y analizar los detalles de las facturas, enfocándose en variables como precios, detalle, volúmenes, etc., para evitar formas de evasión y de elusión fiscal; e) combatir el fraude del carrusel aduanal; f) desarrollar aplicaciones de consulta de precios que tienen las empresas para el consumidor final; g) definir los precios máximos a ser aceptados en adquisiciones públicas; h) entre muchas otras.

Sin lugar a duda, y vistas las ventajas que suponen los Sistemas Fiscales de Facturación Electrónica, estamos ante la solución fiscal modelo de las Administraciones Tributarias, y en buena hora iniciamos su implementación como país.

La transición energética en la República Dominicana: ¿Necesitamos una ley al estilo francés?

*Jesús Pérez Marmolejos*¹⁵⁴

El presidente de la República en su discurso de rendición de cuentas ante la Asamblea Nacional, el 27 de febrero del año 2022, expresó lo siguiente: “*Pero si hablamos de los grandes retos del futuro, no podemos obviar uno de los más grandes: la llamada transición ecológica. Nuestros modelos económicos tienen que transitar hacia economías más limpias*”¹⁵⁵. Si bien el término transición ecológica abarca más aspectos que el de la transición energética, esta alocución ha sido la inspiración para redactar este artículo sobre la transición energética en la República Dominicana.

Nuestro país está considerado como el duodécimo país más vulnerable del mundo a los efectos del cambio climático¹⁵⁶. De modo que, este ha apostado a la acción por el clima de diversas maneras. Una de ellas ha sido dando paso a la promoción de la producción de energía renovable en el territorio dominicano. Esta actitud positiva hacia este sector ha ido avanzando considerablemente. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico es necesario adoptar reformas al marco jurídico para su aceleración. En ese tenor, trataremos la evolución y fundamento de los instrumentos jurídicos internacionales (I), para luego analizar la normativa institucional y legal de esa transición en el sistema nacional (II).

1. La transición energética: fundamentos internacionales

La sociedad humana todavía depende considerablemente de los combustibles fósiles. Una prueba de ello ha sido el conflicto reciente entre Rusia y Ucrania, y sus implicaciones para la producción y distribución de energía en el continente europeo. Sin embargo, esta sociedad humana, aunque no en su mayoría, ha dispuesto desde hace unos años crear un cambio en la producción y consumo de energía debido a diversas circunstancias. Entre estas, la que considero más importante: el cambio climático.

De una parte, podemos vislumbrar el aumento considerable del consumo energético de la población mundial, en los últimos años, a pesar de los esfuerzos internacionales. Podemos observar que, desde el área del transporte hasta el de las instalaciones industriales, se hace necesario tomar conciencia de los hábitos de producción y consumo en aras de preservar el medio ambiente y los recursos naturales, que cada día se ven más limitados.

¹⁵⁴ Doctorando en derecho por la Universidad de Pau y Países del Adour, Francia.

¹⁵⁵ Abinader, Luis (2022). Discurso de Rendición de Cuentas ante Asamblea Nacional. Recuperado en: <https://presidencia.gob.do/discursos/discurso-del-presidente-luis-abinader-rendicion-de-cuentas-27-de-febrero-de-2022>

¹⁵⁶ Consejo Nacional de Cambio Climático y Mecanismo de Desarrollo Limpio (2019). Citado en <https://openclima.intec.edu.do/situacion-pais/nuestra-cuota-de-responsabilidad/nuestras-vulnerabilidades>

Así, entre las medidas llevadas a cabo por las diferentes naciones y los organismos multilaterales para reducir el consumo de energía fósil ha sido el incremento de la producción de energías limpias y renovables. Este incremento se ha efectuado progresivamente pero no ha sido suficiente. Incluso, algunos estiman que la transición global será de larga duración y no se llevará a cabo antes del año 2100¹⁵⁷.

En el año 1992, se materializó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Este instrumento, aunque su enfoque versa sobre las concentraciones de gases de efecto invernadero y la cooperación entre los estados miembros para hacer frente al cambio climático, sí toma en consideración “*las posibilidades de lograr una mayor eficiencia energética*”¹⁵⁸ entre los países parte.

De la misma manera, el Protocolo de Kyoto, del año 1997, que fortaleció dicha convención, convocó a los estados parte a “*promover el desarrollo sostenible*” y a adoptar políticas de uso de energía renovable¹⁵⁹. Si bien el propósito de estos instrumentos es luchar contra el cambio climático, bajo el liderazgo de los países ricos en auxilio de los países en desarrollo, examinamos como los conceptos energía renovable, eficiencia energética, cambio climático y gases de efecto invernadero están relacionados con la finalidad de poner en marchas políticas integrales a favor del medio ambiente y la sostenibilidad.

Posteriormente, en el año 2012, se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, en Brasil. En esta conferencia los estados reafirmaron su apoyo en un mayor uso de fuentes de energía renovables, la dependencia en tecnología avanzada de energía limpia, apostar por la eficiencia energética en la urbanización, edificaciones, transporte y productos. Además, hacer más accesible la energía a la población con la aspiración de erradicar la pobreza¹⁶⁰.

A pesar de todos los encuentros y negociaciones internacionales con respecto a esta problemática común durante los últimos veinte años aproximadamente, un acuerdo histórico mundial fue alcanzado en el año 2015, en París. Esta conferencia tuvo por objetivo:

157 Rojey, Alexandre (2016). *Énergie et Climat*. France. Techniques de l'Ingénieur. P.7.

158 El artículo 4, numeral 1, literal c, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece que los estados miembros deberán: Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos.

159 El artículo 2, numeral 1, literal a, parte iv, del Protocolo de Kyoto estatuye que las partes aplicarán o seguirán elaborando políticas y medidas como: “investigación, promoción, desarrollo y aumento del uso de formas nuevas y renovables de energía, de tecnologías de secuestro del dióxido de carbono y de tecnologías avanzadas y novedosas que sean ecológicamente racionales”.

160 Los temas principales que se discutieron en las mesas redondas de esta Conferencia de Brasil fueron: “La transición a una economía verde requiere la transferencia de tecnologías limpias y la promoción de las energías renovables y de más patrones sostenibles de consumo y producción.”

*Reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza”*¹⁶¹. En esta se dispuso “a) mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales (...); b) aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero; c) situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero”¹⁶².

Pese a las disposiciones adoptadas, es en el año 2018, en la cumbre de Katowice, Polonia, cuando se proporcionaron más detalles para su puesta en práctica. Algunos consideran que esta cumbre fue un fracaso¹⁶³.

Finalmente, la última conferencia de las Naciones Unidas se desarrolló hace unos meses en Glasgow, Reino Unido, del 31 de octubre al 12 de noviembre del año 2021. En esta cumbre, las partes reafirmaron el Acuerdo de París, que estableció mantener la temperatura mundial por debajo de 2 °C, y tratar de limitarla a 1.5°C; igualmente, acordaron la aceleración y el financiamiento de los planes climáticos, especialmente la disminución del dióxido de carbono; el abandono de los combustibles fósiles, entre otras medidas.

Ahora bien, toda esa evolución del marco jurídico internacional no ha quedado sin fundamento y respuesta nacional. La República Dominicana ha tomado conciencia lentamente del proceso de transición energética, especialmente, en su marco legal e institucional.

2. La realidad del marco jurídico e institucional de la transición energética en la República Dominicana.

La Constitución dominicana del año 2010, modificada en el año 2015, plantea como un deber del Estado “*prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones*”¹⁶⁴. Ese deber fundamental del Estado se materializará a través de distintos medios. Uno de ellos es el “*uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes*”¹⁶⁵.

¹⁶¹ Artículo 2 del Acuerdo de París, del año 2015.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Garric, Audrey y Roger, Simon (2018). Cop24, El cuestionamiento de la ciencia por parte de varios países productores de petróleo corre el riesgo de retrasar la acción. Recuperado en: https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/12/17/cop24-une-gouvernance-parallele-aux-negociations-des-etats-est-en-train-de-se-mettre-en-place_5398812_1652612.html. La cumbre de París hizo posible, por primera vez en la historia de las negociaciones climáticas, concluir un tratado internacional, que compromete a todos los Estados, a luchar contra el calentamiento global. Este no fue el caso del Protocolo de Kioto, adoptado en 1997, que solo afectaba a los países desarrollados. La COP24 es un semifracaso en el sentido de que cumplió su primer objetivo: adoptar la guía de aplicación del acuerdo de París. Pero no ha logrado elevar las ambiciones de los Estados, que son notoriamente insuficientes.

¹⁶⁴ Artículo 67 de la Constitución de la República Dominicana.

¹⁶⁵ Artículo 67, numeral 3, de la Constitución de la República Dominicana.

En efecto, nuestra carta magna arremete contra la producción de energía mediante medios contaminantes en aras de protección del medio ambiente. El problema que se plantea es cómo llevar este deber a la realidad. Es cierto que contamos con una ley de protección del medio ambiente y los recursos naturales¹⁶⁶ del año 2000, con una ley de electricidad¹⁶⁷ del año 2001, y de energía renovable¹⁶⁸ del año 2007. A pesar de todo, estas no han sido suficientes para una transición energética que cumpla con los mandatos internacionales.

Así, en el año 2012, se promulgó la ley 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030. Uno de los objetivos que aborda es el desarrollo económico del país a través de una *“energía confiable, eficiente y ambientalmente sostenible”* ¹⁶⁹. En el fondo, la finalidad de este objetivo general es la competitividad y la mitigación del cambio climático. De esa manera lo esbozan sus objetivos específicos: *“asegurar un suministro confiable de electricidad, a precios competitivos y en condiciones de sostenibilidad financiera y ambiental; y garantizar un suministro de combustibles confiable, diversificado, a precios competitivos y en condiciones de sostenibilidad ambiental”*.

Tres años más tarde, se adoptan los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁷⁰. En lo que nos concierne, son especialmente relevantes los objetivos número 7¹⁷¹ y 13¹⁷². Para el profesor Ángel Canó (2020), los objetivos de la ley sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030 *“se encuentran en sintonía con los Objetivos de Desarrollo Sostenible”* ¹⁷³. Aunque como país seguimos adoptando disposiciones jurídicas nacionales¹⁷⁴ e internacionales sin reflexionar y debatir de manera intencional y unida sobre la necesidad de contar con un marco regulatorio eficiente y transparente para una transición energética justa y eficaz.

Por ejemplo, el estado francés cuenta con una ley de transición energética desde el año 2015 y que ha tenido innovaciones en el año 2019 y 2021 en su codificación energética. Esta ley, a través de sus títulos, señala sus objetivos: **Título I.** Definir objetivos comunes para una transición energética con éxito fortalecer la independencia energética y la competitividad económica de Francia, preservar la salud humana y el medio ambiente y luchar contra el cambio climático; **título II.** Mejorar la rehabilitación de los edificios para ahorrar energía, reducir las facturas y crear empleo; **título III.** Desarrollar el transporte limpio para mejorar la calidad del aire y proteger la salud; **título IV.** Luchar contra los residuos y fomento de la economía circular: del diseño de productos a su

¹⁶⁶ Ley 64-00 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales.

¹⁶⁷ Ley 125-01 sobre Electricidad.

¹⁶⁸ Ley 57-07 sobre Incentivo al Desarrollo de Fuentes Renovables de Energía y de sus Regímenes Especiales.

¹⁶⁹ Objetivo 3.2.

¹⁷⁰ El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015). Recuperado en <http://ods.gob.do/Publicacion/Index/4>

¹⁷¹ El objetivo 7 propone que se garantice el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna.

¹⁷² El objetivo 13 plantea la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

¹⁷³ Canó, Ángel (2020). Manuel de Derecho de la Energía. Santo Domingo. Pucmm. P.250.

¹⁷⁴ En el año 2020, fue promulgada la Ley 225-20 sobre Gestión Integral y Coprocesamiento de Residuos Sólidos. Otro ejemplo de promulgación de ley que hace difícil a las personas jurídicas nacionales e internacionales comprender íntegramente el marco regulatorio existente.

reciclaje; título V. Fomento de las energías renovables para diversificar nuestras energías y mejorar los recursos de nuestros territorios; **título VI.** Refuerzo de la seguridad nuclear e información al ciudadano; **título VII.** Simplificación y aclaración de procedimientos para ganar eficiencia y competitividad; **título VIII.** Facultad de actuar conjuntamente a los ciudadanos, las empresas, los territorios y el Estado.

A diferencia del sistema jurídico francés, la República Dominicana no cuenta con un marco normativo codificado, unificado y actualizado. Ni siquiera contamos con reglamentación específica con respecto a la eficiencia energética. En efecto, en el año 2013 fue promulgada la ley No.103-13, sobre Incentivo a la Importación de Vehículos de Energía No Convencional¹⁷⁵, que bien pudiera ser un comienzo en este aspecto, aparte de los diferentes proyectos de ley propuestos y que cursan en el Congreso Nacional.

En cambio, contamos con leyes dispersas que deben ser armonizadas¹⁷⁶. Esto sin tomar en cuenta la multiplicidad de instituciones regulatorias y dispersión burocrática en la gestión que hace alusión el jurista Roger Pujols, de la siguiente manera:

Es necesario que se produzca la reorganización de las instituciones del sector eléctrico especialmente las regulatorias) y la consecuente eliminación de duplicidad de funciones con los propósitos siguientes: i) reducir el número de reguladores ii) homogeneizar los plazos de actuación y atribuciones de las entidades resultantes¹⁷⁷.

Además, no podemos perder de vista el interés de la transición energética para los consumidores. Estos son y serán unos actores relevantes en el movimiento climático, en lo relativo al autoconsumo y a las comunidades de energías renovables. El profesor Louis de Fontenelle (2019) plantea que estas promueven las energías renovables y aceleran el proceso de transición, multiplicando el número de actores envueltos y favoreciendo la implicación social.¹⁷⁸ Estas comunidades podrían producir, consumir, almacenar y vender su propia energía renovable¹⁷⁹.

En definitiva, es tiempo que la República Dominicana acelere la transición energética mediante instrumentos normativos eficaces con la finalidad de cumplir con nuestros

¹⁷⁵ El considerando cuarto expresa lo siguiente: “Que entre las iniciativas que pueden adoptarse para contribuir a la conservación del ambiente se encuentra el de impulsar el desarrollo en el país del uso de tecnologías limpias, principalmente el transporte eléctrico u otra alternativa de transporte que sea de cero o de bajas emisiones contaminantes, que con el propósito de que la flota vehicular del país provoque una menor emisión de contaminantes y, además, un menor consumo de hidrocarburos, resulta necesario el uso de tecnologías limpias que tengan un menor impacto negativo en el ambiente”.

¹⁷⁶ Martínó, Yomayra (2021) propone una armonización regulatoria para dotar de reglas claras, actuales y transparentes a los inversionistas internacionales y nacionales sobre la obtención de títulos habilitantes para el desarrollo de proyectos de energía renovable. Recuperado en: <https://youtu.be/2nMexQQ-c6A>

¹⁷⁷ Pujols Rodríguez, Roger G. (2021). Régimen jurídico de la concesión para explotación de obra eléctrica en República Dominicana. Santo Domingo. Editorial Anja-RD. P.105.

¹⁷⁸ De Fontenelle, Louis. (2019). Les communautés énergétiques. Energie - Environnement – Infrastructures - N° 8-9 - Aout-Septembre 2019 – France. Lexisnexis.

¹⁷⁹ Ver Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

compromisos internacionales. Dotar al país de un marco jurídico único lleva un mensaje de verdadera intención hacia una economía basada en producción y consumo limpio y verde. El derecho puede resultar un mecanismo lento y tortuoso frente a los procesos de innovación energética, pero es la garantía a futuro para su permanencia y seguridad jurídica.

Las víctimas y testigos de la tercera edad: validez de su testimonio

Laurenys Santana

En cualquier tipo de suceso los testigos son una fuente de prueba necesaria y en el caso de las víctimas su declaración siempre debe ser bien recibida. En el caso de que en determinado hecho solo contemos con personas mayores como testigos o que estos sean las víctimas nos hace preguntarnos si son capaces de proporcionar, debido a su edad, los detalles que se necesitan para solventar un caso.

En la actualidad existen opiniones encontradas en base a la credibilidad de las personas mayores que surgen por la cuestión de la edad, por el detrimento o degeneración de su memoria y por las capacidades cognitivas y sensoriales.

Los envejecientes también son víctimas de atracos, accidentes y cualquier tipo de crimen o delito y en ocasiones son quienes presencian los hechos. Es por ello que este tipo de testimonio no puede dejar de ser escuchado, sino más bien valorizado en base a la situación clínica en que se encuentre el afectado o testigo brindándole las herramientas necesarias para poder dirigirnos a la verdad.

En la presente investigación tratamos las implicaciones que conlleva tener un testigo de tercera edad en un proceso judicial, las características para que su testimonio sea válido, la necesidad del perito para la validez del mismo y las discusiones contradictorias de su veracidad.

1. Personas de la tercera edad

Tercera edad o senectud es un término antropo-social que representa los últimos años de vida hasta su muerte. En esta etapa se suele perder, de manera progresiva, las estructuras y habilidades que se habían adquirido en los años anteriores influyendo estos en cambios físicos, cognitivos, emocionales y sociales. A pesar de diversas investigaciones se ha intentado determinar la edad en la que se comienza este período, sin embargo, ha sido imposible establecerlo por ser cuestiones personales de alimentación, estilo de vida, cultura y de que no todos envejecen de la misma manera.

2. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Artículo 13 *“Los estados asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con la demás, incluso mediante procedimientos ajustados y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño efectivo de esas personas como participantes directos o indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.”¹⁸⁰*

¹⁸⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (3 de mayo de 2008). Naciones Unidas.

¿Son discapacitados las personas de la tercera edad? Según la convención, son discapacitados:

*“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”*¹⁸¹.

Esto quiere decir que no todo envejeciente es discapacitado por lo que puede proporcionar su testimonio o declaración en cualquier proceso judicial y que en el caso de serlo (por deficiencias acorde al desgaste por la edad, deficiencias cognitivas e incluso discapacidades físicas), su participación será igualmente válida si se encuentra debidamente asistido con los procedimientos acorde a su edad o situación.

3. Evaluación pericial de la condición del testigo de la tercera edad

La evaluación pericial depende, no tanto de su persona o de sus afirmaciones, sino de los mayores o menores criterios de verdad que proporcione la ciencia o arte profesada por ellos¹⁸². Para determinar este aspecto valorativo se debe contar con el psicólogo forense.

El Art. 204 y siguientes del CPP indica que *“Puede ordenarse un peritaje cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. La prueba pericial debe ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes”*. La doctrina invita al evaluador pericial a que en su dictamen coloque *“1º. Descripción de la persona (...) en el estado (...) en que se halle (...)”*¹⁸³.

En este aspecto, la función del perito antes de la persona mayor ofrecer someterse a una entrevista, radica en evaluarla y verificar su capacidad de dar testimonio para poder otorgar la credibilidad y exactitud de lo que pueda ofrecer el envejeciente al tribunal y el proceso.

El Tribunal Supremo de España recomienda un examen crítico y cauteloso de las declaraciones ofrecidas en testimonios, *“ponderando las condiciones de edad, psíquicas y de carácter de los deponentes, sus relaciones con el imputado, investigando motivaciones o posibles influencias o manipulaciones, contrastando con datos objetivos, la veracidad y exactitud de sus declaraciones, sin desdeñar, finalmente, la persistencia y versatilidad de la narración y los detalles o circunstancias que ofrezca”* (STS de 8-2-95)¹⁸⁴.

A pesar de que en la vejez tiende a producirse una cierta degeneración de los sistemas sensoriales, los datos obtenidos a partir de las distintas técnicas experimentales sobre

¹⁸¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (3 de mayo de 2008). Naciones Unidas. Artículo 1, inciso 2.

¹⁸² Carrara, Francesco (Volumen II, Tercera Edición) (2000). *Programa de Derecho Criminal*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis, S.A.

¹⁸³ DE CATALDO NEUBURGER, L. *“La psicología per un nuovo processo penale...”*, cit., págs., 133-134.

¹⁸⁴ Esbec Rodríguez, Enrique; Gómez-Jarabo, Gregorio (2000). *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*. Madrid: Editorial EDISOFER, S.L. Págs. 190-191.

la capacidad de mantener la información en los registros sensoriales no indican que se produzca un declive paralelo en dicha capacidad¹⁸⁵.

4. El testigo de la tercera edad

Hasta la fecha los trabajos realizados con personas mayores, con acontecimientos reales o simulando los delitos a través de videos realistas, muestran que estos aportan menos información que los jóvenes. Cuando se les pide que narren la experiencia vivida recuerdan con precisión los aspectos más representativos del suceso y no cometen más errores que los jóvenes. Las limitaciones de las personas mayores aparecen en el recuerdo de aspectos que requieren atención y recursos cognitivos, como son los hechos específicos o detalles concretos que, no obstante, pueden ser claves para resolver casos policiales. Es decir, nos podemos fiar de las personas mayores cuando relatan libremente un suceso, pero en comparación con testigos más jóvenes, aportan hasta un 25% menos de información de las acciones, los detalles y de los autores implicados en un suceso complejo como es un atraco¹⁸⁶.

En situaciones recomendamos formular a los testigos y víctimas preguntas de respuesta breve para recabar más información o entrevistarles para verificar datos concretos. Es en este tipo de tareas donde aparecen las mayores limitaciones derivadas del aumento de la edad. Por ejemplo, una prueba típica de reconocimiento incluye a partes iguales hechos correctos del suceso y hechos probables pero falsos. Jóvenes y mayores reconocen correctamente más del 70% del total de los hechos del suceso, pero los mayores aceptan más información falsa que los jóvenes. Así, el nivel de falsas alarmas alcanza el 45% en el caso de los jóvenes y llega hasta el 60% en los mayores¹⁸⁷.

Además, en muchos casos, los testigos aceptan información falsa convencida de que están recordando hechos reales del suceso y, cuando se les pide que valoren la exactitud de sus recuerdos, las personas mayores, en mayor medida que los jóvenes, afirman recordar datos concretos que dan autenticidad a sus falsas memorias¹⁸⁸.

En definitiva, las personas mayores recuerdan y reconocen con precisión la esencia y los aspectos más relevantes de un suceso, y en esos aspectos no cometen más errores que los jóvenes, pero son más proclives a formar **falsas memorias**. En ámbitos aplicados, se recomienda utilizar pruebas de recuerdo libre y, para evitar los sesgos de la memoria, ser cautos al formular preguntas o al tratar de verificar datos. Esta premisa es especialmente relevante al tomar declaración a personas mayores.

185 Carretero, Mario; Palacios, Jesús; Marchesi, Álvaro (2000). *Psicología evolutiva: Adolescencia, madurez y senectud*. España: Alianza Editorial, S. A. Pág. 275.

186 Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009b). False memories for a robbery in young and older adults. *Applied Cognitive Psychology*, 23, 174-187.

187 Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009a). Advertencias explícitas y falsas memorias para un suceso en adultos jóvenes y mayores. *Estudios de Psicología*, 30, 291-302; Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009b). False memories for a robbery in young and older adults. *Applied Cognitive Psychology*, 23, 174-187.

188 Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009c). Memory for actions of an event: Older and younger adults compared. *The Journal of General Psychology*, 136, 1-14.

5. El interrogatorio

El interrogatorio de testigos es, sin duda alguna, una de las piedras angulares del proceso penal, y en concreto del juicio oral; saber preguntar, analizar sobre la marcha las respuestas, el lenguaje corporal del testigo y controlar los tiempos, constituyen habilidades o, mejor dicho, técnicas para llegar a buen término.

Para evitar los bloqueos recomendamos tratar de conocer los testigos, saber si estos están en el sano juicio de contestar las preguntas a realizar, si el mismo tiene problemas de visión, si usa gafas, si están mal graduadas o posee problemas auditivos, entre otros.

Además de la edad, factores como enfermedades, alcoholismo o drogadicción también son relevantes para identificar la alteración o no de lo ofrecido¹⁸⁹.

6. Factores que afectan la exactitud de la memoria en testigos de la tercera edad

La exactitud no es más que la reproducción correcta y completa de los hechos a tratar. A pesar de que la exactitud de la memoria se limite por fallas en la codificación y deformación causadas en el almacenamiento y recuperación de la memoria, existen motivos que expresan que el sistema perceptivo y de memoria se encuentra en constante sintonía con la realidad¹⁹⁰.

“Percibimos y recordamos la verdad esencial de los aspectos críticos del mundo”¹⁹¹

Lo anterior no defiende la exactitud plena de la memoria, sino más bien, que para alcanzar este nirvana del testimonio se debe tener al menos una precisión en su percepción y recuerdo en base a los estímulos del medio sin cometer errores de comisión y omisión.

6.1 Factores de situación que afecta la memoria en testigos

Entre los factores de situación podemos encontrar distintas vertientes, entre las más habituales están¹⁹²:

- Las condiciones ambientales: Distancia, oscuridad, niebla, etc.;
- El tipo de suceso: Violación, accidente automovilístico, robo, etc.;
- La duración del suceso;
- Grado de violencia del suceso;
- Emociones, entre otros.

¹⁸⁹ Algunas notas sobre el interrogatorio de testigos en el Proceso Penal, (16 septiembre, 2012). Obtenido de <http://roleplayjuridico.com/>

¹⁹⁰ Soria Verde, Miguel Ángel (2005). *Manual de psicología jurídica e investigación criminal*. España: Ediciones Pirámide (Grupo Anaya, S.A.). Pág. 98.

¹⁹¹ Freyd, J. (2003). *Abusos sexuales en la infancia. La lógica del olvido*. Madrid: Morata, P. 80

¹⁹² Soria Verde, Miguel Ángel (2005). *Manual de psicología jurídica e investigación criminal*. España: Ediciones Pirámide (Grupo Anaya, S.A.). Pág. 99.

Algunas investigaciones han encontrado que las víctimas de hechos violentos, tales como atentados, accidentes o agresiones pueden sufrir de alexitimia¹⁹³ en mayor grado. Esto implica un déficit en la expresión de emociones como consecuencia del hecho traumático vivido y tendrá problemas a la hora de expresar emociones, de modo que puede aparecer como poco o nada afectada por el suceso, en contra de lo que se esperaría por su condición de víctima.

No obstante, algunos estudios muestran que parecen ser más importantes en la evaluación la credibilidad de las víctimas mayores, las expectativas de los evaluadores sobre las emociones que deben mostrar y su congruencia que el grado de emocionalidad mostrado por la víctima. Sin embargo, se ha mostrado que el estilo de comportamiento del mayor de edad, víctima al declarar con respecto a las emociones expresadas (emocional vs. anestesiada) juega un papel importante en la credibilidad que se le otorga por parte del perito.

El grado de afectación psicológica que puede sufrir una víctima mayor y las características de sus recuerdos sobre el hecho traumático (interrogatorio), dependen de una gran cantidad de factores, como el tiempo transcurrido desde el hecho, el apoyo familiar y social, la recurrencia o la capacidad para sobreponerse a acontecimientos negativos (resiliencia), entre otros.

En cualquier caso, estas creencias parecen que, aun afectando a los juicios de credibilidad, podrían no estar sustentadas en diferencias serias entre recuerdos reales y no reales y, de ser utilizadas como argumento para establecer un juicio sobre la credibilidad de la posible víctima, corremos el riesgo de juzgar mal a aquel con suficiente capacidad para ajustar sus emociones a lo esperado.

Tal y como se puede observar en una revisión de métodos de análisis de credibilidad previa, las principales propuestas de análisis de credibilidad basadas en criterios de contenido contemplan la descripción de emociones asociadas al suceso. En este sentido, algunos de los procedimientos propuestos para evaluar la credibilidad de las declaraciones de mayores víctimas de agresiones sexuales incluyen entre los criterios de credibilidad del procedimiento SVA¹⁹⁴ la mención al estado mental (emocional) de la víctima y el agresor; es más, entre los criterios para evaluar la validez de las declaraciones del mismo procedimiento (SVA), las emociones coherentes con el hecho denunciado (adecuación de afecto) apoyarían la credibilidad.

Los problemas generados por el falso papel otorgado a las emociones podrían agravarse en el caso de víctimas especialmente vulnerables, es decir, no sólo en mayores sino también en menores, personas con discapacidad intelectual (DI), todos

¹⁹³ Incapacidad de identificar, reconocer, nombrar o describir las emociones o los sentimientos propios, con especial dificultad para hallar palabras para describirlos. Pobreza en la expresión verbal, mímica o gestual de las emociones o los sentimientos.

¹⁹⁴ (Statement Validity Analysis, Steller, 1989)

ellos con una tendencia a ser considerados poco creíbles, más aún cuando se trata sobre delitos sexuales, debido a los mitos erróneos sobre la sexualidad de estas personas.

En este sentido, estudios previos manifestaron que las declaraciones emitidas por personas mayores tienden a no ser consideradas creíbles y que los evaluadores consideran las emociones asociadas a la descripción de los hechos como uno de los indicadores más relevantes junto con la cantidad de detalles aportados, aspecto este último, en el que las personas mayores son “unos fenómenos”.

6.2 Factores característicos de los testigos

Aquí se albergan aquellos que son subjetivos a la persona del testigo, como son:

- Sexo;
- Edad;
- Estrés;
- Funcionamiento de prejuicios;
- Expectativas;
- Estereotipos;
- Valores;
- Entrenamiento;
- Experiencias previas, Entre otros.

6.2.1 Edad: Factor característico del testigo

Estudios realizados por Yarmey y Rashid establecen en sus conclusiones que los testigos mayores no son tan capaces como los jóvenes adultos de describir o identificar a las personas que han visto antes. Yarmey cree que estas dificultades pueden agudizarse cuando las condiciones de observación son ambiguas y cortas. Es por ello que el autor invita a tratar el testimonio de los testigos de tercera edad con suma cautela, lo cual no implica desvalorizar su testimonio, sino más bien, confirmarlo luego¹⁹⁵.

6.2.2 Visión: Factor característico del testigo

Las personas de tercera edad suelen tener problemas visuales, pero muchos de ellos pueden ser compensados con dispositivos externos como las gafas o con cirugías de corrección.

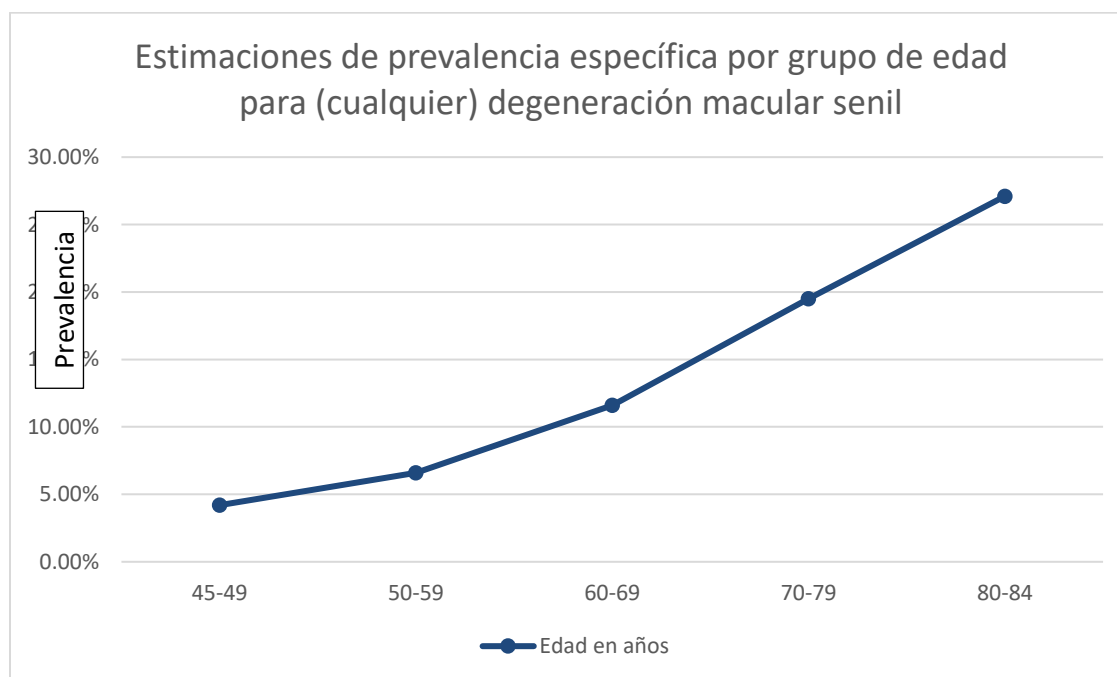
Pongamos el ejemplo de Juan quien tiene 68 años y glaucoma, miopía y astigmatismo avanzado, ha sido víctima de la delincuencia en San Pedro de Macorís, donde a las 11:00pm, sin luz en el sector, fue impactado por detrás por Lucas, dejándolo inconsciente tirado en el pavimento. ¿Es posible que Juan haya visualizado

¹⁹⁵ Soria Verde, Miguel Ángel (2005). *Manual de psicología jurídica e investigación criminal*. España: Ediciones Pirámide (Grupo Anaya, S.A.). Pág. 101.

correctamente a su agresor? ¿Es aceptado el testimonio de Juan cuando este acusa a Lucas?

Antes que nada debe evaluarse la capacidad visual de Juan en la oscuridad con movimiento, luego determinar si ese golpe no le ha creado afectaciones que alteren su lucidez, habla u orden del pensamiento. Analizado todo lo anterior se toma la declaración de Juan y se emite un informe de lo aportado por él y una opinión de si su condición de salud es la correcta para recibir ese testimonio.

Se estima que la prevalencia general de la degeneración macular senil¹⁹⁶ se multiplica por siete, pasando del 4,2% en las personas de 45 a 49 años de edad al 27,2% en las de 80 a 84 años de edad; se han observado tendencias similares relacionadas con la edad en el glaucoma. La prevalencia de cataratas también aumenta considerablemente con la edad, veamos:



Fuente: Informe mundial sobre la visión [World report on vision]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2020. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Así, alrededor de la mitad de la población necesita alguna forma de corrector visual a los cuarenta y cinco años y prácticamente todos los necesitan luego de los cincuenta. Por otro lado, las cataratas y glaucoma no alcanzan una incidencia notable hasta finales de los sesenta años, pero son un problema serio entre los muy ancianos. Debido a esto, se debe descartar posibles errores en el testimonio si lo que va a declarar la persona de tercera edad tiene que ver con lo que percibió.

¹⁹⁶ Relacionada con la edad (AMD, por sus siglas en inglés) es una enfermedad ocular que puede nublar la visión central. Se presenta cuando el envejecimiento daña la mácula, la parte del ojo que controla la visión nítida frontal.

Los cambios en la retina y el sistema nervioso empiezan a ser notables entre los 55 y los 65 años. Un estudio demostró que el campo visual permanecía estable hasta los 55 y después comenzaba a restringirse. Se encontró que el campo visual completo disminuía de forma más notable en los mayores de 70 años. El daño celular retiniano se puede detectar en la mayoría de las personas con edades entre 55 y 65 años¹⁹⁷.

6.2.3 Audición: Factor característico del testigo

Los problemas de audición en personas mayores de edad muestran casi la misma progresión que los visuales. Contando con ambos sentidos, el número de personas con dificultades diagnosticadas objetivamente aumenta bruscamente luego de los 60 años. En el grupo de 45 a 54 un 19% tiene dificultad de audición, entre los 75 y 79 el 75% de personas lo padece. Este padecimiento se presenta más en hombres que en mujeres¹⁹⁸.

Con el paso de los años el funcionamiento de la audición va cada vez más en detrimento, por lo que un testimonio en base a lo escuchado no puede ser del todo fiable sin antes examinarse las condiciones del testigo en esta función vital.

Una vez más, es cuestión del perito identificar si el testigo de tercera edad posee esta capacidad motora en correcto funcionamiento, de manera especial si parte de su testimonio tiene que ver con lo que escuchó en el lugar de los hechos a los fines de determinar la exactitud y credibilidad de su testimonio.

6.2.4 Otros sentidos: Factor característico del testigo

Los sentidos del gusto y del olor parecen disminuir ligeramente en sensibilidad con la edad, y al parecer los ancianos son menos conscientes de la pérdida de sensibilidad en el olor. Los ancianos tienen mayor dificultad para recordar olores concretos. Son menos sensibles al gusto y al tacto: el olor de las flores o el sabor de una buena comida. Pierden la capacidad para identificar la toxicidad de alimentos que se encuentran en proceso de dañarse y no identifican escapes de gas o el fuego, que a menudo se identifican por el olor.

De igual manera, padecen menos sufrimiento ante estímulos dolorosos que los jóvenes debido a que por su proceso degenerativo se encuentran siempre expuestos a ellos. La sensibilidad a la temperatura también disminuye, desde los 65 hasta los 85 años las diferencias entre la temperatura de la piel y el centro del cuerpo no se puede mantener adecuadamente cuando la temperatura exterior es baja¹⁹⁹.

197 Warner Schaie, K.; L. Willis, Sherry (2003). *Psicología de la edad adulta y la vejez*. España: Pearson Education, S.A. Págs. 418-424.

198 Warner Schaie, K.; L. Willis, Sherry (2003). *Psicología de la edad adulta y la vejez*. España: Pearson Education, S.A. Págs. 424-427.

199 Warner Schaie, K.; L. Willis, Sherry (2003). *Psicología de la edad adulta y la vejez*. España: Pearson Education, S.A. Págs. 427-429.

7. Opiniones encontradas

Los delitos son acontecimientos complejos e inesperados y generan un gran impacto emocional. En general, los testigos no son capaces de recordar todo lo ocurrido en un suceso ni describen con precisión a los autores. Además, cometen errores de memoria porque, en base a expectativas y estereotipos, aceptan con facilidad información falsa pero coherente con la situación. Estos problemas de la memoria pueden acentuarse en las personas mayores que son cognitivamente menos rápidas, disponen de menos recursos atencionales y procesan la información de una forma más automática que los jóvenes²⁰⁰.

Algunos adultos mayores también encuentran que no se desempeñan tan bien como las personas más jóvenes cuando completan pruebas de memoria compleja o de aprendizaje. Pero los científicos han encontrado que, si se les da suficiente tiempo y las herramientas necesarias, las personas mayores saludables pueden desempeñarse igual de bien que las personas jóvenes en estas pruebas. De hecho, a medida que van envejeciendo, los adultos saludables usualmente mejoran en áreas de capacidad mental tales como el vocabulario²⁰¹.

Terencio afirmaba “*Senectus ipsa morbus*” (“*La vejez es, en sí misma, una enfermedad*”). Mucho se ha avanzado en la medicina como para que las palabras de Terencio sean de general aplicación hoy, pero tampoco hay que olvidar que, pese a los muchos esfuerzos que se han realizado, aun enfermedad y vejez están muy relacionados²⁰².

Conclusión

Testigo es aquella persona que ve, lee u oye algo, interpretan su realidad y perciben un hecho con todos sus sentidos. La base fundamental para un buen interrogatorio en personas de tercera edad es conocer en primer lugar el testigo y luego conocer su estado clínico a través de las evaluaciones de lugar para de este modo estar conscientes si esta persona posee alguna limitante para su contribución judicial y poder ayudarlo a que su aporte sea lo más válido posible.

La estrategia en esos casos luego de conocer el estado de las personas es preguntar y basarse en los métodos y la forma adecuada para tratar estos testigos, no es poner en duda su honestidad, sino hacer ver que realmente el testigo percibió o no correctamente lo que sucedió.

Las investigaciones conllevan que un envejeciente puede ser un testigo vulnerable pero también puede tener su memoria en buen estado capaz de retener información válida.

200 Park, D. C., Lautenschlager, G., Hedden, T., Davidson, N. S., Smith, A. D., y Smith, P. K. (2002). Models of visuospatial and verbal memory across the adult life span. *Psychology and Aging*, 17, 299-320.

201 Instituto Nacional sobre el Envejecimiento

202 Carretero, Mario; Palacios, Jesús; Marchesi, Álvaro (2000). *Psicología evolutiva: Adolescencia, madurez y senectud*. España: Alianza Editorial, S. A. Pág. 245.

Estas dos condiciones pueden variar dependiendo los factores degenerativos, medioambientales y alimenticios a los que ha estado sometido.

Se debe ser cuidadosos al momento de realizar las preguntas de lugar o los métodos de recuerdo por parte del profesional ya que una pregunta mal dirigida puede llevar al testigo a un estado de crisis o más bien un estado de shock, vulnerando así sus derechos y estado de salud.

Finalmente, y no menos importante, es que una vez conocido el testigo y obtenido los informes de su estado de salud, el profesional facilite el espacio y las herramientas necesarias para que el testigo pueda aportar sus conocimientos sobre el hecho y luego validar la veracidad o no del mismo.

BIBLIOGRAFIA

- Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009a). Advertencias explícitas y falsas memorias para un suceso en adultos jóvenes y mayores. *Estudios de Psicología*, 30, 291-302; Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009b). False memories for a robbery in young and older adults. *Applied Cognitive Psychology*, 23, 174-187.
- Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009b). False memories for a robbery in young and older adults. *Applied Cognitive Psychology*, 23, 174-187.
- Aizpurua, A., García-Bajos, E. y Migueles, M. (2009c). Memory for actions of an event: Older and younger adults compared. *The Journal of General Psychology*, 136, 1-14.
- Algunas notas sobre el interrogatorio de testigos en el Proceso Penal, (16 septiembre, 2012). Obtenido de <http://roleplayjuridico.com/>
- Carrara, Francesco (Volumen II, Tercera Edición) (2000). Programa de Derecho Criminal. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Carretero, Mario; Palacios, Jesús; Marchesi, Álvaro (2000). *Psicología evolutiva: Adolescencia, madurez y senectud*. España: Alianza Editorial, S. A. Pág. 275.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (3 de mayo de 2008). Naciones Unidas.
- DE CATALDO NEUBURGER, L. "La psicología per un nuovo processo penale...", cit., págs., 133-134.
- Fozard, J. L. (2000). Sensory and cognitive changes with age. In K. W. Schaie and M. Pietrucha (Eds.) *Mobility and transportation in the elderly* (pp. 1-61). New York: Springer Publishing Co
- Freyd, J. (2003). *Abusos sexuales en la infancia. La lógica del olvido*. Madrid: Morata, P. 80
- Frewen, P. A., Dozois, D. J. A., Neufeld, R. W. J. y Lanius, R. A. (2008). Meta-Analysis of Alexithymia in Posttraumatic Stress Disorder. *Journal of Traumatic Stress*, 21, 243-246.
- Hackett, L., Day, A. y Mohr, P. (2008). Expectancy violation and perceptions of rape victim credibility. *Legal and Criminological Psychology*, 13, 323-334.
- Henry, L., Ridley, A., Perry, J. y Crane, L. (2011). Perceived credibility and eyewitness testimony of children with intellectual disabilities. *Journal of Intellectual Disability Research*, 55, 385-391
- Instituto Nacional sobre el Envejecimiento
- Jussim, L., Coleman, L. y Lerch, L. (1987). The nature of stereotypes: A comparison and integration of three theories. *Journal of Personality and Social Psychology*, 52, 536- 546.
- Manzanero, A. L. (2001). Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 1(2), 51-71.
- Manzanero, A.L. (2004). ¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos? *Anuario de Psicología Jurídica*, 14, 115-139.
- Manzanero, A. L. (2009). Análisis de contenido de memorias autobiográficas falsas. *Anuario de Psicología Jurídica*, 19, 61-72
- Manzanero, A. L. y Recio, M. (2012). El recuerdo de hechos traumáticos: exactitud, tipos y características. *Cuadernos de Medicina Forense*, 18(1), 19-25.
- Nemeroff, C. B., Bremner, J. D., Foa, E. B., Mayberg, H. S., North, C. S. y Stein, M. B. (2006). Posttraumatic stress disorder: A state-of-science review. *Journal of Psychiatric Research*, 40, 1-21.
- Park, D. C., Lautenschlager, G., Hedden, T., Davidson, N. S., Smith, A. D., y Smith, P. K. (2002). Models of visuospatial and verbal memory across the adult life span. *Psychology and Aging*, 17, 299-320.
- Peled, M., Iarocci, G. y Cannolly, D. A. (2004). Eyewitness testimony and perceived credibility of youth with mild intellectual disability. *Journal of Intellectual Disability Research*, 18, 669-703
- Porter, S. y Yuille, J. C. (1996). The language of deceit: an investigation of the verbal cues to deception in the interrogation context. *Law and Human Behavior*, 20, 443-458.

- Sabsey, D. y Doe, T. (1991) Patterns of sexual abuse and assault. *Sexuality and Disability*, 9, 243-259.
- Soria Verde, Miguel Angel (2005). *Manual de psicología jurídica e investigación criminal*. España: Ediciones Piramide (Grupo Anaya, S.A.). Pág. 98, 99, 101
- Sporer, S. L. y Sharman, S. J. (2006). Should I believe this? Reality monitoring of accounts of self-experienced and invented recent and distant autobiographical events. *Applied Cognitive Psychology*, 20, 837-854.
- Stobbs, G. y Kebbell, M. (2003). Juror's perception of witnesses with intellectual disabilities and influence of expert evidence. *Journal of Applied Research in Intellectual disabilities*, 16, 107-114.
- Valenti-Hein, D. C y Schwartz, L. D. (1993). Witness competency in people with mental retardation: implications for prosecution of sexual abuse. *Sexuality and Disability*, 11, 287-294.
- Vrij, A. (2008). *Detecting lies and deceit*. Chichester, UK: John Wiley & Sons
- Vrij, A., Akehurst, L., Soukara, S. y Bull, R. (2004). Detecting deceit via analysis of verbal and nonverbal behaviour in children and adults. *Human Communication Research*, 30(1), 8-41.
- Warner Schaie, K.; L. Willis, Sherry (2003). *Psicología de la edad adulta y la vejez*. España: Pearson Education, S.A. Págs. 418-427.
- Winkel, F. W. y Koppelaar, L. (1991). Rape victims' style of self presentation and secondary victimization by the environment: An experiment. *Journal of Interpersonal Violence*, 6, 29-40.
- Zlotnick, C., Mattia, J. I. y Zimmerman, M. (2001). The relationship between posttraumatic stress disorder, trauma and alexithymia in an outpatient sample. *Journal of Traumatic Stress*, 14(1), 177-188.

El acto administrativo

Rosa Ma. Díaz Oliveras

Podemos llamar Actos Administrativos, a “todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo” (García de Enterría and Fernández, Curso de Derecho Administrativo I 2015), de donde podemos establecer entonces que, este término define aquellos actos que emanan de la Administración Pública y sirven de medio o de resolución para imponer su voluntad en el ejercicio de una potestad administrativa, teniendo en cuenta que “ninguna actuación administrativa pueda quedar al margen del derecho, sino que, precisamente, debe estar dentro de él y de acuerdo con él” (Trayter Jiménez 2013)

En la República Dominicana la ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo incorpora a la legislación positiva grandes principios y reglas jurídicas para normar el denominado “Acto Administrativo”. Esta ley de Procedimiento Administrativo, a partir de su artículo 8 hasta el 14 desglosa todo lo pertinente a los Actos Administrativos, además de consagrar los medios de ejecución del mismo, en el artículo 29. De igual forma, regula los aspectos relativos a la potestad de revisión de dichos Actos Administrativos cuando los mismos sean nulos y anulables en el artículo 45, la revocación de los actos desfavorables, de acuerdo al artículo 46 y, finalmente, las reglas básicas de los recursos contra los Actos Administrativos en sede administrativa.

Ahora bien, la primera noción del Acto Administrativo, en términos históricos, es de naturaleza procesal y su origen se encuentra en la primera doctrina francesa del Derecho Administrativo, cuando en plena Revolución, se tomó la decisión política de excluir de la competencia de los jueces civiles los asuntos en los que la Administración y de atribuirle, posteriormente, a unos órganos especializados de la propia Administración, los contencioso-administrativos, hizo necesario acuñar un concepto que resumiera sintéticamente ese tipo de asuntos.

Tal noción fue, justamente, el de *actes d' administration* o Actos Administrativos, que aparece en la célebre Ley de 3 de fructidor del año III; un concepto que, por su propia finalidad, tenía un alcance implícito de cualesquiera actuaciones de la Administración, formalizadas o no. Acto Administrativo, como lo definiera Merlin en 1812, era “una decisión de la autoridad administrativa, una acción o un hecho de la Administración que tiene relación con sus funciones”; en definitiva, cualquier actuación de la Administración que, por lo mismo, quedaba excluida del control de los jueces ordinarios y confiada al de los órganos contencioso-administrativos. El concepto, pragmáticamente, se configura a efectos puramente procesales: sirve exclusivamente para definir el ámbito de competencia de lo contencioso-administrativo. (Santamaría Pastor 2004).

Otra forma de definir los Actos Administrativos es “toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento, o de juicio realizada por la Administración Pública en el

ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria". Siguiendo al Prof. Parada: "Son Actos Administrativos los dictados por una Administración Pública o Poder Público en el ejercicio de potestades administrativas. Mediante este acto se impone la voluntad de esa administración sobre: derechos, libertades o intereses que benefician a otros sujetos jurídicos. Todo esto es sometido al control de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo"

Es decir, los Actos Administrativos son actos jurídicos que presumen una manifestación de la Administración Pública. En gran parte de los casos es una declaración de voluntad, pero también de simple conocimiento o juicio.

Emanados de una Administración, teniendo en cuenta lo que se ha denominado "expansión del concepto de Acto Administrativo" debido a la utilización del régimen jurídico de los Actos Administrativos por parte de poderes públicos distintos a la Administración, en caso de contrataciones o régimen disciplinario, y que se someten, por ende, al Derecho Administrativo y al control de los Tribunales de lo Contencioso.

A pesar de que la legislación administrativa siempre ha reconocido potestades a los órganos y entes que conforman la administración pública dominicana, lo que desemboca en la generalidad de los casos en el dictado de Actos Administrativos, la utilización formal de ese concepto clave del Derecho Administrativo se introdujo mediante la Ley 1494, de 1947, que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa, a efectos esencialmente procesales.

Algunas legislaciones sectoriales, como la Ley Monetaria y Financiera, la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Compras y Contrataciones de Bienes, Obras y Servicios, la Ley General de Defensa de la Competencia entre otras, contienen algunas disposiciones dispersas sobre aspectos atinentes a los Actos Administrativos.

En la República Dominicana, la doctrina administrativista se muestra dividida respecto de si incluir o no a los actos de alcance general de naturaleza normativa o reglamentaria como Actos Administrativos.

En la obra "Fundamentos de Derecho Administrativo", su autor, el profesor Vinicio Tobal, define el Acto Administrativo como "un acto del Estado que determina situaciones jurídicas tanto para casos generales como para casos individuales".

El mismo autor, al referirse al régimen de publicidad de los Actos Administrativos, incluye dentro de los mismos a los reglamentos:

"Como es bien sabido, la publicación es el conjunto de hechos que tienen por objeto llevar a conocimiento del público un texto jurídico. Es decir, la publicación tiene por finalidad enterar a todos los ciudadanos de la existencia de una Ley, Decreto, Reglamento, Ordenanza, Resolución y, en fin, cualquier Acto Administrativo del Estado. La jurisprudencia francesa establece como

regla general que los Actos Administrativos reglamentarios deben ser publicados y los individuales notificados”.

En el mismo sentido, Héctor Dotel Matos, en su “Manual de Derecho Administrativo”, al realizar una clasificación del Acto Administrativo, incluye dentro de los mismos a los actos reglamentarios: “El acto reglamentario es aquel que “dispone por vía general”, esto es, que pronuncia una regla abstracta general de conducta, adaptable al conjunto de los ciudadanos o al menos una categoría de individuos que no son designados por el nombre.

El Dr. René Mueses Henríquez en su “Derecho Administrativo Dominicano”, a pesar de que, al referirse a la publicidad de los Actos Administrativos, incluye dentro de los mismos a los actos reglamentarios, advierte en su referida obra, “que aparentemente el legislador ha querido excluir los reglamentos y los decretos del concepto de Acto Administrativo” previsto en la Ley 1494, de 1947, que instituye la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Desde el año 1956, el más completo de los estudiosos dominicanos del derecho público, el extinto profesor Manuel A. Amiama, en la primera versión mimeografiada de su obra “Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana”, había considerado como simplista el conceptualizar los reglamentos como Actos Administrativos, descartando en consecuencia el factor formal y adhiriéndose a la tesis material preconizada por Leon Diguít en Francia. Sustentó, el profesor Amiama, su posición, con las siguientes palabras:

“Esta tesis parece la que más concorde con la historia y con la realidad, a favor de ella militan las siguientes razones:

1°. La conservación del poder reglamentario por el Poder Ejecutivo se ha considerado siempre como una atemperación al sistema de la separación de los poderes lo que no sería cierto si los reglamentos se reputaran como Actos Administrativos;

2°. De lo anterior, ha resultado la tendencia seguida a consagrar expresamente la potestad reglamentaria para el presidente de la República.

3°. Materialmente, esto es, por su alcance y la naturaleza normativa, los reglamentos son similares a las leyes, de tal modo que es frecuentísimo el caso de que determinados reglamentos son convertidos en leyes, por la acción del Congreso, sin un solo cambio de palabra.

4°. La protección jurídica de los administradores contra los reglamentos arbitrarios está organizada como la que existe contra los Actos Administrativos ilegales”.

Desde la doctrina constitucional dominicana, el Profesor Eduardo Jorge Prats, aborda la discusión precisando la distinción entre los Actos Administrativos y los reglamentos:

“Tradicionalmente los reglamentos han sido distinguidos de los Actos Administrativos –que es el otro contenido posible de las mismas formas que

los reglamentos se revisten- acudiendo al criterio de la generalidad. Se afirma así que los reglamentos son disposiciones de carácter general que afectan a una pluralidad indeterminada de individuos, mientras que los Actos Administrativos serian esencialmente singulares e individuales. A pesar de que este criterio es válido para la generalidad de los casos, el mismo resulta insuficiente debido a que hay actos que, a pesar de ser Actos Administrativos generales. Por esta insuficiencia del criterio de generalidad para distinguir los reglamentos de los Actos Administrativos, la doctrina mayoritariamente acude a la distinción entre ambos a partir del carácter innovador de los reglamentos. En efecto, los reglamentos innovan el ordenamiento introduciendo en este una forma de carácter permanente, que perdura en el tiempo, contrario a los Actos Administrativos que, aun en la hipótesis de ser generales, se agotan con su cumplimiento y no adicionan nada a la normativa vigente”.

Como se puede apreciar, la doctrina en la República Dominicana no ha estado ajena al debate respecto de la inclusión o no de los actos del alcance general de naturaleza normativa o reglamentaria, dentro del concepto de Acto Administrativo. Igual situación acontece en la legislación administrativa conforme se describe a continuación.

La primera Ley que introdujo el concepto de Acto Administrativo, como ya he señalado, lo hizo a fines estrictamente procesales, pareciendo reflejar la exclusión de los reglamentos dentro de la consideración de Acto Administrativo, como advirtiera el profesor Mueses Henríquez. En efecto la Ley 1494 de 1947, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, otorga competencia al Tribunal Superior Administrativo para conocer los recursos que se interpongan contra los Actos Administrativos violatorios de la ley, los reglamentos y decretos, siempre que se hubiera agotado contra ellos la vía administrativa, que emanen de los órganos y entidades públicas que ejerzan potestades regladas o constituyan un ejercicio excesivo o desviado de su propósito legítimo de facultades discrecionales, y que vulneren un derecho de carácter administrativo. (Derecho 2012, Derecho 2012)

Podemos definir un Acto Administrativo tomando en cuenta lo plasmado en el artículo 8 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo el cual expresa lo siguiente: “Es toda declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento realizada en ejercicio de función administrativa por una Administración Pública, o por cualquier otro órgano u ente público que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros”.

Como se puede apreciar, de la definición de Acto Administrativo contenido en la ley se desprenden varios aspectos, que en la doctrina administrativa han sido objeto de controversias, tales como, asumir un criterio material u objeto para identificarlo a través del concepto función administrativa, lo que hace extensiva la posibilidad de emitir Actos Administrativos no solo a los órganos que conforman la administración pública nacional y local, sino además, a los que en ejercicio de esa función administrativa emanen de los demás poderes del Estado y órganos constitucionales.

Asimismo, esta ley acoge la posición de las voces más autorizadas de la doctrina nacional, las del extinto profesor Don Manuel A. Amiama y la del Prof. Eduardo Jorge Prats, circunscribiendo los actos de alcance individual o de alcance concreto, excluyendo los reglamentos, que en buena técnica, forman parte del sistema de fuentes e integran el bloque de legalidad que los Actos Administrativos deben respetar para que los mismos sean considerados respetuosos del ordenamiento jurídico del Estado como manda el artículo 138 de la Constitución.

Finalmente, al indicar que el Acto Administrativo es “una declaración unilateral de voluntad” y que produce efectos jurídicos respecto a terceros, conlleva que los contratos no son Actos Administrativos, pues constituyen actividad bilateral de los órganos que ejercen función administrativa, y se excluyen además, de este concepto jurídico, aquellas declaraciones de voluntad que preceden o surgen con posterioridad al dictado de un Acto Administrativo y que directamente no producen efecto jurídico hacia lo externo.

Esta nueva Ley consagra que los Actos Administrativos, para ser considerados válidos, deberán ser dictados por un órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido y respetando los fines previstos en el ordenamiento jurídico para su dictado. Asimismo, la exigencia de la motivación se encuentra presente en la regulación propuesta para “todos aquellos Actos Administrativos que se pronuncien sobre derechos, tengan un contenido discrecional o generen gasto público”.

Un principio básico en la materia, vinculada a la eficacia administrativa, como lo constituye la presunción de validez, figura recogida, expresamente, con carácter general para todo el ordenamiento jurídico, en el artículo 10 de la Ley que dispone que “todo Acto Administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional”. (Freund Mena 2016)

Otras características que recoge la Ley de Procedimiento Administrativo en relación a la validez del Acto Administrativo se consagran en su artículo 11, tratando aquí los efectos de los Actos Administrativos. “Artículo 11. Efectos de los Actos Administrativos. Los Actos Administrativos válidamente dictados serán ejecutivos y ejecutorios cuando se cumplan sus condiciones de eficacia”. (Freund Mena 2016)

La ejecutividad del Acto Administrativo, como ha precisado Comadira, es una consecuencia inescindible de la presunción de legitimidad y consiste en que va perfeccionando el acto “produce ya, de por sí, todos los efectos propios y ha de cumplirse necesariamente, sin que pueda diferir su cumplimiento”.

Por su parte, la ejecutoriedad del Acto Administrativo consiste en “la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”.

Ambos caracteres del Acto Administrativo, como la ejecutividad y la ejecutoriedad se encuentran sujetos, en los casos en que proceda su aplicación al cumplimiento de los requisitos de eficacia. En relación al cumplimiento de los requisitos de eficacia, la Ley de Procedimiento Administrativo distingue los actos favorables y desfavorables a las personas, a los fines de determinar el momento a partir del cual el Acto Administrativo goza de eficacia:

“Artículo 12. Eficacia de los Actos Administrativos. Los Actos Administrativos que otorguen beneficios a las personas se entienden eficaces a partir de la fecha de su emisión. La eficacia de los actos que afecten desfavorablemente a terceros requerirá la notificación a los interesados del texto íntegro de la resolución y la indicación de las vías y plazos para recurrirla. La Administración deberá acreditar el intento diligente de notificación en el lugar indicado por el interesado antes de dar por cumplido este trámite.” (Freund Mena 2016)

La Ley establece que la eficacia del Acto Administrativo podrá lograrse a través de la publicación, en lugar de la notificación, “cuando el acto tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o en los actos de procedimientos de concurrencia competitiva”, e igualmente cuando “lo exijan las normas o el interés público lo aconseje y no se perjudique la intimidad u otros derechos de las personas”.

Un aspecto de suma importancia para el control de la actuación administrativa en materia de Actos Administrativos lo constituye el establecimiento de un régimen preciso en materia de invalidez. En esta materia, siguiendo la tradición de las leyes de procedimiento administrativo de América latina, que a su vez se inspiran en la ley española, esta nueva Ley clasifica la nulidad de los Actos Administrativos en nulos de pleno derecho y anulables, lo que se corresponde con la nulidad absoluta y nulidad relativa propia del Derecho civil.

Nulidades de los Actos Administrativos

Los Actos Administrativos que incurrirán en nulidad de pleno derecho son aquellos que:

“Subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los dictados por órganos manifiestamente incompetentes o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello, los carentes de motivación, los de contenido imposible, los constitutivos de infracción penal y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes”.

Por su parte, serán solo anulables aquellos actos que incurran “en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, vulnerando normas o principios o dictándose en desviación de poder”.

Cuando se trate de actos favorables, a los órganos que ejercen la función administrativa les está vedado la posibilidad de revocar ellos mismos este tipo de actos, por lo que se

les sujeta a que previamente se les declare lesivos al interés público y proceder luego al apoderamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Existe diferencia en la normativa propuesta respecto del plazo para que los órganos administrativos puedan promover la revisión del Acto Administrativo nulo de pleno derecho o anulable. En el primer caso puede iniciarse “en cualquier momento, siempre y cuando no se haya producido prescripción de acciones, o si por cualquier circunstancia su activación contraría la equidad, la buena fe o la confianza legítima”. Por su parte, cuando se trata de actos anulables “el proceso de lesividad debe iniciarse antes de transcurrido un año desde el dictado del acto”.

Finalmente, en cuanto a la revocación de actos desfavorables a las personas, los órganos que ejercen función administrativa “Podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria a la igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”. Igualmente se permite al órgano administrativo la rectificación de errores materiales, pero en ambos casos de revocación se exige la motivación. (Derecho 2012)

Ahora bien, la finalidad de los Actos Administrativos es la de resolver acerca de cuestiones (ya sean de particulares, organizacionales o de la propia Administración Pública) que tienen que ser **juzgadas por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa**. Por lo tanto, el Acto Administrativo, en contraposición con los actos privados, deberá ir ligado a su capacidad ejecutoria del estado. Obedeciendo así al principio de juridicidad administrativa establecido en el artículo 138 de la Constitución Dominicana “*La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado*” (Constitución de la República Dominicana 2015), delimitando la actuación de la Administración a la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, aun cuando la misma ostente la prerrogativa de regular y fiscalizar dicho ordenamiento, la Administración tiene la obligación de constreñirse a la norma. La imposición al sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y que el mismo sea pleno, es decir, completo y sin excepciones establecido en la Constitución señala que ningún Acto Administrativo puede adoptarse al margen del derecho.

El Acto Administrativo es “una categoría jurídica central, en la formación y desarrollo hasta nuestros días del Derecho Administrativo no anglosajón”. “Prácticamente todos los temas de derecho administrativo giran necesariamente alrededor de la teoría del Acto Administrativo”. “Es una especie de columna vertebral, un imprescindible nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia”.

Los Actos Administrativos repercuten de forma directa en los derechos, intereses y libertades de los administrados. Por este motivo y al ser la forma en que la administración materializa su labor de gestión y la incidencia de ésta, es necesario

delimitar el Acto Administrativo para que pueda ser enjuiciado y controlado de forma más sencilla por los tribunales de lo contencioso.

De modo que todo Acto Administrativo debe tener como base el ordenamiento jurídico y solo en la medida en que pueda sustentarse en un precepto jurídico o partiendo de este pueda derivarse de él, puede tenerse tal acto como válido. Por cuanto, para comprobar la veracidad de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, por el contrario, es preciso determinar si existe algún precepto jurídico que lo admita como Acto Administrativo para estar seguros de su validez.

El principio de vinculación positiva viene a revalidar la doctrina que instaure que la Administración no tiene voluntad propia, sino que su destino está condicionado al cumplimiento de la Ley. Por su parte, el francés Jean Rivero definió este principio como “Dentro de todas las democracias modernas, esta admitido que la administración está ligada por las normas jurídicas. Este es uno de los principios fundamentales del liberalismo político” (Rivero 2000)

Bibliografía

- Constitución de la República Dominicana*. 2015.
- Derecho, XI Foro Iberoamericano de. *Visión actual del Acto Administrativo*. República Dominicana, 2012.
- Freund Mena, Sigmund. *Ley No. 107-13 comentada y anotada*. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2016.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Pamplona: Editorial Aranzandi, S. A., 2015.
- Rivero, Jean. *Droit Administratif*. 18va edición. Paris: Editora Dalloz, 2000.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel, 2004.
- Trayter Jiménez, Joan Manuel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Barcelona: Editora Atelier, 2013.

La responsabilidad de acusación constitucional: análisis comparado latinoamericano

Marie I. Vieira203

Introducción

El presente artículo tiene como objeto de estudio analizar algunos de los juicios políticos de relevancia que han sido llevados a cabo en las últimas dos décadas en América Latina. Este proceso de aspecto constitucional trata en su generalidad de un procedimiento de naturaleza judicial que realiza el Congreso Nacional y en donde se tiene la facultad de sancionar algunos de los funcionarios cuando estos hayan actuado en perjuicio hacia los intereses estatales mediante conductas contrarias a la Constitución.

Dicho esto, este artículo se centrará en dos grandes puntos: el primero de ellos acogerá aspectos teóricos mientras que el segundo se basará en lo práctico, especializándose en la casuística. En este sentido, la primera parte —**el juicio político como mecanismo constitucional y político (Capítulo I)**— abarcará tanto la perspectiva histórica de la acusación constitucional (Sección A) como la responsabilidad de acusación en el juicio político en el derecho comparado (Sección B). Mientras que en la segunda parte se acaparará **el juicio político en Latinoamérica** como tal (**Capítulo II**) englobando algunos juicios políticos de cargos presidenciales relevantes para la historia del derecho en Latinoamérica (Sección A), al igual que algunos juicios políticos de otros cargos (Sección B).

CAPÍTULO I:

El juicio político como mecanismo constitucional y político

Recientemente, los juicios políticos o la responsabilidad de acusación constitucional han sido temas de discusión y estudio tanto por doctrinarios como juristas debido a las flamantes acusaciones constitucionales acontecidas ambas, en estos dos últimos años, en Estados Unidos. Este procedimiento de aspecto excepcional, también llamado «impeachment» por su origen anglosajón, se caracteriza por ser un proceso judicial llevado a cabo esencialmente por el Parlamento o Congreso de cada país. Su objetivo es resguardar la efectividad de responsabilidad de los más altos cargos públicos, lo cual se encuentra delimitado previamente en la Constitución.

Es preciso resaltar que usualmente se confunde juicio político o «impeachment» con el proceso en sede judicial en contra de los jefes de Estado de cada nación. Sin embargo, el primero trata mucho más de las inhabilitaciones futuras de cargos similares y de destituciones inmediatas de presidentes y vicepresidentes, debido a que engloba

1 La autora, quien es de nacionalidad dominicana, es estudiante de tercer año de Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de Santiago. Correo electrónico: marie.vieira881@gmail.com.

también los ministros, magistrados de los tribunales superiores de justicia, generales o almirantes de las Fuerzas Armadas, y otros, según lo dispuesto en cada Estado.

El secretario técnico de Comisiones Ordinarias del Congreso de la República del Perú, Giovanni Forno Flórez, define juicio político en su escrito *Juicio Político y Debido Proceso en Latinoamérica* de una manera muy precisa al mencionar que este es:

El juzgamiento ético-administrativo al que son sometidos determinados funcionarios públicos, independientemente de otros procesos que correspondan, como lo son los de carácter penal. Tiene como objeto, el determinar la existencia de responsabilidades políticas, de tal manera que los funcionarios cuestionados sean absueltos o sancionados, según sea el caso. Las sanciones son, obviamente, de carácter político²⁰⁴.

Esta definición satisface todos los aspectos esenciales y de manera generalizada de lo que realmente trata el *impeachment*. En contraposición a esto, el excongresista de la República del Perú por el Frente de Centro, Víctor Andrés García Belaúnde, denomina la noción de juicio político en su escrito *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?* como «una institución de plena e irreductible competencia parlamentaria, sin la intromisión de otros poderes del Estado»²⁰⁵. Contrario a lo transcrito, debe precisarse que esta definición es vaga, ya que dichos poderes sí se entrelazan haciendo de este un mecanismo de frenos y contrapesos. O sea, es ambigua la denominación del Lic. Víctor Andrés del juicio político como mecanismo distante a los demás poderes del Estado debido a que no es solo labor del poder legislativo llevar a cabo un uso efectivo del *impeachment*, sino también del poder judicial e incluso del ejecutivo como será posteriormente analizado.

Ahora bien, ¿cómo es el juicio político un mecanismo constitucional? Luis Alejandro Silva, quien es profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, explica esto de manera audaz al expresar lo siguiente:

La acusación constitucional es un mecanismo de resguardo de la supremacía constitucional porque, a través suyo, el Congreso vela por el cumplimiento de ciertos estándares constitucionales por parte de algunos importantes actores de la organización estatal. Sostener que el Congreso actúa como guardián de la supremacía constitucional significa, en este trabajo, afirmar dos cosas. En primer lugar, que la acusación constitucional es un mecanismo de naturaleza eminentemente política. Esto es lo que desarrollaremos en la presente sección. En segundo lugar, que, a través de la acusación constitucional, el Congreso

²⁰⁴ FORNO, G. (2013). *Juicio político y debido proceso en América Latina*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, pp. 132-1.

²⁰⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Víctor A. (2004). *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?* *Revista Jurídica del Perú*, pp. 79-88. Obtenido de García Belaunde.

actúa como un intérprete definitivo de la Constitución, que es lo que se aborda en la siguiente sección²⁰⁶.

Es decir, el juicio político es en su generalidad un mecanismo constitucional porque gracias a este, el Poder Legislativo (en algunos casos excepcionales, también el Poder Judicial) tiene la facultad de resguardar que los funcionarios no lesionen los estándares constitucionales. Por lo que entonces no solo se demarca el aspecto constitucional de este, sino también el semblante político de dicho proceso excepcional materializado por el Congreso. En resumen, esta primera gran idea tiene como finalidad predominante realizar un estudio sistemático respecto al juicio o acusación política como mecanismo constitucional abordando dos ideas centrales. Por un lado y como análisis anticipado del mismo se realizará un estudio acerca la **perspectiva histórica de la acusación constitucional (A)**; y, por otra parte, de manera generalizada se abordará **la responsabilidad y mecanismos de la acusación en el juicio político en el derecho comparado latinoamericano (B)**.

A. Perspectiva histórica de la acusación constitucional

El concepto «impeachment» se desmonta morfológicamente del prefijo «im-» que indica privación, la raíz «peach» originario del latín *pedibus* traducido como pies y del sufijo «ment» que sugiere la idea de carencia de movimiento. Es decir, la palabra «impeachment», que se traduce al español como juicio político, acusación constitucional o proceso de destitución, se refiere a un impedimento legal que pudiera resultar con la destitución de un cargo público alto.

En este sentido, cabe destacar que el procedimiento aquí aludido no es un proceso de materia constitucional reciente, sino que se originó en Inglaterra en el siglo XIV como parte institucional del «common law»²⁰⁷. O sea, este se deriva de la «tradicional organización del sistema de justicia británico»²⁰⁸, donde cada jurisdicción poseía su propio jurado que penaba las conductas que infringen algún bien jurídico. A partir de esto fue que la Cámara de los Comunes, propiamente llamada *House of Commons* en Reino Unido o Cámara Baja del Congreso en Latinoamérica, ha sido considerada como la institución acusadora del reino.

²⁰⁶ SILVA IRARRAZAVAL, Luis A. *Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional. Ius et Praxis* [En línea]. Vol.23, n.2. Chile: Scielo, 2007. [Recuperado el 12 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200213&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200213>.

²⁰⁷ «Common Law *se refiere* a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho Civil (o tradición romano-germánica), donde la principal fuente de Derecho es la Ley [...] está formado por un conjunto de normas no escritas (*unwritten*) y no promulgadas o sancionadas (*unenacted*). Se fundamenta, por tanto, en el Derecho de carácter eminentemente jurisprudencial». VER: <https://traduccionjuridica.es/que-es-el-common-law/>

²⁰⁸ GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. *Acusación Constitucional, Juicio Político y Antejjuicio tratamiento teórico y tratamiento jurisprudencial*. [En línea]. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. [Recuperado el 10 de marzo, 2021]. Disponible en : http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39771/ct9_acusacion_constitucional%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Asimismo, la Cámara alta del Parlamento del Reino Unido, conocida como la Cámara de los Lores del inglés *House of Lords*, adoptó las atribuciones de examinar y decidir sobre las acusaciones hechas por la Cámara Baja contra los altos funcionarios y los súbditos²⁰⁹. Una acotación relevante de la perspectiva histórica de la acusación constitucional es que la Cámara Alta de Reino Unido o *House of Lords* estaba compuesta tanto por el *Magnum Concilium* que poseía atribuciones únicamente jurisdiccionales, en conjunto con otra institución parte de la Cámara de los Lores, la *Curia Regis*, traducido como el Tribunal del Rey.

No obstante, durante el reinado de Eduardo I de Inglaterra (noviembre de 1272 - julio de 1307), ambas instituciones se combinaron en lo que en la actualidad se denomina Cámara de los Lores²¹⁰. Por otro lado, el juicio político también se origina de manera parcial de los primeros ensayos constitucionales del Derecho Indiano, sin embargo, la esencia fundamental de dicho procedimiento fue conformada por la costumbre tradicional británica. De igual manera, la experiencia estadounidense y su reforma constitucional de 1874 sirvieron como base para la conformación de este proceso judicial y político²¹¹. Asimismo, fueron especialmente relevantes las sentencias *Marbury vs. Madison* de 1803²¹² y *Cooper vs. Aaron*, de 1958²¹³.

En otro orden de ideas, aunque aún se conservan aspectos del *impeachment* británico primitivo, tales como su finalidad y los tipos de sanciones luego de ser hallado culpable, otras nociones como los sujetos de sanciones, por ejemplo, varían dependiendo lo amparado en la constitución de cada nación. El primero aquí planteado, la finalidad del *impeachment*, en la actualidad es: «la protección del Estado»²¹⁴, «[...] la severa moralización administrativa»²¹⁵ y «[...] la verificación de la ausencia de una conducta calificable como “virtuosa”»²¹⁶. En consecuencia, se trata de la misma finalidad con que fue originado este juicio excepcional: «la [...] nueva limitación a la autoridad del Rey y, [...] la paulatina consolidación del Parlamento como organismo de control de la Corona y garante de las libertades ciudadanas»²¹⁷.

Con respecto a los tipos de penas que conllevaba el juicio político, dada la coyuntura de la época en que se originó, eran la destitución, inhabilitación temporal o permanente para cargos del Estado (al igual que en la actualidad). De igual forma, se imponían multas, confiscación de bienes, prisión y exilio, algunos de los aspectos que han sido

²⁰⁹ Hauriou, André'. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Sexta edición (1966). Barcelona: Ariel, 1980, p. 277.

²¹⁰ GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. Ob. cit., p.6.

²¹¹ SILVA IRARRAZAVAL, Luis A. Ob. cit.

²¹² Estados Unidos. Suprema Corte de Justicia [En línea]. Sentencia *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 del 24 de febrero, 1803 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

²¹³ Estados Unidos. Suprema Corte de Justicia [En línea]. Sentencia *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) del 29 de septiembre, 1958 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

²¹⁴ GALLO, Vicente. *Juicio Político. Estudio histórico y de Derecho Constitucional*. [En línea]. Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e hijos, 1897, pp. 8-9. [Recuperado el 13 de marzo de 2021]. ISBN BDI1897AAA000. Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1206>.

²¹⁵ *Ibidem.*, p. 76.

²¹⁶ Citado por GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. Ob. cit. de BEINER, Ronald. *El juicio político 1983*. [En línea]. Traducción de Juan José Ultrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 28.

²¹⁷ GALLO, Vicente. Ob. cit.

reformados en la actualidad en ciertos países²¹⁸. Por otro lado, los sujetos de sanciones de este juicio político podían ser:

[...] cualquier súbdito inglés. No obstante haber sido utilizado para sancionar la conducta de ministros y altos funcionarios estatales, también se recurrió al “impeachment” para reprimir las acciones de ciudadanos cualesquiera como sacerdotes, obispos, médicos o comerciantes. Huelga señalar que también podía plantearse esta acusación contra miembros de la barra de los Comunes y de la Cámara de los Lores²¹⁹.

En todo caso, en la actualidad este varía según lo articulado en la ley de leyes de cada país y que será parcialmente abordado en lo sucesivo.

B. La responsabilidad de acusación en el juicio político en el derecho comparado

Cabe destacar que el impeachment funciona como un mecanismo del sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) debido a que propone relaciones entre los tres poderes del Estado para mantener un equilibrio mutuo. Como fue anteriormente aludido de manera implícita, el Poder Legislativo es generalmente el poder político que promueve y falla una acusación constitucional, sin embargo, este lo lleva a cabo como poder del Estado y no como una corte de justicia como tal. Dicho esto, es notable cómo las reformas constitucionales al pasar los años comprueban lo precedentemente referido: «lo que nació como un procedimiento judicial terminó siendo un resguardo político del Congreso frente a los poderes Ejecutivo y Judicial»²²⁰.

De igual manera, es relevante destacar la repercusión de la responsabilidad penal dentro del juicio político, ya que suele confundirse este último con un proceso en el que el Poder Legislativo se inviste como un tribunal ordinario y hace efectiva la responsabilidad penal e incluso civil, como profesan otros, de los funcionarios. Sin embargo, este se trata únicamente de un «proceso de naturaleza administrativa, no jurisdiccional»²²¹, en la que se busca encontrar culpable o no a los funcionarios que se sospecha de haber incurrido en una conducta inapropiada, tanto al orden constitucional, particularmente en lo que respecta a los escenarios democráticos y políticos.

Dicho esto, si un funcionario comete una falta penal el juicio político no se encarga de condenar penalmente al empleado público, sino más bien busca eliminar esa inmunidad que invisten mientras ejercen su cargo. Luego de haber suprimido dicha protección hacia los funcionarios, al haberse fallado culpable en el juicio político, los tribunales ordinarios hacen pues efectiva la responsabilidad penal. En síntesis, este proceso de

²¹⁸ GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. Ob. cit., p.9.

²¹⁹ Ibídem, p.10.

²²⁰ Ibídem.

²²¹ HIDALGO, Enrique. *Juicio Político*. En: Diputados Argentina [consulta: 15 de julio 2021 10:25 EST]. Disponible en: https://www.hcdn.gov.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/1/juicio_politico.html

carácter administrativo es precisamente un mecanismo para retener la responsabilidad política y reprochar las conductas contrarias a la Constitución, despojándolo de la solemnidad como funcionario.

En este sentido y percibiendo el rol tanto de la Cámara Alta (senadores) como de la Cámara Baja (diputados) con respecto al *impeachment*, se realizará un estudio comparado latinoamericano de la responsabilidad de acusación en el juicio político articulado en sus respectivas constituciones. Esto, empleando como ejemplificación las normativas constitucionales de países como: Argentina, Bolivia, Paraguay y República Dominicana.

El primero de los países mencionados, la República Argentina, es uno de los tantos Estados que en su Constitución ampara la atribución del Senado de acusar y juzgar en el juicio político. Así, en su quincuagésimo noveno artículo se expresa que:

Artículo 59.- Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes²²².

Este se introdujo en la constitución en 1994 y establece las sanciones que se entrelazan con los tipos de actos inconstitucionales originarios anglosajones al igual que muchos otros países latinoamericanos al responsabilizar al funcionario del acto ilícito y penado por la Constitución. Así se consagra en el sexagésimo artículo de la misma constitución:

Artículo 60.- Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor; de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios²²³.

Por otro lado, Bolivia sirve como ejemplo para evidenciar explícitamente lo anteriormente explicado, la divergencia de los sujetos de sanciones del juicio político del siglo XIV anglosajón. Esto al expresar en su artículo constitucional 184 que una de las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Congreso Boliviano)²²⁴ es tomar conocimiento de las acusaciones constitucionales en contra de los ministros de la Corte Suprema, magistrados del Tribunal Constitucional, consejeros de la judicatura y el fiscal general de la República conforme a esta Constitución y la ley.

²²² República Argentina. Constitución de la Nación Argentina. *Boletín Oficial*, 23 de agosto de 1994 Vigente, de alcance general Id SAIJ: LNS0002665.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ SANCHEZ GAYOSSO, Ramiro Daniel y ESCAMILLA CADENA, Alberto. *La interrupción del mandato presidencial en América Latina (1992-2016)*. *Polis*. [En línea]. 2017, vol.13, n.1 [Recuperado el 27 de marzo del 2021], pp.47-84. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187023332017000100047&lng=es&nrm=iso. ISSN 2594-0686.

Asimismo, y de manera excepcional, según lo amparado en la Constitución argentina se acusan también a los ministros de la Corte Suprema, a los magistrados del Tribunal Constitucional, a los consejeros de la judicatura y al fiscal general de la República, requiriendo para esto el voto de dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de diputados por los delitos cometidos en el ejercicio de su mandato²²⁵. Por otro lado, la constitución paraguaya podría considerarse como una de las normativas latinoamericanas que acoge y explica al juicio político de manera más precisa debido a que sus artículos 193 hasta el 225 aluden tanto de manera explícita como implícita el mencionado juicio, siendo los artículos 193, 194 y 225 los que tajantemente demuestran lo aquí estudiado. En el primer articulado referido se cobija lo relacionado con la *citación e interpelación*, donde se explica la facultad del Congreso de «citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados».

Asimismo, son acusados en este procedimiento todo aquel que de alguna u otra manera administre fondos del pueblo, como también a aquellas empresas que están fuertemente vinculadas a participar dentro del Estado²²⁶. El siguiente, titulado *Del voto de censura*, expresa como si el acusado no «concurriera a la Cámara respectiva, o ella considerara insatisfactorias sus declaraciones», tanto la Cámara baja como la Cámara alta por voto absoluto del quórum podrán acuñar un voto de censura²²⁷ contrario al acusado, y a la vez hacer una recomendación sobre una posible y necesaria (si fuese el caso) destitución del cargo presidencial u otro superior jerárquico. Por último, el artículo 225 denominado *del procedimiento* al igual que las otras normativas latinoamericanas analizadas establece los funcionarios que están sujetos al juicio político tanto por mal desempeño de funciones estatales como por las lesiones de bienes jurídicos cometidos durante el ejercicio de sus cargos o delitos comunes. Entre estos están:

El presidente de la República, el vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el fiscal general del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral²²⁸.

²²⁵ Bolivia. Bolivia: *Constitución Política del Estado. Ley No. 2650 de 13 de abril de 2004*. 1a. Ed. La Paz: U.P.S., 2005.

²²⁶ **Artículo 193 - DE LA CITACIÓN Y DE LA INTERPELACIÓN** Cada Cámara. por mayoría absoluta, podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, a los de entidades que administren fondos del Estado y a los de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivas actividades. Las preguntas deben comunicarse al citado con una antelación mínima de cinco días. Salvo justa causa, será obligatorio para los citados concurrir a los requerimientos, responder a las preguntas y brindar toda la información que les fuese solicitada. La ley determinará la participación de la mayoría y de la minoría en la formulación de las preguntas. No se podrá citar, interpelar al presidente de la República, al vicepresidente ni a los miembros del Poder Judicial, en materia jurisdiccional. República de Paraguay. *Constitución de la República de Paraguay, 1992*. Gaceta oficial, 20 de junio de 1992, p.52.

²²⁷ *Ibidem*

²²⁸ *Ibidem*, p.61

De igual forma, establece en ella que la inculpación deberá ser formulada por diputados (voto del quórum) y los senadores (voto del quórum) ²²⁹. Con respecto a la responsabilidad de acusación constitucional en la República Dominicana, de manera explícita se acoge como parte de las atribuciones del Senado (artículo 80) y la Cámara de Diputados (artículo 83) y no como un apartado particular. Al igual que Chile en su artículo 49²³⁰ al formar parte de manera implícita en las atribuciones de la Cámara. En la normativa dominicana, al igual que la mayoría de las normativas latinoamericanas, se expresa que la responsabilidad de acusación constitucional hacia los funcionarios elegidos por el sufragio recae en la Cámara de Diputados y el voto de las dos terceras partes de la matrícula. Cabe notar que cuando la acusación es contra el presidente o el vicepresidente se requerirá el voto absoluto de las tres cuartas partes, quedando el funcionario suspendido hasta comprobar su inocencia²³¹.

En todo caso, hay países latinoamericanos como Ecuador, Colombia, Bolivia y Costa Rica, donde las instituciones que intervienen en este procedimiento varían. Por ejemplo, en Ecuador le corresponde al 15% de la ciudadanía en el registro electoral, la Corte Constitucional y la Asamblea Nacional. En Colombia no es solo el Congreso, sino también el fiscal general de la Nación. Al igual que en Costa Rica que también se le vincula estas atribuciones a la Corte Suprema de Justicia²³². Esto es debido a que se distinguen tres modelos constitucionales de juicio político: i) el esquema legislativo donde la Cámara Baja es quien acusa y la Cámara Alta tiene la investidura de juez, como en República Dominicana, ii) el esquema judicial, donde el Congreso es quien autoriza la acusación pero el Poder Judicial es quien juzga, como en Costa Rica, aludido precedentemente y, iii) el sistema mixto, en donde los crímenes comunes son juzgados por la Corte Suprema y los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por el Congreso²³³.

Por otra parte, un aspecto de gran relevancia en el estudio de acusación constitucional es que, en Latinoamérica, tanto México como Nicaragua no tienen amparados mecanismos constitucionales para la acusación y destitución del cargo presidencial como tal en su constitución. De igual forma, es importante resaltar que, aunque la acusación constitucional se basa esencialmente en acusar y extraer la investidura de funcionario (si se le culpabiliza), por mal desempeño de su cargo o crímenes cometidos, este varía tanto las causas, instituciones que intervienen en el procedimiento y la votación requerida para inculpar según el país en que se trate.

Con esto dicho y luego de haber analizado **el juicio político como mecanismo constitucional y político (Capítulo I)**, utilizando algunas de las normativas latinoamericanas, de manera transitoria se analizará **el juicio político como tal en algunos países de Latinoamérica (Capítulo II)**, resaltando casos esenciales de este.

²²⁹ *Ibídem*.

²³⁰ República de Chile. *Constitución política de Chile*, 1980. Gaceta oficial, 21 de octubre de 1980, p. 34.

²³¹ República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. *Gaceta Oficial*, 10 de julio de 2015, núm.10805.

²³² SANCHEZ GAYOSSO, Ramiro Daniel y ESCAMILLA CADENA, Alberto. Ob.cit.

²³³ *Ibídem*.

Capítulo II:

El juicio político en Latinoamérica

En la primera gran idea de este trabajo de investigación se estuvo analizando el mecanismo de acusación constitucional, desde un estudio comparado latinoamericano. A partir del contenido abordado es posible determinar las similitudes y divergencias de este con respecto al órgano encargado de efectuar la acusación y de juzgar si ha de oficializarse dicha inculpación. En otro orden de ideas, este segundo gran aspecto a tratar corresponde a los abordajes mismos de algunos juicios políticos en Latinoamérica. Sucede que esto es un aspecto cautivador de desplegar debido a que, en el periodo de 1992 a 2016, 15 presidentes latinoamericanos han sido removidos de su cargo tanto por el juicio político como por renuncia propia tan pronto han sido acusados²³⁴.

Sin embargo, los presidentes y vicepresidentes no son los únicos sujetos que puedan ser protagonistas de la acusación constitucional, sino también otros funcionarios públicos, lo cual varía según la normativa de cada país. En consecuencia, en un primer apartado se abordará algunos de los **juicios políticos presidenciales (A)**; como también algunos sobre **otros cargos políticos (B)**, ambos desde una perspectiva latinoamericana.

A. Abordaje de algunos juicios políticos de cargos presidenciales en Latinoamérica

Entre los juicios políticos de cargos presidenciales latinoamericanos fundamentales para el análisis de este tema están: el caso de Venezuela en 1993 protagonizado por el expresidente Carlos Andrés Pérez, Ecuador en 1997 por Abdalá Bucaram, Honduras con Manuel Zelaya en 2009, Paraguay con Fernando Lugo en 2012, Brasil con Dilma Rousseff en 2016²³⁵, y en Perú tanto el caso del expresidente Alberto Fujimori en 2000 como el de Alejandro Toledo Manrique en 2007²³⁶. Sin embargo, en este apartado se estudiará de manera generalizada los últimos tres precedentemente aludidos; el caso brasileño del 2016 con Dilma Rousseff y los peruanos de 2000 con Fujimori y 2007 con Alejandro Manrique, debido a la gran influencia y continua repercusión de estos con respecto al estudio del juicio político.

El primer caso trata de uno de los juicios políticos más polémicos en el escenario latinoamericano, que tomó lugar en Brasil en 2016 protagonizando la expresidenta, Dilma Rousseff. Se le separó en principio del cargo temporalmente debido a que se

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Destituciones y juicios políticos en América Latina. En: *Internacional* [en línea]. sputniknews.com, [consulta: 29 marzo 2021; 09:25 EST]. Disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/20171221/ppk-destitucion-corrupcion-1074946921.html>

²³⁶ LOZANO PERALTA, Raúl Yván. *Límites y contenido de la acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político en el ordenamiento jurídico peruano* [en línea]. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2019. Recuperado el 27 de marzo del 2021. Disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/10817/Lozano_pr.pdf?sequence=1&isAllowe

encontró culpable de manipular las cuentas públicas, emitiendo decretos presidenciales para solicitar préstamos estatales que causaron un gran aumento de los gastos de la nación. Denominándose estos tipos de delitos como una infracción de responsabilidad fiscal. Así fue como para el segundo día de diciembre del 2015 la Cámara baja del congreso aprobó la acusación constitucional, suspendiéndola el 12 de mayo de 2016 de manera temporal y ya para el 1 de septiembre fue hallada culpable de dicho delito. Esto ocasionó que fuese expulsada de manera definitiva. Sin embargo, a diferencia de otros presidentes como fue Collor de Mello en 1992, Rouseff no fue inhabilitada para ocupar algún otro cargo²³⁷.

Por otra parte, Perú es uno de los principales países latinoamericanos que ha sufrido una gran inestabilidad política durante las últimas décadas. Por lo que es conveniente resaltar dos casos en específico que han sido de gran relevancia para el estudio constitucional. Entre ellos el caso del expresidente Alejandro Toledo Manrique quien fue sometido a un juicio político dos veces. Donde la respuesta del primero de ellos fue un recurso de agravio constitucional emitido en la sentencia del 25 de julio de 2007, núm. 2440-2007-PHC/T, en la que se pronunció lo siguiente²³⁸:

[...] la duración de la prerrogativa del antejuicio político, aún, cinco años después de haber dejado el cargo. Para el Tribunal, Alejandro Toledo detenta el derecho de no ser procesado en sede penal por el órgano jurisdiccional, sin haber sido sometido previamente a un procedimiento político jurisdiccional debidamente regulado ante el Congreso de la República, quien determinará la verosimilitud de los hechos materia de acusación, así como la subsunción de estos en los tipos penales establecidos legalmente²³⁹.

En otros términos, este tribunal de manera explícita alude a que para un posible sometimiento a la justicia era necesario que a Manrique se le haya acusado constitucionalmente. En el segundo proceso se le acusó por «presunto desbalance patrimonial», concluyendo esta acusación constitucional con la sentencia del 4 de noviembre de 2015 núm. 04968-2014-HC/TC, donde se «emitió un nuevo precedente en referencia al debido proceso en sede parlamentaria»²⁴⁰.

En otro orden de ideas, el caso en el año 2000 del expresidente Alberto Fujimori es uno de los casos de gran relevancia en la historia peruana registrados de vacancia presidencial por «incapacidad moral» contemplado en el artículo 113 de la constitución. A este tipo de insuficiencia se le conoce por algunos juristas como un

²³⁷ SANCHEZ GAYOSSO, Ramiro Daniel y ESCAMILLA CADENA, Alberto. Ob.cit.

²³⁸ LANDA, C. *Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República*. Perú: Derecho PUCP, 2014, p. 467.

²³⁹ Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 2440-2007-PHC/TC de 25 de julio de 2007 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02440-2007-HC.html>

²⁴⁰ Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 2440-2007-PHC/TC de 25 de julio, 2007 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02440-2007-HC.html>

«terreno puramente especulativo»²⁴¹. Esto debido a que no está bien definido en la constitución. Dicho esto, en la actualidad Fujimori está cumpliendo una condena de 25 años de prisión debido a crímenes de lesa humanidad y delitos de corrupción. En el 2000, luego de haber especulado vacancia presidencial por incapacidad moral, Fujimori abandona el país hacia Japón donde renuncia al cargo presidencial por un fax, aprobándolo el Congreso mediante la Resolución Legislativa núm. 009-2000-CR, de 21 de noviembre de 2000.

Por tal motivo, en el 2001 el Congreso mediante otra resolución núm. 018-2000-CR «inhabilita Fujimori para ejercer funciones públicas por un periodo de diez años»²⁴². Sin embargo, luego de evadir la justicia por seis años, este fue detenido en Chile, extraditado y condenado por delitos de asesinatos, secuestro, lesiones graves, apropiación de fondos estatales y «falsedad ideológica en agravio del Estado»²⁴³. Así fue como se le adhirió a este mismo caso la sentencia del 18 de febrero de 2005, núm. 3760-2004-AA/TC. En otro orden de ideas, es conveniente destacar que la acusación política aborda de la misma manera otros cargos distintos a los aquí establecidos.

B. Abordaje de algunos juicios políticos de otros cargos en Latinoamérica

Son muchos los casos de acusación constitucional de otros puestos políticos que no sean la presidencia y vicepresidencia en Latinoamérica. Entre ellos están el de las excongresistas Luz Salgado y Carmen Lozada, el de los exmagistrados del Tribunal Constitucional (Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca y Delia Revoredo Marsano), el del exmagistrado Jorge Miguel Alarcón Menéndez y de los 65 congresistas. Todos ellos ocasionados en Perú pues, como anteriormente fue aludido, en las últimas décadas este país ubicado al oeste de América del Sur ha tenido que sufrir una fuerte inestabilidad política. Por tal motivo y lastimosamente, la República del Perú es uno de los países prototipo para ejemplificar la esencia del juicio político.

De manera generalizada a lo anteriormente mencionado, la excongresista Salgado, en conjunto a 16 otros exparlamentarios, fue acusada constitucionalmente y suspendida por «haber recibido ilícitamente bienes del Estado para apoyar el régimen de Alberto Fujimori»²⁴⁴. Así fue como mediante la Resolución Legislativa núm. 003-2001-CR, de fecha 16 de agosto de 2001, «se impuso la sanción de inhabilitación política, por cinco años, para ambas señoras (Luz Salgado y Carmen Lozada) en ese tiempo congresistas de la República, por la causal de infracción de la Constitución»²⁴⁵. Consecuente a esto

²⁴¹ ALONSO, Iván. ¿Qué es la incapacidad jurídica? En: *Miranda de fondo, El Comercio* [en línea]. Elcomercio.pe [consulta: 29 marzo 2021; 10:10EST]. Disponible en: <https://elcomercio.pe/opinion/miranda-de-fondo/incapacidad-moral-ivan-alonso-noticia-483304-noticia/?ref=ecr>

²⁴² LOZANO PERALTA, Raúl Yván, Ob. cit., pp. 113-115.

²⁴³ Destituciones y juicios políticos en América Latina. Ob. cit.

²⁴⁴ ANDINA. Exlegisladora fujimorista Carmen Lozada presentará mañana autodefensa en juicio por “congresista tráfugas” En: *Andina, agencia peruana de noticias* [en línea]. andina.pe [consulta: 29 marzo 2021; 10:10 EST]. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-ex-legisladora-fujimorista-carmen-lozada-presentara-manana-autodefensa-juicio-congresistas-transfugas-176651.aspx>

²⁴⁵ LOZANO PERALTA, Raúl Yván, Ob. cit., p.115.

ellas interpusieron una demanda de amparo comprendida en la Sentencia núm.3593-2006²⁴⁶, del Tribunal Constitucional. Asimismo, el caso del exmagistrado César Humberto Tineo Cabrera quien a la culminación del gobierno del expresidente Fujimori se le llevó a cabo un proceso de antejuicio debido a que se le culpabiliza de colaboración con el régimen de dicho exmandatario²⁴⁷. No obstante, Tineo interpuso una acción de Habeas Corpus, abordado en la Sentencia del 10 de junio de 2002 núm. 1230-2002-HC/TC²⁴⁸.

Conclusión:

De todo lo anteriormente expuesto se podría interpretar cuán importante es el mecanismo constitucional del juicio político, puesto que funciona de tal forma que mantiene un equilibrio entre los poderes del Estado; pues esta herramienta evita que ningún órgano sea mayor, ni posea más potestad que otro. Por lo que, en definitiva, aunque existe una mínima divergencia en lo articulado en las normativas de algunos países latinoamericanos, la esencia misma de la acusación constitucional se mantiene constante: determinar la responsabilidad constitucional de algunos funcionarios, y a la vez servir como freno y contrapeso de los poderes estatales.

En el estudio realizado en el desarrollo de la primera gran idea de este trabajo de investigación se pudo llegar a la siguiente conclusión: la responsabilidad de acusación constitucional es generalmente constante y se le atribuye de manera esencial al Poder Legislativo. Sin embargo, hay algunos que otros países latinoamericanos que se apoyan del Poder Judicial u otros mecanismos alternativos. Por otro lado, la segunda gran idea a la que se pudo llegar es que: los juicios políticos se abordan tanto a cargos presidenciales y vicepresidenciales como a otros cargos que varían según la constitución de cada país.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN:

- Bolivia. Bolivia: *Constitución Política del Estado. Ley No. 2650 de 13 de abril de 2004*. 1a. Ed. La Paz: U.P.S., 2005
- República Argentina. Constitución de la Nación Argentina. *Boletín Oficial*, 23 de agosto de 1994 Vigente, de alcance general Id SAIJ: LNS0002665.
- República de Chile. *Constitución política de Chile*, 1980. Gaceta oficial, 21 de octubre de 1980, p. 34.
- República de Paraguay. *Constitución de la República de Paraguay*, 1992. Gaceta oficial, 20 de junio de 1992, p.52.
- República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. *Gaceta Oficial*, 10 de julio de 2015, núm.10805.

DOCTRINA:

- FORNO, G. (2013). *Juicio político y debido proceso en América Latina*. Cuadernos Manuel Giménez Abad, pp. 132-1.
- GARCÍA BELAUNDE, Víctor A. (2004). *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?* *Revista Jurídica del Perú*, pp. 79-88.
- LANDA, C. *Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República*. Perú: Derecho PUCP, 2014, p. 467.

DOCTRINA FORMATO ELECTRÓNICO:

²⁴⁶ Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 3593-2006-AA/TC de 4 de diciembre, 2006 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03593-2006-AA.html>

²⁴⁷ LOZANO PERALTA, Raúl Yván, Ob. cit., pp.116-117.

²⁴⁸ Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 1230-2002-HC/TC de 20 de junio, 2002 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>

- ALONSO, Iván. ¿Qué es la incapacidad jurídica? En: *Miranda de fondo, El Comercio* [En línea]. Elcomercio.pe [consulta: 29 marzo 2021; 10:10 EST]. Disponible en: <https://elcomercio.pe/opinion/miranda-de-fondo/incapacidad-moral-ivan-alonso-noticia-483304-noticia/?ref=ecr>
- ANDINA. Exlegisladora fujimorista Carmen Lozada presentará mañana autodefensa en juicio por “congresista tráfugas”. En: *Andina, agencia peruana de noticias* [En línea]. andina.pe [consulta: 29 marzo 2021; 10:10 EST]. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-ex-legisladora-fujimorista-carmen-lozada-presentara-manana-autodefensa-juicio-congresistas-transfugas-176651.aspx>
- Destituciones y juicios políticos en América Latina. En: *Internacional* [En línea]. sputniknews.com, [consulta: 29 marzo 2021; 09:25 EST]. Disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/20171221/ppk-destitucion-corrupcion-1074946921.html>
- GALLO, Vicente. *Juicio Político. Estudio histórico y de Derecho Constitucional*. [En línea]. Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e hijos, 1897, pp. 8-9. [Recuperado el 13 de marzo de 2021]. ISBN BDI1897AAA000. Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1206>.
- HIDALGO, Enrique. *Juicio Político*. En: Diputados Argentina [consulta: 15 de julio 2021 10:25 EST]. Disponible en: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/1/juicio_politico.html
- LOZANO PERALTA, Raúl Yván. *Límites y contenido de la acusación constitucional, el antejuicio y el juicio político en el ordenamiento jurídico peruano* [En línea]. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2019. Recuperado el 27 de marzo del 2021. Disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/10817/Lozano_pr.pdf?sequence=1&isAllowe
- SANCHEZ GAYOSSO, Ramiro Daniel y ESCAMILLA CADENA, Alberto. *La interrupción del mandato presidencial en América Latina (1992-2016)*. *Polis*. [En línea]. 2017, vol.13, n.1 [Recuperado el 27 de marzo del 2021], pp.47-84. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187023332017000100047&lng=es&nrm=iso. ISSN 2594-0686.
- SILVA IRARRAZAVAL, Luis A. *Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional. Ius et Praxis* [En línea]. Vol.23, n.2. Chile: Scielo, 2007. [Recuperado el 12 de marzo de 2021]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000200213&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

JURISPRUDENCIA:

- Colombia. Corte Constitucional [En línea]. Sentencia SU431/15 de 9 de julio, 2015 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU431-15.htm>
- Estados Unidos. Suprema Corte de Justicia [En línea]. Sentencia Cooper v. Aarón, 358 U.S. 1 (1958) del 29 de septiembre, 1958 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>
- Estados Unidos. Suprema Corte de Justicia [En línea]. Sentencia Marbury v. Madison 5 U.S 137 del 24 de febrero, 1803 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>
- Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 1230-2002-HC/TC de 20 de junio, 2002 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>
- Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 2440-2007-PHC/TC de 25 de julio, 2007 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02440-2007-HC.html>
- Perú. Tribunal Constitucional [En línea]. Sentencia EXP. N.º 3593-2006-AA/TC de 4 de diciembre, 2006 [consulta: 29 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03593-2006-AA.html>

Consideraciones sobre la equidad en la contienda

Denny E. Díaz Mordán^[1] y Juan Ulloa^[2]

En la actualidad para hablar propiamente de democracia es necesario que los Estados garanticen la organización de elecciones periódicas, libres, justas y con sufragio universal. Así lo establece la Carta Democrática Interamericana en su artículo 3 cuando hace referencia a los elementos esenciales de la democracia representativa. A su vez, la celebración de elecciones “justas” solo puede concretarse cuando se garantiza el cumplimiento de determinados principios, entre los que se encuentran aquellos establecidos en el artículo 7 de la Ley 15-19, tales como la legalidad, la transparencia y la equidad.

En cuanto a este último principio, la propia Constitución establece en el párrafo IV del artículo 212 que los procesos electorales deben realizarse con sujeción a los principios de libertad y equidad en el desarrollo de las campañas, así como transparencia en la utilización del financiamiento, dándole facultad a la administración electoral para reglamentar los tiempos y límites en los gastos de campaña y el acceso equitativo a los medios de comunicación por parte de candidaturas y organizaciones políticas. En el presente escrito se desarrollarán algunas consideraciones sobre el mencionado principio de “equidad en la contienda electoral”.

Conforme lo ha decidido la jurisdicción electoral dominicana, el principio de equidad en la contienda es “un mandato de optimización que tiende al establecimiento de parámetros y mecanismos que generen, favorezcan o propicien estándares mínimos de oportunidades en el desarrollo de la competencia política o electoral, permitiendo una competencia sin ventajas injustas entre los actores del proceso” (TSE-681-2020).

De acuerdo con la doctrina autorizada en la materia, este principio puede ser visto desde dos vertientes: por una parte, implica la configuración de un marco jurídico electoral que sea imparcial, sin producir ningún tipo de privilegios a favor de algún actor y, por otra parte, supone la existencia de autoridades de la función electoral –sea administrativa o jurisdiccional– que interpreten, establezcan y propicien procedimientos para la aplicación de los principios legales y constitucionales (González Oropeza, 2017, 378). Esto último tiene su importancia debido a que, en ocasiones, la aplicación textual de la norma electoral puede tener consecuencias negativas para el desarrollo de elecciones justas.

De ahí que el Tribunal Superior Electoral, apoyándose en la jurisprudencia comparada del Tribunal Supremo de Costa Rica ha establecido que, conforme al principio de *pro participación*, es importante interpretar las normas de índole electoral por encima de consideraciones literalitas, de modo que la misma esté ceñida a esclarecer las dudas interpretativas: **(i)** sin aislar a la norma en su contexto normativo; y **(ii)** prefiriendo aquella lectura que mejor garantice el fin a que se dirige la norma (TSE-027-2019). Esto es lo que ha motivado a la Junta Central Electoral a tomar ciertas decisiones en ocasión

de la distribución de los recursos públicos a las organizaciones políticas. Sobre estas decisiones se realizarán algunas observaciones en lo adelante.

¿Cómo garantizar la equidad en la contienda?

A. Financiamiento público

En los últimos años los países de América Latina han modificado sistemáticamente sus sistemas electorales con el objetivo de garantizar la equidad en la contienda, y entre las referidas reformas se puede mencionar el establecimiento del financiamiento público. En la actualidad, una abrumadora mayoría de países del mundo contempla que el Estado financie a las organizaciones políticas, ya sea para la campaña electoral y/o la realización de actividades ordinarias fuera de los tiempos de proselitismo. No se puede negar que el uso de recursos económicos es un elemento indispensable para la competencia político-electoral, sin embargo, si este no está bien regulado puede crear distorsiones importantes en el proceso democrático (Zovatto 2019, 801).

El financiamiento público tiene varios objetivos, entre ellos neutralizar las ventajas que las riquezas y el acceso a recursos desiguales puede producir en la competencia electoral. No obstante, contemplar financiamiento público por sí solo no garantiza equidad en la contienda, esto debe estar acompañado de otros elementos.

En primer lugar, de nada vale instituir financiamiento público si prevalecen los recursos privados. Diversos informes de observación electoral elaborados por la Organización de Estados Americanos (OEA) han llamado la atención a países como Colombia, señalando que el financiamiento primariamente con recursos privados genera inequidad en la competencia entre los partidos grandes con más recursos y los partidos nuevos, pequeños y con menor seguridad financiera (Informe preliminar MOE Colombia 2022, 6). La lógica es simple, cuando solo se contempla financiamiento privado o este prevalece por encima del público, las organizaciones políticas y candidaturas con mayor capacidad de competir serán aquellas que los donantes entiendan tengan más posibilidad de ganar las elecciones. Es decir, el poder político se convierte en un espejo del poder económico –con todos sus intereses–.

En el caso dominicano, desde el año 1997 se cuenta con el financiamiento público como un derecho a favor de las organizaciones políticas para la realización de sus actividades –ordinarias y proselitistas–. Ahora bien, un análisis realizado por la Fundación Internacional de Sistemas Electorales (IFES) sobre el *Financiamiento de Partidos Políticos, Mecanismos de Fiscalización de Gastos y Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales para una Mejor Administración de los Procesos Electorales en República Dominicana*, da cuenta de que durante la campaña presidencial de 2020, las organizaciones políticas con mayor caudal de votos reportaron informes de ingresos y gastos donde las aportaciones privadas representaban el 75.2% y 88.8% del total de recursos utilizados, mientras que otras organizaciones con menor votación no reportaron donaciones hechas a sus campañas, lo cual genera como resultado tener pocos partidos con fuerte presencia política y alto presupuesto económico –sobre todo

privado- acompañado de una estela de partidos minoritarios sin expectativas de contender efectivamente por el poder (Díaz Santana 2021, 60).

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta un diseño que distribuya los recursos públicos de manera adecuada. Los modelos de distribución son diversos y los países juegan con sus combinaciones. Un sistema de distribución equivocado puede tener serias repercusiones sobre el sistema de partidos y la equidad en la contienda electoral. Por ejemplo, hay países que toman como punto de partida la representación legislativa, de manera que, si un partido representa el 40% de las curules en el poder legislativo, se le asignaría el 40% de los recursos. Este modelo acompañado de un sistema electoral desacertado generaría cierta injusticia. Recordemos que en el año 2002 el Partido Revolucionario Dominicano (PRD) obtuvo el 42% de los votos válidos para la elección del Senado, sin embargo, eso le valió para el 90% de los escaños, mientras que, en el 2010, la misma organización política logró el 41.8% de la votación valiéndole para el 0% de los escaños. En definitiva, en el caso de haber aplicado el mencionado modelo de distribución, no se estaría cumpliendo el principio de equidad en la contienda, a pesar de otorgar recursos públicos a las organizaciones.

A nuestro entender, un modelo de distribución de recursos correcto y justo es aquel que, por una parte, trate de manera igualitaria, sin tomar en cuenta la representación parlamentaria o fuerza electoral, a las organizaciones políticas y que, por otra, considere la fuerza electoral de cada organización. Es decir, que se distribuya un porcentaje del financiamiento de manera equitativa entre todas las organizaciones políticas y otro porcentaje de manera proporcional a la fuerza electoral, de acuerdo con los resultados obtenidos individualmente por cada instituto político en todos los niveles de la última elección. De esta manera se puede incentivar la pluralidad política sin menoscabar la estabilidad del sistema de partidos.

Volviendo sobre las interpretaciones “*que mejor garanticen el fin a que se dirige la norma*”, en República Dominicana la administración electoral ha tenido que enfrentar serias dificultades al momento de aplicar la normativa relativa al financiamiento público. Resulta que las disposiciones de la Ley 33-18 si bien están destinadas a 3 tipos de organizaciones políticas, dígame: **(i)** los partidos; **(ii)** las agrupaciones y; **(iii)** los movimientos políticos, no menos cierto es que el diseño de distribución de fondos públicos configurado por el legislador solo contempla la posibilidad de que estos sean destinados a los partidos políticos. La norma así dispuesta trata de manera desigual a las distintas organizaciones políticas, creando un privilegio a cargo de los partidos en detrimento de las agrupaciones y movimientos políticos. Estas últimas organizaciones también requieren de recursos económicos para desplegar sus actividades ordinarias y realizar proselitismo político según su alcance electoral.

Es por lo anterior que el órgano de gestión electoral, al momento de emitir la actuación mediante la cual se distribuyen los recursos públicos, incluyó a las organizaciones políticas de alcance local, categorizándolas conforme su participación electoral, debido a que asimilarlas bajo la misma lógica que los partidos políticos comportaría un

privilegio injustificado a su favor, desnaturalizando el principio de equidad en la contienda.

B. Temporalidad del proselitismo

Otra de las grandes reformas al sistema electoral para llevar a cabo procesos electorales bajo esquemas de “cancha pareja” tiene que ver con el establecimiento de límites a los tiempos para realizar actos de precampaña y campaña electoral. Con esto se quiere evitar que largos períodos de proselitismo político ahoguen a quienes no dispongan de grandes recursos para promover sus proyectos políticos. Mientras más tiempo se disponga para realizar actividades orientadas hacia la obtención del voto, más recursos se requerirá para posicionarse debidamente ante el electorado.

Lo anterior debe estar acompañado del establecimiento de topes de gastos para el proselitismo tanto en precampaña como en campaña. De nada sirve acortar los tiempos para llevar a cabo estos actos, si las organizaciones políticas y quienes se postulan para puestos de elección popular pueden gastar a su antojo. No todos los competidores reciben financiamiento público en iguales cantidades ni tienen la misma capacidad para recaudar fondos privados; por lo tanto, con los topes de gastos se impide que las anteriores diferencias afecten de manera excesiva las posibilidades reales de competencia electoral. La normativa electoral dominicana estableció en 2018 por vez primera este tipo de regulaciones, empero, olvidó instituir sanciones en caso de incumplimiento, y, además, topes muy elevados como los que consagra la ley actualmente terminan tornando ineficiente la norma.

Para ejemplificar lo señalado basta dar un vistazo al tope de gastos para la candidatura presidencial en el año 2020, el cual se situó en RD\$922,416,670 millones de pesos (RD\$122.50 pesos por cada elector en un padrón electoral compuesto por 7,529,932 millones de electores). En cambio, el monto para el financiamiento público aprobado a favor de las organizaciones políticas categorizadas dentro del reglón con mayores recursos se ubicó en RD\$602,780,718 millones de pesos. Todo lo anterior quiere decir que incluso los llamados partidos “mayoritarios” recibieron de manera individual un monto inferior al tope de gastos establecido en la ley. Una vez gastados todos esos recursos públicos –de los cuales solamente un 40% pueden ser utilizados para apoyar candidaturas– evidentemente que se recurrirá al financiamiento privado.

C. Prevenir el uso indebido de los fondos públicos

Uno de los mayores retos a los cuales se enfrentan las democracias latinoamericanas está relacionado con garantizar la imparcialidad de los gobiernos municipales y nacionales durante el proceso electoral. El principio de igualdad en la contienda es violentado cuando los órganos públicos interfieren a favor o en contra de una organización política o candidatura, lo cual puede producirse de diferentes formas.

A menudo se puede observar cómo funcionarios públicos electos que buscan su reelección (presidencia de la República, alcaldes y directores/as de distritos

municipales) utilizan sus rostros para promover la realización de obras y para difundir los que estiman son logros durante su gestión. Se trata de una promoción personal que coloca en una posición de desventaja a sus competidores, pues utiliza recursos públicos del gobierno central o el cabildo para promoción de su imagen, los cuales no serán contabilizados en los topes de gastos de precampaña y campaña.

En ese sentido, los países que han regulado estas cuestiones han eliminado la posibilidad de colocar nombres, imágenes y voces que impliquen promoción personalizada de los servidores públicos, sobre todo en el marco de precampañas y campañas. También, garantizar que la propaganda gubernamental tenga un carácter únicamente informativo, educativo y de orientación social (Ojesto Martínez 2016, 13). Al realizar una ponderación entre el deber de informar que tiene la autoridad pública y la obligación de realizar procesos electorales conforme al principio de equidad en la contienda, se concluye que resulta proporcional y constitucionalmente legítimo establecer las limitaciones anteriormente descritas.

Estamos conscientes de que las medidas mencionadas no son las únicas a tomar en cuenta para la celebración de procesos electorales donde la competencia electoral se produzca con niveles mínimos de igualdad. El sistema electoral es amplio y complejo, así que se pudieran citar múltiples elementos a tomar en consideración. Lo importante es que con estas ideas se pueda hacer conciencia de la importancia de que la elección de las autoridades debe realizarse bajo reglas que permitan un juego competitivo. Son estas reglas y la percepción de que hay una competencia justa por el poder político lo que finalmente otorgará la debida legitimación al sistema político. Todos los actores involucrados en el proceso deben tomar nota de ello, en especial quienes tienen a su cargo la función electoral, que en República Dominicana son la Junta Central Electoral y el Tribunal Superior Electoral.

[1] Licenciado en Derecho, mención *Cum Laude*, por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), 2007; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de los Derechos Fundamentales, por la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM), 2016; Magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), 2018. Es profesor titular en grado de las asignaturas Derecho Procesal Constitucional y Derecho Electoral en la Universidad Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). En posgrado imparte Derecho Procesal Electoral en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Ha desempeñado las posiciones de Abogado Ayudante y director de Asuntos Contenciosos Electorales en el Tribunal Superior Electoral (TSE), institución a la cual ingresó en marzo de 2012. Actualmente es el Consultor Jurídico de la Junta Central Electoral (JCE), institución a la que ingresó en diciembre de 2020, acumulando más de 10 años de experiencia en justicia y administración electoral.

[2] Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursó maestría en Derecho Electoral y Procesal Electoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), profesor de Derecho Electoral y colaborador en la Escuela de Formación Electoral y del Estado Civil de la Junta Central Electoral (JCE). Tiene experiencia laboral en el Tribunal Superior Electoral (TSE) de República Dominicana y actualmente en la Junta Central Electoral (JCE) del mismo país. Certificado en observación electoral a través del Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE) de la Secretaría de Asuntos Hemisféricos (SAH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ha participado en varias misiones de observación electoral en América Latina.

“La huida del derecho administrativo”: breve análisis de la Sentencia TC/0185/22 sobre el Banco de Reservas

Víctor A. León Morel^[1]

“La Administración es un establo de desengañados y aprovechados” Alejandro Nieto

La teoría de la **huida del derecho administrativo** busca establecer que cada día más en la evolución del derecho administrativo, este va adoptando y usando instituciones del derecho privado para la participación en la actividad económica, escapando los controles del derecho administrativo.

I. Breve resumen del conflicto previo y argumentos relevantes

El Banco de Reservas de la República Dominicana fue creado mediante la Ley No. 586, de fecha 24 de octubre de 1941. Posteriormente, fue aprobada la Ley Orgánica 6133 de 1962, que establece en su artículo 2 lo siguiente:

ART. 2.- El Banco de Reservas de la República Dominicana es una entidad autónoma del Estado, con patrimonio propio, investido de personalidad jurídica, con facultad para contratar y demandar en su propio nombre y derecho.

La última modificación a su capital social fue realizada en el presente año 2022, con la Ley 1-22, que dispuso la modificación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Banco de Reservas de la República Dominicana No.6133, del 17 de diciembre de 1962, modificado por la Ley No. 543-14, del 5 de diciembre de 2014:

El capital social del Banco de Reservas de la República Dominicana, Banco de Servicios Múltiples, asciende a la suma de treinta y nueve mil millones de pesos dominicanos con 00/100 (RD\$39,000,000,000.00) totalmente suscrito por el Estado Dominicano.

En el caso objeto de análisis, el Consejo Nacional contra la Corrupción (CONACCO) solicitó al Banco de Reservas los documentos respecto al proceso de licitación para el cambio de imagen, los cuales fueron negados, alegando que se tratan de informaciones relativas al secreto comercial, conforme el artículo 17 de la Ley 200-04.

El Banco de Reservas, al oponerse a la solicitud previamente descrita, basó uno de sus argumentos para no entregar la información solicitada en el artículo 221 de la Constitución, que dispone que la actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo trato legal, por lo que no debe recibir un trato distinto al de otra entidad de intermediación financiera.

El Tribunal valoró dicho argumento indicando que es la misma Ley 6133 que da la forma jurídica de entidad autónoma del Estado y que en ese tenor debe comportarse

conforme a las características que nuestro ordenamiento jurídico precisa para este tipo de entidades del Estado.

II. Análisis y consecuencias jurídicas del fallo estudiado

Aunque entendemos que el Tribunal pudo haber hecho un análisis más exhaustivo respecto a la ausencia de discriminación, el fondo de la decisión es correcto, pues en nuestra opinión, aunque se tratan de sujetos similares, se justifica el trato diferenciado al tratarse de un Banco con capital del Estado Dominicano.

De modo que no existen dudas que en vista de que todo su capital pertenece al Estado Dominicano, debe encontrarse regulada de cierta forma por el derecho administrativo. Y si su capital es propiedad del Estado Dominicano, evidentemente que la Ley 200-04 le es aplicable conforme al literal d) del artículo 1 de dicha norma como afirma correctamente el Tribunal Constitucional en la sentencia **TC/0185/22[2]**, con las excepciones aplicables. De manera similar ha decidido favorablemente con otras entidades de naturaleza mixta, como la **TC/0291/14**, respecto a una solicitud de Libre Acceso a la Información Pública a la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo.

Ahora bien, lo interesante es determinar si el Banco de Reservas es una entidad autónoma del Estado como afirma la Ley 6133 y el TC, en el numeral 11.15, o si es una empresa pública del Estado conforme el 11.30 de la misma sentencia:

*11.15. Todas las entidades de intermediación financiera -públicas y privadas están sujetas a la regulación y supervisión de la Autoridad Monetaria y Financiera. Ahora bien, BANRESERVAS al tratarse de una **entidad autónoma del Estado** está sometida, además, al régimen de control y supervisión aplicable a las entidades públicas, que se inspira en los principios que rigen la Administración pública, que de acuerdo al artículo 138 de la Constitución son los de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado (artículo 138 CD).*

*11.30. En el presente caso a diferencia del decidido por este tribunal mediante la Sentencia TC/0129/21, del veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021), y al igual que el juzgado por la Sentencia TC/0438/20, del veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020), la información solicitada no se refiere a informaciones de clientes ni a ningún aspecto de producción o plan estratégico que no pueda ser facilitado por la **empresa pública** BANRESERVAS en virtud de los principios constitucionales que rigen la actuación administración así como de los controles constitucionales y legales que establece nuestro ordenamiento jurídico a los poderes del Estado en manos de los ciudadanos, entro los cuales destaca la Ley núm. 200-04.*

Lo cierto es que las entidades autónomas del Estado y las empresas públicas no son sinónimos, sino muy distintas, debido a que las primeras se encuentran de manera habitual sujetas a las normas del derecho administrativo, mientras que las últimas se rigen por las normas civiles, laborales o mercantiles^[3].

El problema, como afirmó **RODRÍGUEZ HUERTAS** recientemente, es la ausencia de una normativa de organización administrativa del Estado como acontece en el caso de España, Venezuela, Colombia y Argentina, por citar algunos casos, en los que se prevén las diferentes formas a las cuales puede acudir el Estado para el cumplimiento de sus cometidos, entre ellas, las Empresas del Estado y las sociedades comerciales^[4].

Igualmente, aunque los miembros del Consejo de directores y el Administrador General, son funcionarios públicos designados por el presidente de la República, según la Ley 6133, el Banco de Reservas no tiene funciones administrativas, conforme la definición del artículo 2 de la Ley 247-12, Orgánica de la Administración Pública, sino que opera como una entidad de derecho privado, ofreciendo servicios financieros a particulares, empresas y al mismo Estado. La actividad de intermediación financiera, el negocio bancario, no es un servicio público.

De la lectura del artículo 4 de la Ley 6133, el Banco de Reservas se presenta como una sociedad comercial de capital público, en la cual el Estado tiene acciones, y con fines lucrativos, regulada por la Ley Monetaria y Financiera 183-02, como las demás entidades de intermediación financiera, por lo que se evidencia que su naturaleza jurídica se encuentra más afín con una empresa pública, que con una entidad autónoma del Estado.

Esta ***huida del derecho administrativo o huida al derecho privado*** representa serias dificultades, pues cuando la administración utiliza sociedades mercantiles, se libera de sus procedimientos y de sus reglas de actuación, que garantizan la publicidad, concurrencia e igualdad de los ciudadanos ante los beneficios y cargas públicas. El ciudadano deja de ser titular de derechos frente a la Administración, para pasar a ser un simple particular, sujeto al Derecho privado, aunque la actuación este financiada con fondos públicos^[5].

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] Sentencia TC/0185/22, Tribunal Constitucional Dominicano, 21 de julio de 2022, disponible en línea en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/29742/tc-0185-22-tc-05-2021-0042.pdf>

[3] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo General y Económico", 4ta edición, 2022, p. 191.

[4] RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo, "Sobre La Constitución de Empresas Públicas-el caso ETED Y EGEHID, 9 de marzo 2022, disponible en línea en: <https://olivorodriguez.blogspot.com/2022/03/sobre-constitucion-de-empresas-publicas.html>

[5] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "La renuncia de la administración Pública al Derecho Administrativo", 1995, p. 201.

La ratificación administrativa: una invención

Nikauris Báez Ramírez^[1]

En el pasado reciente escribí algunas precisiones sobre los actos administrativos y los reglamentos, analizando su naturaleza jurídica y las diferencias en el procedimiento para la emisión o dictado de uno y otro. Tal análisis se elaboró bajo el título: “El debido procedimiento administrativo en el dictado de normas: implicaciones del vicio de origen”^[2]. En él preceptuábamos, además, que el procedimiento administrativo debe permear un conjunto de garantías de cara al resguardo del derecho fundamental a la buena administración de la ciudadanía dominicana. Ello en tanto el ejercicio de la potestad administrativa y de la facultad reglamentaria^[3] por parte de la administración debe desplegarse en apego irrestricto al debido procedimiento.

En el antedicho estudio se precisó que con ligera frecuencia se tergiversa la naturaleza jurídica de los actos y reglamentos administrativos dictados en el ejercicio de las precitadas facultades de la administración. Lo dicho trasciende el aspecto formal de la característica de los instrumentos jurídicos que emite, pudiendo desnaturalizar la esencia de estos. También se abordó, como aspecto sustantivo del análisis, la importancia de seguir el debido procedimiento administrativo en el dictado de reglamentos y, en ausencia de tal, las consecuencias lesivas para el Estado de derecho por el vicio de origen del que adolece el cuerpo normativo de orden administrativo.

Sin ánimos de ampliar o repetir el análisis desarrollado respecto a los anteriores puntos, considero importante -para una debida edificación de lo que a continuación pretendo explicar- (para cuya ampliación al artículo aquí citado remito) que se repare, concretamente, en dos aspectos: primero, el reglamento administrativo: es emitido en virtud de la facultad reglamentaria, tiene carácter normativo e innovativo, integrándose al ordenamiento jurídico. Se predica su abstracción en tanto no surte efectos para particulares individualizados en ese instrumento jurídico y las normas son generales; y, segundo, el acto administrativo: se emite en razón de la potestad administrativa. No se integra al ordenamiento jurídico con carácter normativo, sino que sus efectos se agotan en la medida en la que el acto despliega sus efectos o cumple el objeto por el que fue dictado.

La relevancia de distinguir los actos administrativos de los reglamentos y, con ello, la naturaleza jurídica de uno y otro -a los efectos del presente análisis- radica en identificar su permanencia y/o el agotamiento de sus efectos según el cumplimiento del objeto por el que fue emitido. En el ámbito electoral respecto de los reglamentos o actos dictados en el curso del proceso electoral, me alberga una duda: cómo determinar la vigencia -o no- de un determinado instrumento jurídico que haya dictado la administración electoral.

Esta duda se funda en: la falta de precisión de los alcances o efectos de los actos administrativos y los reglamentos; una denominación errónea de los actos administrativos y reglamentos; y, tercero: la emisión de los mismos actos

administrativos, con idénticas disposiciones, en diferentes periodos electorales, sin que se predique de tales la estabilidad (si tienen efectos generales) o, en cualquier caso, que sean emitidos como reglamentos y perduren en el ordenamiento jurídico sin que la imprevisibilidad afecte la seguridad jurídica, de tener tales carácter normativo y abstracto.

La actividad administrativa electoral, esencialmente en los periodos electorales, sugiere que las disposiciones electorales -indistintamente de la naturaleza y alcance de la diligencia administrativa desplegada- son de carácter “temporal”. Esto encuentra asidero legal en el artículo 19 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, que instituye la validez temporal de las disposiciones electorales, dando por sentado que las disposiciones de carácter electoral que dicte la Junta Central Electoral, atendiendo a sus facultades reglamentarias, se entenderá que tendrán validez para cada proceso en que sean dictadas las mismas de conformidad con la Constitución y las leyes.

La sola denominación actual del artículo constituye un error irreconciliable con la naturaleza jurídica del ejercicio de la facultad reglamentaria de la Junta Central Electoral, en tanto se denomina “validez de las disposiciones electorales”, lo cual engloba todas las disposiciones que dicte el órgano constitucional autónomo, incluyendo aquellas que se produzcan en el ejercicio de su facultad reglamentaria conferida por la Constitución, aludiendo a una supuesta temporalidad de estos. Ello, por sí solo, es incompatible con el carácter de perdurabilidad en el tiempo y la integración inmediata en el ordenamiento jurídico del Reglamento, el cual solo podrá ser derogado por una norma de igual jerarquía -esto es, otro reglamento- o de mayor jerarquía (por ejemplo, una ley).

De manera que no se puede entender que las normas electorales dictadas en el ejercicio de la facultad reglamentaria tienen carácter temporal, ni siquiera se puede predicar -de entrada- respecto a todos los actos administrativos electorales: esto lo determinará su objeto en concreto que será definido según sea el caso. En cualquier escenario, la temporalidad debe limitarse a los actos nacidos de la facultad administrativa y no de la potestad reglamentaria. No obstante, el alcance abstracto de la disposición, la determinación de su perdurabilidad o singularidad deberá apreciarse inconcreto y la temporalidad de su efecto dependerá del cumplimiento del objeto del acto respectivo.

Sin embargo, dada la validez temporal de las disposiciones electorales establecida por el legislador orgánico dominicano (que, como se ha dicho, es un contrasentido lógico) la administración electoral ha realizado lo que constituye, en mis términos, una invención: “la ratificación administrativa”. En 2020 el árbitro electoral emitió una *“Resolución sobre Ratificación de las resoluciones dictadas por la Junta Central Electoral para los procesos electorales del año dos mil veinte (2020)”*, en la que el órgano ratifica el contenido de distintas resoluciones que había dictado, con el objeto de que rigieran no solo para las elecciones municipales, sino que también -dada la materia- surtiera efectos para las elecciones legislativas y presidenciales siguientes, celebradas en el mismo año.

El contenido de las resoluciones ratificadas atendía a distintos aspectos de la jornada electoral, la estructura de la lista y el método de asignación de escaños. Más concretamente, se referían, entre otras cuestiones, a las listas cerradas y desbloqueadas y el uso de la fórmula *D'hondt*[4]. Vale decir que la regulación de esta cuestión se encuentra en una norma de rango legal: la Ley 157-13 que instituye el voto preferencial. La resolución ratificada a través de otra resolución constituía, sin más, un acto administrativo.

El acto administrativo fue emitido en el ejercicio de la potestad administrativa: tenía carácter general; constituía un acto reglado que gozaba de presunción de estabilidad. En razón de estas características, sus efectos jurídicos podían agotarse conforme dispusiera el órgano: pudiendo su objeto estar vinculado con dos procesos electorarios. La perdurabilidad de tales está sujeta al cumplimiento de su objeto y no a una "temporalidad legal" que enmarque o encapsule sus efectos a periodos, sin considerar el legislador el objeto, carácter y naturaleza del acto respectivo.

La confusión se hace extensiva también a la evaluación de la perdurabilidad en el tiempo de los reglamentos administrativos electorales. De los reglamentos se presupone, por su naturaleza normativa e innovativa (en virtud de tales se integra en el ordenamiento jurídico y es perdurable en el tiempo) su carácter abstracto y general. Sin embargo, con relativa frecuencia los reglamentos que se dictan poseen una regulación -en cierto modo- general y abstracta, sin embargo, a la par regulan situaciones específicas: consignando eventos electorales precisos; cómo se celebraría en función de tal reglamento; y, las fechas, considerando el calendario electoral, en que serán celebrados.

Lo anterior implica que no se tenga precisión de cuándo un reglamento es perdurable o no en el tiempo: conduce a que se genere incertidumbre al analizar la normativa electoral que pudiera estar vigente sin que exista, cuanto menos, certeza de qué supuestos de hecho se encuentran o no normados por la vía administrativa. La disposición contenida en el artículo 19 de la Ley 15-19, orgánica de Régimen Electoral, está erróneamente confeccionada. A través de tal no se comprende el alcance de los actos y de los reglamentos y que, en cualquier caso, su vigencia se extiende hasta el agotamiento de su objeto (cuando se trata de actos administrativos) o hasta que sea derogado por un reglamento o una norma superior (cuando se trata de reglamentos).

De la reglamentación -necesaria por demás para la previsibilidad jurídica- pueden nacer actos administrativos que concreten, con efectos generales o particulares, las disposiciones reglamentarias: es decir, que apliquen a supuestos de hechos específicos y concretos una norma reglamentaria abstracta. En ellos se puede indicar su alcance, la fecha o periodo hasta el que se extiende su objeto e individualizar los destinatarios del acto. Ejercitadas en ese modo las atribuciones administrativas, es una suerte de garantía para los actores del sistema político-electoral: la ciudadanía, organizaciones políticas, militancia partidista y órganos electorales, fortaleciendo la certeza electoral.

En conclusión, el derecho fundamental a la buena administración es menoscabado cuando los administrados y las administradas no tienen certeza de las normas que están llamadas a regir la contienda electoral y exista incertidumbre de qué se encuentra vigente o no o, más aún: si la administración se decantará por criterios “nuevos” para regir situaciones análogas que se encontraban “zanjadas”. La previsión en este campo tiene una doble finalidad: política y jurídica. La actuación administrativa debe siempre enlazarse con la juridicidad y contribuir con la seguridad jurídica, para fortalecer su propia legitimidad institucional. Para ello, afortunadamente, ha contribuido la Junta Central Electoral, proponiendo la modificación del artículo 19 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, de lo que deberá dar cuenta el obligado rediseño de la práctica administrativa.

[1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD); Maestranda en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral, correo electrónico: nikaurisbaez10@gmail.com

[2] Consúltese: <https://abogadosdq.com/el-debido-procedimiento-administrativo-en-el-dictado-de-normas-implicaciones-del-vicio-de-origen/>.

[3] Es un punto controvertido en la doctrina administrativista si existe diferencia o no entre los actos administrativos y los reglamentos, en el sentido de si los reglamentos son, en puridad, actos administrativos. Para los doctrinarios que consideran que existe diferencia entre los reglamentos y los actos administrativos, existe una diferencia consecuentemente entre la potestad administrativa y la facultad reglamentaria, ambas ejercidas por la administración, solo que la primera en el dictado de actos administrativos y la segunda -como su nombre sugiere- en la elaboración de reglamentos administrativos.

[4] También a la prohibición de del uso de armas, celulares y cámaras fotográficas en los recintos y colegios electorales; el uso de tinta indeleble y la no permanencia en los recintos de votación.

La inclusión de la mujer en los órganos directivos intrapartidistas: retos para la democratización de las organizaciones políticas

Nikauris Báez Ramírez^[1]

El artículo 216 de la Constitución dominicana, instituye que la organización de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos es libre, con sujeción a los principios establecidos en ella. Su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley. La democratización de las organizaciones políticas y, consecuentemente, la sujeción de las actuaciones de su gobierno interno a principios constitucionales -en el sistema político dominicano- presenta retos. Queremos referirnos a dos (2) de ellos, relativos a la composición intraorgánica.

El artículo 24 numeral 6 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, plantea un desafío en la democratización de las organizaciones políticas. Al tenor de tal disposición legal, dentro de los deberes de las organizaciones políticas se encuentra el de crear mecanismos que garanticen la democracia interna, la igualdad y la equidad de género, estableciendo en sus estatutos internos la cuota o porcentaje de participación de la mujer en los organismos de dirección de la organización política en todo el territorio nacional y en el exterior, no pudiendo, en ningún caso, ser dicha cuota menor al porcentaje establecido por ley.

El porcentaje establecido por la ley -que no puede ser menor en los estatutos partidarios- no se trata de una mera cuota, en la actualidad rige una medida equilibrada: la proporción de género, esto es: no menos del 40% ni más del 60% de hombres y mujeres (párrafo I del artículo 53 de la Ley 33-18). A la par, los partidos, agrupaciones y movimientos políticos deben renovar periódicamente y mediante mecanismos democráticos los puestos de dirección de sus organismos internos, atendiendo a los períodos que fijen sus estatutos, sin que en ningún caso la duración de esos períodos exceda el tiempo de mandato consagrado constitucionalmente para los cargos de elección popular (artículo 28 de la Ley 33-18).

Lo anterior significa que los órganos de dirección intrapartidistas deben ser renovados periódicamente al tenor de los plazos previstos por sus Cartas sustantivas o, en su defecto -de no estar dispuestos tales plazos- la Ley prevé que deban ser renovados cada cuatro (4) años. Los órganos de dirección deben, además, estar integrados con no menos del 40% ni más del 60% de mujeres y hombres, siendo tales requisitos elementos indispensables para consolidar su democracia interna. En la actualidad, ninguna de las organizaciones políticas cumple con este mandato legislativo. Contrariamente, se ha alegado que la disposición así cifrada tiene como fin la garantía de la “participación” de la mujer, mas no así su “elección automática”.

A efectos de sustentar tal afirmación, se ha utilizado la sentencia TSE-010-2014, dictada por el Tribunal Superior Electoral (TSE), en el conocimiento de la impugnación de una actuación partidaria para la conformación de un órgano de dirección, cuando se

encontraba vigente la Ley promulgada en el año 2000, la No. 12-00, que elevó a 33% la cuota para candidaturas a cargos plurinominales (bancas de diputaciones, regidurías y juntas de vocalías). Al respecto, el TSE sostuvo que cuando se acude a un certamen electoral, ya sea de carácter nacional o a lo interno de un partido, movimiento u organización política, y se habla de cuota, esta debe ser entendida en el sentido de garantizar la participación, pero en modo alguno esto puede ser interpretado como garantía de un resultado en favor de aquel que no obtenga el voto de la mayoría, independientemente de que sea hombre o mujer.

Parecería entonces que la cuota, en la actualidad medida equilibrada consistente en una proporción de género, aplica solo para la “participación” y no para la elección de mujeres: ni tratándose de nominaciones a puestos de elección popular y, menos aún, en la integración de órganos directivos de las organizaciones políticas. Sin embargo, esa conclusión se aparta de: **(i)** los principios constitucionales de igualdad sustantiva, pluralismo y democracia a los que se debe sujetar el gobierno interno de las organizaciones políticas; **(ii)** el nuevo marco normativo del sistema electoral dominicano; y, **(iii)** los precedentes o principios normativos pretorianos que rigen casos como el de la especie. Veamos:

El precedente precitado fue revocado por la propia jurisdicción electoral en las sentencias TSE-085-2019 y TSE-091-2019, en las que se determinó que la proporción de género del 40/60, aplica en la confección de listas de candidaturas, por lo que se trata de garantizar la verdadera elección de mujeres y no solo su participación. De hecho, a través de la sentencia TSE-091-2019 se ilustra cómo opera de forma práctica la utilización de reservas y la sustitución de candidaturas masculinas -una vez intervenido el proceso de selección interna respectivo- para cumplir la proporción de género en la confección de listas, en el caso de que no se pueda cumplir con la proporción por los resultados de la contienda interna.

El Tribunal Constitucional dominicano[2] -confirmando el anterior criterio del TSE- expuso una interpretación sobre la proporción de género constitucionalmente admitida de conformidad con los principios igualitario, equitativo y progresivo, aludiendo a una integración equitativa de mujeres y hombres a los cargos de elección popular, sosteniendo que como dispone el artículo 8 de la Constitución, debe garantizársele a las mujeres las posibilidades reales de ser electas. En palabras de la jurisdicción constitucional, las medidas afirmativas no se limitan -como hemos dicho- a procurar la participación en los porcentajes electorales que especifique la norma respectiva. Más aun, en la sentencia TC/0668/18, el Tribunal Constitucional dominicano dispuso que los mecanismos o acciones para aumentar la presencia de mujeres en política trascienden la participación, deben considerarse en la elección para pasar de participación a representación, aludiendo a la importancia de que sea una mujer la que ocupe la curul que se disputaba.

Por lo que, a mi modo de ver, la disposición del artículo 24 numeral 6 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, se traduce en que: cada órgano directivo de las organizaciones políticas debe estar integrado por no menos de 40% ni

más del 60% de hombres y mujeres. Sin embargo, la Ley no prevé ninguna sanción a imponer a las organizaciones políticas en caso de incumplimiento. De los países de América Latina que han adoptado cuotas de género y/o paridad para garantizar la participación de mujeres en los órganos internos, sólo en tres (3) se establecen sanciones por incumplimiento de la normativa: Costa Rica y Uruguay establecieron la no inscripción del partido y Ecuador adoptó la suspensión temporal de la organización, que procede siempre y cuando haya una denuncia de un afiliado o afiliada frente al incumplimiento del partido y tras haber agotado las instancias internas[3].

Sin embargo, la falta de sanción expresa no significa que los actos partidarios a través de los cuales se integren los órganos de dirección partidistas escapen del control jurisdiccional. Estos pueden ser impugnados por ante la jurisdicción electoral, la que deberá exigir a las organizaciones políticas la composición interna como ordena la Ley vigente. También debe garantizarse que cuando en la dirección de las organizaciones políticas se hayan producido cambios, sustituciones o renunciaciones de algunos de sus directivos, conforme lo prevean sus respectivos estatutos, tales vacancias -si las generó una mujer- deban ser suplidas por otra mujer, asunto que aún no ha sido contemplado por la Ley 33-18.

En conclusión, a los fines de dar cumplimiento a las propias consideraciones que motivaron la adopción de la Ley 33-18 -y que forman parte vinculante de ese cuerpo normativo- como: la necesidad de crear un marco legal que garantice y afiance la democracia interna en los partidos, agrupaciones y movimientos políticos así como el fortalecimiento de los liderazgos políticos (considerando quinto); la incidencia creciente de una participación cualitativa y cuantitativa de la mujer en la sociedad, particularmente en las actividades de orden político-social y la necesidad de que la normativa jurídica del sistema político electoral dominicano reconozca y viabilice sus derechos civiles y políticos (considerando sexto); apelamos a que la calidad de la democracia a lo interno de las organizaciones políticas se fortalezca a través de su reforma política. Elementos para ello son los dos retos aquí presentados: renovación periódica e integración equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección partidistas.

[1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD); Maestranda en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral, correo electrónico: nikaurisbaez10@gmail.com

[2] Mediante sentencia TC/0104/20, relativa a la forma de interpretación de la proporción de género en las listas de candidatos a puestos de elección popular

[3] Para más información, consúltese:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6833/17.pdf>, bajo el título “La inclusión de las mujeres en los partidos: las reformas políticas necesarias para la democratización pendiente” autoría de Lorena Vázquez Correa.

Remedios contra la corrupción y el clientelismo político

Víctor A. León Morel^[1]

“La corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos” Séneca

I. Introducción

El **Papa Francisco**, afirma sabiamente que desde que el hombre es hombre existe el fenómeno de la corrupción, que obviamente es un proceso de muerte: cuando la vida muere hay corrupción^[2]. Para dimensionar esta frase solo debemos ver las cifras que representa la corrupción, ascendente a un 5% del PBI mundial, con 3.6 billones de dólares cada año^[3].

Las consecuencias nocivas en los Estados con índices altos de corrupción son diversas: generación de entornos inseguros para hacer negocios, distorsión de la competencia real y justa, debilitación del estado de derecho, así como de la confianza en las instituciones públicas y en los principios de la democracia^[4].

Aunque la corrupción ha existido desde el mismo origen de la política y las luchas de poder, es en la época moderna, especialmente en el siglo XX, donde los partidos políticos, que han jugado un papel fundamental en democratizar las sociedades pero también, han acrecentado la corrupción a fines de mantenerse en el poder. Sobre lo anterior, **GARCÍA DE ENTERRÍA** precisa que la financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales, está frecuentemente, en los orígenes del surgimiento de las prácticas corruptas, las cuales se extienden inmediatamente por sí mismas hacia posiciones individuales^[5].

Por su parte, sobre la corrupción y el clientelismo político el profesor **Alejandro Nieto** resalta muy acertadamente que la sistematicidad supone una red de complicidades en continuo funcionamiento que dotan a la corrupción de consistencia, por un lado; pero, por otro, de una mayor vulnerabilidad, en la medida que se implanta una inevitable contraprestación de favores, cuya clandestinidad pasa a depender de los silencios y chantajes de muchos y no solo de unos pocos^[6].

De lo anterior podemos resaltar que la transparencia y el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía han sido fundamentales para exigir mayores niveles de control en el gasto público, responsabilidad de quienes administran el erario, y sanciones ulteriores para quienes se aprovechan de su posición de poder para cometer actos de corrupción.

Un ejemplo importante de avances en materia de corrupción lo constituye la sentencia **TC/0259/14**, que resaltó el derecho que tiene todo ciudadano denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, lo que debe ser interpretado, en el sentido más favorable y en atención a la finalidad que la

norma persigue, que también pueden interponer querellas contra los funcionarios públicos por las faltas, crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Este precedente fue posteriormente reafirmado en la sentencia **TC/0362/19**, declarando inconstitucionales los artículos 85 y 228 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley núm. 10-15, que obligaba a los ciudadanos a acusar conjuntamente con el Ministerio Público, precisando que en lo adelante se deberá interpretarse como una prerrogativa discrecional del ciudadano de presentar sus acusaciones o querellas de forma independiente, o adherirse a la ya presentada por el Ministerio Público.

Aunque reconocemos que han existido ciertos avances, estos no se muestran suficientes para combatir un crimen tan complejo[7] dentro de la delincuencia organizada, por lo que presentamos cuatro remedios para reducir combatir la corrupción y el clientelismo político.

II. Primer mecanismo: inhabilitación de las contrataciones públicas a los financiadores de campañas electorales.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 9, dentro de las medidas preventivas frente a la corrupción, contempla que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

La Real Academia de la Lengua Española (**RAE**) define el clientelismo como la práctica política de obtención y mantenimiento del poder asegurándose fidelidades a cambio de favores y servicios.

El clientelismo político y el financiamiento privado de las campañas electorales forman parte integral de la corrupción pública, pues quienes aportan grandes sumas de dineros y recursos a los partidos políticos y a su vez a los candidatos a cargos electivos, normalmente lo hacen esperando una retribución, ya sea en favores políticos o a través de contrataciones públicas.

De modo que si la normativa de contrataciones públicas del Estado contiene un régimen de inhabilitación para contratar con el Estado a quienes hayan aportado un porcentaje significativo en una campaña política, posiblemente tuviera un efecto disuasivo en apoyar X o Y candidato con el fin de obtener ventajas económicas a través de contratos con el Estado.

En Colombia, fue aprobada en el año 2011, la **Ley 1474**, conocida como el Estatuto Anticorrupción, mediante la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la

efectividad del control de la gestión pública, la cual dispone en su artículo 2, la siguiente disposición, respecto a las inhabilitaciones para contratar con el Estado:

*Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al **dos punto cinco por ciento (2.5%)** de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.*

Esta inhabilidad temporal resulta muy interesante a fines de prevenir el clientelismo político que procuran ciertos individuos a fines de realizar aportes para obtener ventajas una vez el candidato sea electo, en forma de quid pro quo, funcionando como un círculo vicioso donde los candidatos que luego se convierten en funcionarios electos o designados se mantienen favoreciendo a sus mayores financistas, fomentando un ambiente de corrupción permanente.

III.Segundo mecanismo: inclusión de los partidos políticos como sujetos obligados

Como ya hemos indicado, la fiscalización y transparencia es clave en el control efectivo para combatir la corrupción. No son pocos los escándalos por candidatos y funcionarios electos que se han visto ligados a actividades ilícitas, no solo perjudicando la democracia, y distorsionando el costo de la campaña electoral, sino también incentivando a que otros criminales se involucren en la política y utilicen estos medios para lavar activos.

Como parte del clientelismo político, algunos criminales pretenden introducir fondos que provienen de actividades ilícitas para financiar las campañas electorales, y posteriormente recibir una serie de contratos, y/o favores políticos, lo cual les permite combinar fondos de actividades ilícitas con lícitas, lavando activos y legitimando su fortuna.

Si en algunos casos, parte de los fondos del financiamiento de los partidos políticos para financiar campañas electorales provienen de actividades ilícitas, es deber del Estado incluir a los partidos políticos como sujetos obligados, conforme a la Ley 155-17.

Está facultad se encuentra expresamente prevista en el párrafo del artículo 33 de la referida Ley 155-17, que contempla la facultad del Comité Nacional Contra el Lavado de Activos para incluir, de manera reglamentaria, como sujetos obligados, a quienes realicen otras actividades no incluidas en la presente ley y que se consideren que presenten riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y, como tal, deban contar con mitigadores para impedir que sean utilizadas para dichas actividades ilícitas.

En el año 2018, varias organizaciones de la sociedad civil, entre ellas FINJUS, Participación Ciudadana y la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios (ANJE), solicitaron al Comité Nacional Contra el Lavado de Activos que los partidos políticos fueran incluidos como sujetos obligados, a fines de prevenir y controlar la penetración del crimen organizado en la actividad política.

La comunicación expresaba que “el financiamiento político sin control es la puerta de entrada del lavado de activos condicionando su funcionamiento y capturando las estructuras del Estado, penetrándola para facilitar la actividad del narcotráfico y el crimen, deformando la competencia electoral, la representación y desmantelando el sistema democrático y los cimientos del Estado social democrático de derechos[8]”.

III. Tercer mecanismo: Compliance en el derecho público.

El 21 de enero del año 2021, el presidente Abinader emitió el **Decreto 36-21**, creando el Programa de Cumplimiento Regulatorio en las Contrataciones Públicas, el cual tiene como objetivo, impulsar las normas y políticas de prevención de incumplimiento regulatorio e irregularidades administrativas que potencien los estándares de transparencia en la Administración Pública para garantizar una mayor eficiencia y efectividad en el uso de los fondos públicos.

En dicho Decreto se reconoce que el programa de cumplimiento normativo en las contrataciones públicas es un mecanismo de prevención de la **corrupción**, promoción de la integridad y la transparencia en la administración pública, garantizando la libre participación, la responsabilidad, la moralidad y la reciprocidad en los procedimientos administrativos y gestión de las compras.

Este importantísimo documento normativo contempla la creación de Oficiales de Cumplimientos Público, atribuyendo a la Dirección General de Contrataciones Públicas (**DGCP**), la facultad de crear y liderar un Comité Nacional de Oficiales de Cumplimiento Público, a fines de definir los roles y funciones de estos funcionarios, a los cuales se les debe garantizar los recursos e independencia necesaria para ejercer sus funciones de manera adecuada.

Posteriormente, el 18 de mayo de 2021, la **DGCP** dictó la **Resolución Núm. PNP-05-2021**, sobre el Programa de Cumplimiento Regulatorio en las Contrataciones Públicas, con el objetivo de institucionalizar la prevención del riesgo de incumplimiento legal en los procesos de contratación pública mediante el establecimiento de una cultura de cumplimiento en la Administración Pública.

La figura del Oficial de Cumplimiento Público (**OCP**), en nuestra opinión, representa un avance significativo en la lucha contra la corrupción, debido a que según la referida **Resolución Núm. PNP-05-2021**, el **OCP** “gozará de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y solamente rendirá informes al Comité Nacional de Oficiales de Cumplimiento Público[9]”.

Este funcionario deberá contar con una remuneración adecuada y acorde a sus responsabilidades, a fines de que pueda realizar sus funciones de manera eficiente.

IV. Cuarto mecanismo: inclusión de sanciones penales en la Ley de Contrataciones Públicas.

Originalmente, la Ley 340-06, contemplaba en su artículo 65, sanciones penales para los funcionarios públicos de tres (3) meses hasta (2) años. Esta disposición fue modificada rápidamente por la Ley 449-06, derogando de la presente norma las sanciones penales en contra de los funcionarios públicos que incurrieran en violación a la Ley.

Es decir, que en la actualidad solamente se contemplan sanciones disciplinarias y administrativas para los funcionarios que vulneren la Ley 340-06 y sus modificaciones, lo que en nuestra opinión, no se justificaba en aquel momento, pero mucho menos se justifica en la actualidad, donde las sociedades cada vez más exigen transparencia, y castigos ejemplares para quienes incurran en prácticas corruptas.

En ese sentido, muchos autores de teoría del delito coinciden en que se deben tipificar aquellas conductas que impliquen ataques gravosos para bienes jurídicos considerados esenciales, por lo que se justifica darles una efectiva protección, para salvaguardar la convivencia social^[10].

Debemos resaltar que la última versión del proyecto de Ley de Compras y Contrataciones Públicas, de fecha 28 de febrero de 2022, colgado en su portal Web, contempla sanciones penales en el Capítulo III, en los artículos 238 y siguientes, incluyendo el delito de soborno, sancionado a los particulares con una pena de cuatro (4) a diez (10) años de prisión y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos^[11].

Sin embargo, no sabemos cuándo este proyecto será aprobado, ni tampoco si será aprobada esa versión del proyecto, lo que nos mantiene de manera indefinida con una legislación desactualizada a fines de combatir la corrupción y el clientelismo político.

Reconocemos que los remedios presentados en el presente artículo no son una panacea, ya que como afirma **CAMPOS ACUÑA** las leyes tienen un alcance limitado a la hora de garantizar que la conducta de las organizaciones e instituciones, y sus miembros, sea la correcta, debido a que estas conductas no obedecen en muchos casos a un vacío o insuficiencia legal, sino a factores tales como una gestión inadecuada de los conflictos de intereses, la presión de un grupo de interés, la ausencia de consideraciones morales, o a justificaciones y racionalizaciones (sesgos) de comportamiento que exigen abordar la prevención desde una perspectiva multidisciplinar que excede del ámbito estrictamente jurídico^[12].

Ahora bien, no obstante de que existan disposiciones normativas que puedan mantener un control efectivo, sancionando y disuadiendo a los corruptos, es necesario un cambio

de 180 grados en la formación ética de los ciudadanos y consecuentemente funcionarios, para que pueda modificarse la percepción de que el Estado es un botín, al cual se llega para hacerse rico, pues como expuso el profesor Dickson Morales en su más reciente artículo, ser servidor público debería ser una vocación. *Todo aquel que tenga su principal enfoque en generar riqueza debe seriamente reflexionar querer ingresar a la Función Pública*[13].

Para concluir, citamos la última obra del profesor Alejandro Nieto, donde relata una visión de la visión actual que tiene del mundo, precisando que los noventa años de edad garantizan una condición privilegiada de inmunidad a la corrupción, debido a que lo único que aprecian de verdad es la salud y está desafortunadamente no es moneda que corra en el mercado de la corrupción[14]. Lástima que, para combatir la corrupción, no todos somos nonagenarios, y vivimos rodeados de la muerte que el **Papa Francisco** hace referencia.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL.

[2] <https://alfayomega.es/corruccion-no-es-lo-mismo-que-pecado/>

[3] Cifras del World Economic Forum, 13 de diciembre de 2018.

[4] GOMEZ BERRUEZO, Iñigo, "Compliance & Anticorrupción: Visión práctica de la normativa internacional", Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, P. 14.

[5] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Democracia, Jueces y Control", Navarra, 6ta Edición, 2009, p. 83.

[6] NIETO, Alejandro, "Corrupción en la España democrática", Barcelona, 1997, p. 8.

[7] La complejidad del delito de corrupción es indudable debido a la categorización que hace el artículo 369 del Código Procesal Penal, que incluye la delincuencia organizada, y la Convención de Palermo.

[8] <https://pciudadana.org/2018/05/organizaciones-de-la-sociedad-solicitan-incluir-a-los-partidos-politicos-como-sujetos-obligados-segun-la-ley-de-lavado-de-activos/>

[9] Art. 20 de la **Resolución Núm. PNP-05-2021**.

[10] José Arnoldo González Castro, "Teoría del Delito", Abril 2008, Costa Rica, P. 67.

[11] <https://nuevaleydecompras.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/2022/04/CJPE-Proyecto-de-Ley-de-Contrataciones-Pu%CC%81blicas-28.2.2022-compressed.pdf>

[12] CAMPOS ACUÑA, Concepción, "Compliance en el Derecho Administrativo", Madrid 2020, Wolter Kluwer, P. 40-41.

[13] <https://acento.com.do/opinion/necesaria-metamorfosis-del-empleo-publico-9074407.html>;

[14] NIETO, Alejandro, "El mundo visto a los 90 años", Comares, Granada, 2022, p. 9

Breve análisis sobre el proyecto de ley orgánica que busca regular la protección al derecho a la intimidad, el honor, el buen nombre y la propia imagen

Aldo García Sánchez

Notas preliminares

Mucho se ha hablado del proyecto de ley orgánica que busca regular la protección al derecho a la intimidad, el honor, el buen nombre y la imagen en República Dominicana. Desde las asociaciones periodísticas, parte de la sociedad civil y varios profesionales del derecho han alertado sobre la potencial censura previa que supondría la aprobación y posterior promulgación del referido proyecto de ley orgánica; para aclarar algunas cuestiones, sin entrar en el fondo todavía, me permito hacer algunas puntualizaciones sobre la censura previa.

Según el bloque de constitucionalidad, las limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión no pueden equivaler a mecanismos de censura previa, sino a responsabilidades ulteriores. Así vemos que el artículo 49 de la Constitución establece que “toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa”. Sigue diciendo en el párrafo del referido artículo que “el disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con la ley y el orden público”.

Asimismo, el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Igualmente, el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “el ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Como vemos, la libertad de expresión no es un derecho absoluto^[1], sino que puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser proporcionales. Lo que no se permite es la censura previa, pero ¿qué es la censura previa?

El Tribunal Constitucional definió la censura previa, en la Sentencia TC/0075/16, de 4 de abril de 2016, como “toda restricción que despliega la autoridad pública con anterioridad a la elaboración y difusión de información o expresión de ideas, opiniones

u obras del espíritu, encaminada a sujetarla a la obtención de autorización oficial, previo examen de su contenido, o bien levantar la prohibición de elaborarla o difundirla”^[2].

Esta se configura, a juicio de la Corte Constitucional de Colombia, cuando “las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido, igualmente cuando la emisión o publicación queda sujeta a una autorización precedente de la autoridad”^[3].

También se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ha dicho que la censura previa constituye “... todo aquel acto que a priori pretenda censurar o enmudecer cualquier manifestación, difusión o comunicación de sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicio de valor. Será censura previa, también, cualquier condicionamiento previo a aspectos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información”^[4].

En este sentido, la censura previa no es sinónimo de responsabilidades ulteriores, sino que necesariamente tiene que constituir una censura previa, como su nombre lo indica, a la elaboración y difusión de información o expresión de ideas. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, al refutar el argumento de los accionantes, en la Sentencia TC/0092/19, de 21 de mayo de 2019, cuando consideró que el artículo 44, numeral 6, de la Ley núm. 33-18 no constituye un mecanismo de censura previa, pues la censura previa persigue la supresión, obstaculización o impedimento de la emisión antes de que estas sean difundidas y el referido artículo, declarado inconstitucional por otros motivos, trataba de sancionar la manifestación, difusión o comunicación de la expresión, una vez esta sea realizada; es decir, a posteriori.

En la ya mencionada Sentencia TC/0075/16, el Tribunal Constitucional aclaró las confusiones de los accionantes y señaló que la censura previa y medidas ulteriores son temas distintos. Si bien no se admiten limitaciones preventivas al derecho a la libertad de expresión, una vez que se hacen públicas la información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, son susceptibles de acarrear sanciones, de conformidad con la legislación interna del Estado de que se trate, si se comprueba que se ha realizado un uso abusivo del derecho.

En ese sentido, respecto de los delitos de difamación e injuria, establecidos en el Código Penal, los delitos de prensa, contenidos en la Ley núm. 6132, sobre expresión y difusión del pensamiento, y los delitos de difamación e injuria realizados por medios electrónicos, contenidos en la Ley núm. 53-07, el Tribunal Constitucional ha precisado que estos delitos no constituyen censura previa, ya que se trata de consecuencias con posterioridad a la elaboración y difusión de información o expresión de ideas.

I. Síntesis del proyecto de ley

El analizado proyecto de ley tiene como objeto la delimitación y protección de los derechos a la intimidad, al honor, al buen nombre y a la propia imagen, establecidos

como derechos fundamentales^[5], frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Además, tiene como principios rectores el principio de protección a la dignidad humana^[6], el principio de responsabilidad, el principio de razonabilidad y proporcionalidad,^[7] el principio de equidad^[8] y el principio de irrenunciabilidad^[9].

El artículo 4 contiene las definiciones de los siguientes términos: consentimiento informado, daño emergente, daño material, daño moral, figura pública, funcionario, lucro cesante y salario mínimo. En adición a esas definiciones, en sus artículos 5-8 se definen los derechos fundamentales a la intimidad, al honor, al buen nombre y a la propia imagen.

Las exenciones contempladas en el proyecto de ley, en el entendido de que no se considerará una violación a los derechos protegidos por el referido proyecto, son: 1) Las consideraciones jurídicas o las apreciaciones de hecho que realicen los jueces en el contenido de una decisión judicial; 2) cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones, por imperativo de la Constitución de la República^[10]; 3) los informes, memorias y otros documentos que se impriman por disposición del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, del Tribunal Constitucional o del Tribunal Superior Electoral; las reseñas periodísticas que haga la prensa escrita, radial, televisada, digital o de cualquier otro medio respecto de las sesiones públicas del Congreso Nacional, y 5) los escritos producidos y los discursos pronunciados en los tribunales de justicia.

El artículo 10 del proyecto de ley establece que debe existir un consentimiento informado previo y expreso del titular de la imagen para que un tercero pueda hacer uso de la referida imagen, salvo que esta sea captada en un lugar o evento público y sea utilizada para la presentación de una información noticiosa, artística o estrictamente personal^[11]. Este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, en cuyo caso habrá que indemnizar al tercero que utiliza la imagen por los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas.

El artículo 15 del proyecto de ley contempla como tipos penales, en caso de violación de los artículos 5, 6 y 7 del proyecto, la difamación y la injuria, en virtud del Código Penal. También, según el artículo 16, los jueces penales podrán imponer como medidas complementarias: 1) Publicación de una disculpa por parte del infractor, divulgada por la prensa, medios radiales o televisivos o por cualquiera de las redes sociales; 2) recibir charlas de orientación ciudadana respecto de la infracción cometida y servir como difusor en charlas semejantes a la recibida, en centros penitenciarios, escuelas públicas, centros comunitarios y otros instrumentos sociales de formación y regeneración ciudadana, y 3) publicación durante una semana auspiciada por el infractor y gestionada por el Ministerio Público, informando que el infractor ha pedido disculpas por el hecho cometido.

II. Finalidad del proyecto de ley

El proyecto de ley busca delimitar “de forma clara” en qué consisten los derechos a la intimidad, el honor, el buen nombre y a la propia imagen y como pueden ser reparados o resarcidos cuando estos derechos son vulnerados, mediante las vías legítimas dispuestas en el proyecto de ley y en las leyes remitidas que se mencionan en el cuerpo del proyecto. De igual forma, busca disuadir la vulneración de estos derechos fundamentales, a través de penas y sanciones, al tiempo de producir un efecto regenerador en las personas que han infringido el proyecto de ley.

Para Medina Reyes, la finalidad del proyecto de ley es “garantizar los límites externos^[12] a la libertad de expresión frente a todo género de intromisiones ilegítimas y juicios insultantes”^[13]. En ese sentido, la Constitución reconoce, en el artículo 49, párrafo, como límites externos expresos a la libertad de expresión el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial, la protección de la juventud y de la infancia.

Como señala Díaz García, una medida restrictiva de derechos fundamentales o su finalidad “son legítimas si no están constitucionalmente prohibidas y, además, si la medida cuenta con justificación constitucional”^[14]. A su vez, Sánchez Gil afirma que “dado que los derechos fundamentales se garantizan en la Constitución, para ser una limitación legítima al ámbito de aplicación de éstos, el fin legislativo debe estar permitido por la ley suprema y tender a satisfacer un principio constitucional”^[15].

En virtud del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6 de la Constitución, las restricciones a los derechos fundamentales solo pueden provenir de otras normas constitucionales, dígase de normas que tengan su misma jerarquía^[16], ya que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a la Constitución. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia TC/0150/13, de 12 de septiembre de 2013, señaló:

El principio de supremacía constitucional establecido en las disposiciones del artículo 6 de la Constitución de la República consagra el carácter de fuente primaria de la validez sobre todo el ordenamiento jurídico dominicano, cuyas normas infraconstitucionales deben ceñirse estrictamente a los valores, principios, reglas y derechos contenidos en la Carta Magna. Por tanto, las disposiciones contenidas en la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos.

Alexy ha señalado que “los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales”^[17].

Por ende, la finalidad del proyecto de ley es constitucionalmente legítima, pues “el legislador procura compatibilizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión con otros valores y derechos fundamentales”^[18], como lo son el derecho al honor, a la intimidad, la dignidad y la moral de las personas, en especial, la protección de la juventud y la infancia. Además, se encuentra amparada en límites externos expresos en la Constitución.

III. Las intromisiones legítimas

Tal como se ha señalado anteriormente respecto de la libertad de expresión, el derecho a la intimidad tampoco es absoluto, pues puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento. Esto implica que puede ser objeto de limitaciones restrictivas, las cuales deberán ser de interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente. En ese sentido, estas limitaciones deben tener como resultado la interrelación de otros intereses de igual manera constitucionalmente relevantes y que dichas medidas sean necesarias para lograr el fin legítimamente previsto, sea proporcionado para alcanzar dicho fin y no se afecte su núcleo esencial^[19].

El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone “la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”. De manera que deben “existir espacios medulares en donde la personalidad de los sujetos pueda extenderse en plena libertad, pues deben encontrarse excluidos del dominio público” ^[20].

La doctrina estadounidense ha entendido el núcleo esencial del derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado en paz^[21]. Sin embargo, esta noción resulta ambigua (tanto “amplia” como “vaga”), dado que ha sido concebido jurisprudencialmente para garantizar la libertad personal y el desarrollo de la personalidad, en torno a tres ideas principales: a) derecho a la no intrusión; b) derecho a controlar la información propia y c) derecho a la autodeterminación^[22]. Kurland, citado por Mata Barranco y Barinas Ubiñas, señala:

El concepto de un derecho constitucional a la privacidad permanece ampliamente indefinido. Hay por lo menos tres aspectos que han sido parcialmente revelados, pero su forma y configuración no se han establecido plenamente. El primero es el derecho de un individuo a ser libre en sus asuntos privados de la vigilancia e intromisión del gobierno. El segundo es el derecho de un individuo a no ver sus asuntos privados hechos públicos por el gobierno. El tercero es el derecho de un individuo de ser libre de la coacción del Estado para actuar, pensar, experimentar y crear^[23].

Así las cosas, no solo resulta difícil definir el concepto de intimidad, también lo es definir los conceptos de honor e imagen y, como no, las intromisiones ilegítimas, cuando se vulneran estos derechos. Podríamos decir que una intromisión es una “acción que

implica adentrarse en el ámbito ajeno, generalmente de los derechos de los demás”^[24]. El Tribunal Supremo de España “considera intromisión ilegítima (sin necesidad de divulgación) la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”^[25].

Dicha dificultad se manifiesta al distinguir cuales intromisiones pueden ser legítimas o no. Por ejemplo, además de las intromisiones legalmente autorizadas por la ley o acordadas por una autoridad de acuerdo con la ley, pueden existir intromisiones legítimas cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, siempre que su finalidad sea la formación de opinión pública en una cuestión de interés general.

Ante esta dificultad, el legislador español ha regulado los diversos supuestos que pueden darse en la vida real. Así, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 recoge ocho supuestos que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen^[26]. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas, por razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la referida ley orgánica^[27].

Sin embargo, el proyecto de ley no define en cuales supuestos se considerarán legítimas o ilegítimas las intromisiones, limitándose a señalar en su objeto que se protegerán los derechos a la intimidad, al honor, al buen nombre y a la propia imagen frente a todo género de intromisiones ilegítimas, y que podrán adoptarse las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, tales como: a) restablecer el pleno ejercicio de los derechos vulnerados; b) prevenir intromisiones inminentes o ulteriores; c) lograr una indemnización por los daños y perjuicios causados, y d) apropiar al infractor de los beneficios obtenidos con la intromisión ilegítima.

En ese sentido, Medina Reyes afirma que el hecho de que se limite a tipificar las violaciones a los derechos a la intimidad, al honor y al buen nombre como difamación e injuria, sin delimitar en cuales supuestos se considerarán intromisiones ilegítimas, generaría una ambigüedad tal que dejaría en manos de los jueces un amplio margen de actuación, lo que, a su juicio, podría hacer que los jueces caigan en una especie de activismo judicial que afecte el ejercicio del derecho a la libertad de expresión^[28].

Si bien es cierto que es deseable que el proyecto de ley delimite estos supuestos, no es cierto que tal “ambigüedad” iría en perjuicio de la libertad de expresión. En todo caso, corresponde al juez en cada caso concreto sopesar las circunstancias para objetivamente determinar si hay lugar al sacrificio del derecho a la libertad de expresión, procurando armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución. Simplemente, estaríamos en la misma situación que antes del proyecto de ley.

IV. El consentimiento previo informado

El derecho a la propia imagen es el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen; es decir, es la prerrogativa de toda persona física de usar su propia imagen o autorizar su uso por parte de un tercero. El manejo de su propia imagen implica necesariamente del consentimiento del titular para su utilización, en especial si se la explota publicitariamente. Sin dicho consentimiento, se estaría desconociendo el derecho fundamental a la imagen^[29].

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado diversos aspectos que en su conjunto conforman los alcances constitucionales de la autorización para el uso de la propia imagen: a) no puede implicar la renuncia definitiva del derecho a la propia imagen; b) comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre su finalidad; c) no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas y su libre desarrollo de la personalidad, y d) como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales^[30].

También, el Tribunal Constitucional español se ha referido sobre los conflictos entre el derecho a la libertad de información y los derechos a la intimidad, vida privada y propia imagen. Para que pueda legitimarse una intromisión en cualquiera de estos derechos personalísimos, “han de concurrir, pues, los dos mencionados requisitos, a saber: que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sea veraz. En ausencia de alguno de ellos, la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE”^[31].

El interés público informativo puede variar, según se trate de personajes públicos, personajes notorios y particulares^[32]. En el caso de los personajes públicos, estos “deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”^[33].

Igualmente, los personajes notorios pueden ver limitados sus derechos a la intimidad, vida privada y propia imagen con mayor intensidad que los particulares^[34]. Sin embargo, dicha intromisión solo se justificaría “cuando la información esté relacionada con la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido”^[35]. Es decir, sería legítima tal intromisión si efectivamente concurre un interés público informativo, que no debe confundirse con lo que puede resultar noticioso para el medio de comunicación o “aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena”^[36].

Este ha sido el criterio del Tribunal Constitucional en la Sentencia TC/0075/16, mediante la cual afirmó que “la despenalización de los actos difamatorios o injuriosos contra los funcionarios públicos o ejercen funciones públicas no es extensible a los actos difamatorios e injuriosos que conciernan a la vida privada de estos”. Asimismo, sigue diciendo que “deben ser sancionados con arreglo a la ley, en virtud del control de la intimidad y dignidad de los funcionarios en su vida privada en nada contribuye a que los ciudadanos puedan ejercer de forma eficaz su derecho de monitoreo y crítica sobre las actuaciones que estos realizan de cara a las funciones públicas que le han sido conferidas”.

En este sentido, en el proyecto de ley se definen en el artículo 4.5 y 4.6 los conceptos de figura pública y funcionario. También, en su artículo 25 se señala que en los casos de figuras de relevancia pública, ya sean funcionarios públicos o figuras públicas, la protección al derecho al honor, buen nombre y propia imagen será menos exigente, ya que dichas personas han decidido, libre y voluntariamente, adentrarse a la vida pública, por lo que deberán soportar un menor rigor en la aplicación del proyecto de ley.

Sobre el consentimiento previo informado, ha llamado la atención el párrafo I del artículo 10 del proyecto de ley, pues según este artículo, si una persona fuese fotografiada o grabada en un lugar o evento público y se utiliza dichas imágenes sin previo consentimiento, con un fin distinto a la difusión de una información noticiosa ligada al lugar o evento de ocurrencia, se considerará vulnerado el derecho a la propia imagen.

MEDINA REYES interpreta, de forma general, que los medios de comunicación deben contar con el consentimiento informado previo para utilizar fotografías tomadas en lugares o eventos públicos. También, considera que este párrafo debe ser cuidadosamente analizado, pues a su entender puede generar dos problemas: a) por un lado, puede entorpecer el trabajo realizado por los medios de comunicación, y b) por otro lado, puede generar acciones preventivas que se traduzcan en una forma de censura previa³⁷¹.

Al respecto, el párrafo I del artículo 10 puede resultar en contradicción con el contenido del artículo 10, ya que este último exime del consentimiento previo informado cuando la imagen sea captada en un lugar o evento público y sea utilizada para la presentación de una información noticiosa, artística o estrictamente personal. El párrafo I agrega un nuevo requisito y exige que se trate de una difusión de una información noticiosa ligada al lugar o evento de ocurrencia.

Si bien se necesita mayor aclaración para que haya seguridad jurídica, es importante destacar que quienes son objeto de informaciones noticiosas son, en mayor medida, las figuras de relevancia pública, las cuales, como se ha afirmado anteriormente, deberán soportar un menor rigor de la aplicación del texto legal. De manera que siempre que la información esté relacionada con la actividad profesional por la que el individuo es conocido, en el caso de las figuras públicas, o que se trate de informaciones que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos, en el caso de los

funcionarios, existirá una flexibilización en la interpretación del texto del párrafo I y no necesitarán el consentimiento previo informado.

Por otro lado, tal como se ha afirmado al principio del presente trabajo, la censura previa persigue la supresión u obstaculización de la emisión de las ideas antes de que sean difundidas (a priori) y no debe confundirse con las sanciones penales para sancionar la manifestación o difusión de la expresión, una vez esta es realizada. En el analizado proyecto, no hay disposiciones que puedan constituir censura previa, sino que se establecen sanciones, tales como la difamación e injuria.

V. Conclusiones

El proyecto de ley es una iniciativa importante e interesante, que no debe ser demonizada. Tal como afirma MEDINA REYES, es trascendental que el legislador delimite el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión y excluya los mensajes difamatorios e injuriosos, que terminan degradando al individuo por su condición política, social o cultural^[38]. A pesar de que no se ha analizado todos los posibles temas del proyecto de ley por falta de espacio, el proyecto de ley es perfectible y debe ser mejorado para evitar ambigüedades y evitar que se convierta en una ley que permita los juicios insultantes^[39].

De los temas analizados, se concluye que el proyecto de ley reviste de una finalidad constitucionalmente justificada y legítima, pues busca compatibilizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor, a la intimidad, la dignidad y la moral de las personas, en especial, la protección de la juventud y la infancia, los cuales son valores y derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Respecto de las intromisiones ilegítimas, si bien es deseable que el proyecto de ley delimite los supuestos en que se considerarán legítimas o ilegítimas las intromisiones, tal como lo hizo el legislador español, no es cierto que tal omisión vaya en perjuicio de la libertad de expresión. Tal como ocurre en la actualidad, corresponde al juez en cada caso concreto sopesar las circunstancias para objetivamente determinar si hay lugar al sacrificio del derecho a la libertad de expresión, debiendo procurar la armonización de los bienes e intereses protegidos por la Constitución.

Finalmente, sobre el consentimiento previo informado, a pesar de que el artículo 10 -y su párrafo I- requiere de una mejora para una mayor aclaración y que se pueda garantizar la seguridad jurídica, no constituye un obstáculo para los medios de comunicación, ya que las personas objeto de informaciones noticiosas son, en mayor medida, las figuras de relevancia pública, tanto los funcionarios como las figuras públicas, quienes están sometidos a un menor rigor e intensidad de la aplicación del texto legal, lo cual va en consonancia con la jurisprudencia constitucional citada.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, p. 277. ISBN: 84-259-0939-2. Disponible en: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>

AL-FEDAGHI, Sabah S. The “right to be let alone” and private information. En *Enterprise Information Systems VII*. Springer, Dordrecht, 2007. p. 157-166. Disponible en: <https://www.scitepress.org/papers/2005/25157/25157.pdf>

DÍAZ GARCÍA, L. Iván. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2011, no 36, p. 176. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28319.pdf>

GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. Intimidad y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional. *Derecom*, 2013, no 14, pp. 85-108.

MEDIAVILLA, Manu. “10 características de los derechos humanos”, *Blog de Amnistía Internacional*, 23 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/10-caracteristicas-de-los-derechos-humanos>

MATA BARRANCO, Norberto J.; BARINAS UBIÑAS, Desirée. “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2014, vol. 11, pp. 34-35. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5000/Mata_Barranco.pdf

MEDINA REYES, Roberto, 2022. “Censura legal y libertad de expresión” [en línea]. *Acento*. 1 de junio. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/censura-legal-y-libertad-de-expresion-9068091.html>

NAVA, José Gregorio. Doctrina y filosofía de los derechos humanos: definición, principios, características y clasificaciones. *Razón y Palabra*, 2012, no 81, pp. 15-21. Disponible en la biblioteca digital de la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524700001.pdf>

PENAGOS ROBLES, Nínive Ileana. “Límites a los derechos fundamentales. Reflexiones para resolver posibles controversias que se presentan al enfrentarse dos o más de los citados derechos constitucionales reconocidos”. Trabajo sobre el curso de postgrado en Derecho impartido por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, en la XXIII edición de los cursos que imparte dicha institución académica, pp. 2-3. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/190nive-ileana-penagos-robles.pdf>

SÁNCHEZ GIL, Rubén, 2018. *El principio de proporcionalidad*. 1ra. reimpresión. Cd. Mx. ISBN: 978-970-32-3939-9, pp. 41-42. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11335> [Visto el 8 de junio de 2022]

^[1] El Tribunal Constitucional en la Sentencia TC/0268/13 ha señalado que “si bien es cierto que constitucionalmente se protege el derecho a la libertad de expresión, no menos cierto es que los derechos fundamentales no son absolutos y, en casos excepcionales, pueden ser limitados”.

^[2] El Tribunal Constitucional cita en una nota al pie de página, que vale la pena rescatar, la STC 52/1983, F.J. 5, del Tribunal Constitucional español, que definió la censura previa como “cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido”.

^[3] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-10/00, de 19 de enero de 2000.

^[4] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Recurso de Amparo Res. núm. 2011004160, del 29 de marzo de 2011.

^[5] El artículo 44 de la Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley (...)”.

^[6] La dignidad humana es un valor supremo, un principio fundamental, de acuerdo con el preámbulo de la Constitución, fundamento de la Constitución, según los artículos 5 y 7, su respeto es una función esencial del Estado, según el artículo 8, y un derecho fundamental, establecido en el artículo 38 de la Constitución. El artículo 38 establece que “el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos”.

^[7] El artículo 74.2 de la Constitución establece que el principio de razonabilidad es un principio de reglamentación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales. Sobre el test de razonabilidad, ver la Sentencia TC/0044/12, de 13 de mayo de 2022, que a su vez cita la Sentencia C-673/01, de 28 de junio de 2001, de la Corte Constitucional de Colombia. Sobre el test de proporcionalidad, ver la Sentencia TC/0276/19, que a su vez cita a la STC 170/2013, del Tribunal Constitucional español; ver, además, STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3.

^[8] El Tribunal Constitucional ha dicho que “los funcionarios están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, dado que la libertad de expresión faculta al individuo y a la sociedad a participar en debates activos y vigorosos sobre todos los aspectos de interés social, y que ese tipo de debates generará necesariamente ciertos discursos críticos y ofensivos para los funcionarios públicos o quienes se vinculan voluntariamente a la formación de la política pública” (Sentencia TC/0092/19, antes citada). Ver también Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009.

^[12] NAVA, José Gregorio. Doctrina y filosofía de los derechos humanos: definición, principios, características y clasificaciones. Razón y Palabra, 2012, no 81, pp. 15-21. Disponible en la biblioteca digital de la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524700001.pdf> [Visto el 3 de junio de 2022]: Los derechos humanos son universales, intrínsecos, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e inviolables. Ver también MEDIAVILLA, Manu. “10 características de los derechos humanos”, *Blog de Amnistía Internacional*, 23 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/10-caracteristicas-de-los-derechos-humanos> [Visto el 3 de junio de 2022].

^[10] El artículo 85 de la Constitución establece la inmunidad por opinión: “Los integrantes de ambas cámaras gozan de inmunidad por las opiniones que expresen en las sesiones”.

^[11] El consentimiento previo informado se define en el artículo 4 del proyecto de ley como “[la] manifestación de voluntad libre, inequívoca e informada, mediante la cual el interesado consiente el uso de su imagen”.

^[12] En la doctrina constitucional, se sostiene que los derechos fundamentales no son absolutos [como se ha señalado al principio del presente trabajo] y que está sujeto a los límites internos y externos. Los límites externos pueden ser de dos tipos: expresos e implícitos. Ver PENAGOS ROBLES, Nínive Ileana. “Límites a los derechos fundamentales. Reflexiones para resolver posibles controversias que se presentan al enfrentarse dos o más de los citados derechos constitucionales reconocidos”. Trabajo sobre el curso de postgrado en Derecho impartido por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, en la XXIII edición de los cursos que imparte dicha institución académica, pp. 2-3. Disponible

en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/190ninive-ileana-penagos-robles.pdf> [Visto el 7 de junio de 2022].

^[13] MEDINA REYES, Roberto, 2022. “Censura legal y libertad de expresión” [en línea]. *Acento*. 1 de junio. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/censura-legal-y-libertad-de-expresion-9068091.html> [Visto el 7 de junio de 2022].

^[14] DÍAZ GARCÍA, L. Iván. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2011, no 36, p. 176. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28319.pdf> [Visto el 8 de junio de 2022]

^[15] SÁNCHEZ GIL, Rubén, 2018. *El principio de proporcionalidad*. 1ra. reimpresión. Cd. Mx. ISBN: 978-970-32-3939-9, pp. 41-42. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11335> [Visto el 8 de junio de 2022]

^[16] DÍAZ GARCÍA, L. Iván. Op. Cit., p. 176.

^[17] ALEXY, Robert, 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, p. 277. ISBN: 84-259-0939-2. Disponible en: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf> [Visto el 8 de junio de 2022]

^[18] MEDINA REYES, Roberto. Op. Cit.

^[19] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-881/14, de 19 de noviembre de 2014. Ver, además, las sentencias T-414/92, T-210/94, T-501/94, C-394/95, T-552/97, T-517/98, C-505/99, C-692/03, T-453/05, C-336/07, T-158A/08, T-768/08, C-640/10, C-540/12, T-044/13, C-850/13.

^[20] Ibidem.

^[21] AL-FEDAGHI, Sabah S. The “right to be let alone” and private information. En *Enterprise Information Systems VII*. Springer, Dordrecht, 2007. p. 157-166. Disponible en: <https://www.scitepress.org/papers/2005/25157/25157.pdf> [Visto el 9 de junio de 2022].

^[22] MATA BARRANCO, Norberto J.; BARINAS UBIÑAS, Desirée. “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2014, vol. 11, pp. 34-35. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5000/Mata_Barranco.pdf [Visto el 9 de junio de 2022].

^[23] Ibidem.

^[24] Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020. Disponible en: <https://dpej.rae.es/> [Visto el 9 de junio de 2022].

^[25] Tribunal Supremo de España, STS, 1.ª, 15-XI-2012, rec. 1597/2011.

^[26] El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 establece ocho supuestos para que sean consideradas las intromisiones como ilegítimas: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; 2. la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción; 3. la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo; 4. la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; 5. la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos; 6. la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una

persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga; 7. la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, y 8. la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

^[27] El artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982 señala dos casos en los que no tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas: Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, y c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

^[28] Medina Reyes, Roberto. Op. Cit.

^[29] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634/13, de 13 de septiembre de 2013.

^[30] Ibidem.

^[31] Tribunal Constitucional de España. STC 154/1999, de 14 de septiembre, F.J. 2. Para una mayor comprensión del lector, los límites externos expresos que se mencionan en el artículo 20.4 de la Constitución española son el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

^[32] Los personajes públicos son aquellos que tienen atribuida la administración del poder público (STC 20/2002, de 28 de enero, F.J. 5) o aquellos que ejercen funciones públicas (STC 132/1995, de 11 de septiembre, F.J. 40). Los personajes notorios son aquellas personas que “alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada” (STC 99/2002, de 6 de mayo de 2002, F.J. 6). También pueden ser notorias las personas privadas que involuntariamente adquieren protagonismo circunstancial al verse implicadas en hechos que gozan de relevancia pública o interés general.

^[33] Tribunal Constitucional de España. STC 148/2001, de 27 de junio, F.J. 6.

^[34] Tribunal Constitucional de España. STC 112/2000, de 5 de mayo, F.J. 8.

^[35] Ibidem.

^[36] Tribunal Constitucional de España. STC 83/2003, de 22 de abril, F.J. 5. Ver también: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Asunto Von Hannover c. Alemania (núm. 2). (Demandas nºs 40660/08 et 60641/08). Sentencia de 7 de febrero de 2012.

^[37] MEDINA REYES, Roberto. Op. Cit.

^[38] MEDINA REYES, Roberto. Op. Cit.

^[39] GARCÍA SÁNCHEZ, Aldo, 2022. “¿El Senado aprobó una ley que censura?”. Entrevistado por *El Mitín*. Disponible en: <https://www.elmitin.do/el-senado-aprobo-una-ley-que-censura/>

La coalición de funcionarios desde otra perspectiva

Enmanuel Rosario Estévez

1. Introducción

En una ocasión escribió un abogado que *“el crimen cometido por dos o más personas tipifica la asociación de malhechores, pero si el ilícito es cometido por dos o más funcionarios públicos entonces estamos frente a una coalición de funcionarios”*. Debo aclarar, in limine, que lo anterior no constituye una coalición de funcionarios.

La coalición de funcionarios es posiblemente el ilícito más incomprendido del ordenamiento dominicano completo, provocado especialmente por el desconocimiento de su génesis y su dogmática. Ha sido un ilícito históricamente incomprendido.

Su fundamento legal se encuentra en la sección tercera del capítulo segundo del Código Penal Dominicano, que va del artículo 123 al 126 del indicado cuerpo normativo. Un dato curioso es que dichos textos se encuentran dentro de la clasificación de *los delitos y crímenes contra la Constitución*, aunque en realidad no guarda relación directa con nuestra *Carta Magna*.

Para comprender un poco este ilícito debemos remontarnos a su génesis, en los siglos XVII y XVIII, durante la época monárquica francesa. La coalición de funcionarios surge como una respuesta a las distintas huelgas y suspensiones de los servicios públicos por parte de los funcionarios públicos, especialmente los dependientes del parlamento sobre los cuales la monarquía no tenía control.

La coalición de funcionarios era también una vía de prevención para los complots en contra del Estado y el buen funcionamiento del gobierno, lo que le convertía en un delito de asociación contra la administración del Estado.

De esta forma, la coalición de funcionarios emerge como: a) una herramienta efectiva para sancionar las dimisiones parlamentarias ocasionadas por las disputas políticas entre la monarquía y el parlamento[1]; y b) para reprimir las desobediencias a los mandatos del rey por parte de las autoridades municipales y departamentales, así como para penalizar la resistencia a la aplicación de las normas y órdenes del rey[2].

Así, por ejemplo, si el rey emitía una orden para ser cumplida en el rincón más remoto del reino y dos funcionarios formaban una coalición con el propósito de no ejecutar dicho mandato, quedaba tipificado el hecho. Se trataba entonces de una sanción contra la confabulación de los funcionarios públicos en contra de la administración pública, la cual estaba en manos de la corona[3].

Todo lo anterior nos permite arribar a una primera conclusión: este tipo penal tiene una connotación política[4], pues su finalidad era la de reprimir las potenciales huelgas motorizadas por los funcionarios públicos y que desembocan en la paralización de los servicios públicos.

Todavía en el Código Penal Federal Mexicano se observa el vestigio de la esencia de la coalición de funcionarios. En dicho cuerpo normativo, el legislador mexicano tuvo que aclarar que quedaban excluidos de la aplicación de este tipo penal “los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga”[5].

De hecho, en el propio ordenamiento francés la ley de 1884 sobre libertad de sindicatos y sus posteriores reformas, tuvieron un impacto inmediato sobre este tipo penal. Con la aparición del derecho de huelga y su protección constitucional, la coalición de funcionarios se fue extinguiendo en el ordenamiento francés, hasta que finalmente desapareció con la promulgación del Código Penal de 1992. Hoy en día, la vieja coalición de funcionarios quedó sustituido por un delito individual de abuso de autoridad consagrado en el artículo 432-1 del Código Penal Francés[6].

En algunos países europeos de tradición jurídico-francesa, la coalición de funcionarios se ha logrado mantener en el tiempo. Tal es el caso de Bélgica y Luxemburgo, en cuyos textos penales aún encontramos en la actualidad la coalición de funcionarios, aunque calificado como un delito contra el orden público, a lo que nos referiremos más adelante.

Sobre la coalición de funcionarios la doctrina francesa ha mostrado poco interés en su estudio, por entender que se trataba de un delito teórico[7] y de poca utilidad práctica. Para 1864 el maestro *Antoine Blanche* ya sostenía que este ilícito no sería aplicado jamás[8], debido a que era difícil que se suscitara el escenario que permitiera su puesta en escena. De hecho, la primera jurisprudencia en esta materia surgió en 1907, casi un siglo después de la promulgación del texto.

Por su parte, el eterno *René Garraud* tenía visión menos pesimista al sostener que su aplicabilidad no era imposible, sino simplemente muy difícil[9]. Para este jurista ya no se encontraban reunidas las circunstancias históricas que le dieron origen.

La realidad es que la doctrina penal francesa nunca encontró su sentido práctico, lo que le convirtió en un tipo penal de escasa aplicación en los tribunales franceses. Contrario a lo sucedido en la República Dominicana, donde la coalición de funcionarios es aún una realidad jurídica aplicada de manera vulgar, muchas veces confundiendo con un delito dependiente, y en otras, asociándose a un delito económico. Nada más errado.

2. La dogmática de la coalición de funcionarios

La coalición de funcionarios en el ordenamiento dominicano se desarrolla en cuatro artículos del Código Penal Dominicano, específicamente en los artículos 123 al 126, inclusive. En dichos textos aparecen varios escenarios que pueden dar lugar al ilícito de coalición de funcionarios, como si se tratase de un tipo penal con múltiples formas de manifestación, pero la realidad es que la doctrina considera que se trata de agravantes.

En ese tenor, la coalición de funcionarios se puede configurar de diversas formas: a) cuando se ejecuten medidas y disposiciones contraria a las leyes; b) cuando se contraríe la ejecución de leyes u órdenes de gobierno; y c) cuando se pretenda impedir o suspender la administración de justicia o el cumplimiento de un servicio cualquiera.

Al analizar lo anterior nos percatamos que su esencia es la protección de la administración pública, y especialmente de los servicios públicos[10]. De ahí que, dentro de la categoría de delitos políticos, debiera ser calificado como un delito de *lese-gouvernement*, es decir, contra la administración pública.

En esta misma línea de pensamiento se inspiró la Corte de Casación de Bélgica para afirmar que a través de este ilícito se persigue sancionar la provocación de la desorganización de los servicios públicos paralizando el funcionamiento normal de estos[11]. En esta misma decisión la connotada Corte afirmó que si la coalición no tiene por objeto la suspensión o paralización de los servicios públicos no se tipifica el delito.

Un punto que nos permite descifrar lo anteriormente expuesto es que este tipo penal tiende a agravarse dependiendo de las circunstancias y objetivos[12]. Así, por ejemplo, cuando el concierto de voluntades entre funcionarios públicos tiene por objeto la ejecución de medidas y disposiciones contrarias a las leyes, la pena es de dos a seis meses de prisión, es decir, que se trata de un simple delito. Pero si el objetivo es contrariar la ejecución de leyes o de órdenes de gobierno, la pena es el destierro, una sanción estrictamente política diseñada para la protección y seguridad del Estado.

La coalición de funcionarios se agrava cuando en la materialización del hecho participan autoridades civiles y militares. En este caso, la pena es la de reclusión. Pero el tema toma una mayor connotación para el derecho penal cuando la coalición produzca un atentado contra la seguridad interior del Estado. En este caso la pena será de veinte años de reclusión, convirtiéndose de esta forma en un crimen.

Un punto interesante es que, en el texto original francés de 1810, la sanción establecida por el codificador para este caso en específico era la pena de muerte y la confiscación de todos sus bienes. Esta severa sanción solo se aplicaba a los ilícitos que afectaban a la colectividad y que podrían asimilarse a la traición. Con el paso del tiempo, la sanción en este caso fue ligeramente atenuada y en su lugar se estableció la cadena perpetua.

Este último aspecto revela el carácter conspirativo contra el Estado y la administración pública que subyace en este tipo penal. De hecho, tan solo el tratamiento otorgado por el legislador a la coalición entre civiles y militares es una muestra del carácter político de este ilícito.

Otro aspecto interesante entre la redacción del texto en francés y el dominicano es que cuando el legislador francés refiere a la coalición de funcionarios con el objetivo de atentar contra la seguridad interior del Estado, utiliza el término *complot* para definir esa situación jurídica. Sin embargo, en el texto dominicano se eliminó dicho término, aunque no por esto podemos desconocer su verdadera naturaleza conspirativa.

Como se ha podido apreciar, la coalición de funcionarios es un tipo penal que tiene una connotación política y su finalidad es la protección del Estado y del gobierno frente a los potenciales atentados a su funcionamiento y desarrollo. Es un ilícito que tiende a agravarse en la medida en que el hecho ponga en mayor peligro la estabilidad del gobierno.

De igual forma, se puede apreciar el carácter autónomo de la coalición de funcionarios, el cual que no requiere para su materialización de la realización de un ilícito previo.

3. La coalición de funcionarios y la asociación de malhechores: dos ilícitos incomparables.

La coalición de funcionarios se distingue de la asociación de malhechores en varios aspectos. En cuanto a su naturaleza, porque se trata de un delito político (*crimen majestatis*), y específicamente un delito de *lese-gouvernement*, cuya finalidad es la protección del interés general y de la administración de los servicios públicos[13], mientras que la asociación de malhechores es un *crimen vis*, es decir, un ilícito contra los particulares.

En cuanto al tipo de infracción, la coalición de funcionarios tiene un carácter autónomo, lo que quiere decir, que para su materialización no se requiere que se tipifique un ilícito previo. De hecho, se trata de un ilícito no solo autónomo sino también especial, pues requiere que el autor detente una calidad en específico, como lo veremos más adelante.

La asociación de malhechores en cambio es un tipo penal dependiente que requiere para su configuración de la consumación de un crimen previo. Tal es el caso de dos personas que convengan y cometan robos agravados en perjuicio de particulares.

Otro elemento distintivo es que la coalición de funcionarios requiere de forma necesaria el concierto de voluntades de los funcionarios públicos, lo cual puede suscitarse a través de reuniones, intercambio de correspondencias o diputaciones, mientras que en la asociación de malhechores el artículo 266 del Código Penal no especifica la forma en que deba consumarse el concierto de voluntades.

4. Los elementos constitutivos de la coalición de funcionarios

El artículo 123 del Código Penal Dominicano dispone que: “los funcionarios o empleados públicos, las corporaciones o depositarios de una parte de la autoridad pública que concierten o convengan entre sí la ejecución de medidas y disposiciones contrarias a las leyes, o que con el mismo objeto lleven correspondencia o se envíen diputaciones, serán castigados con prisión de dos a seis meses, e inhabilitación absoluta de uno a cinco años, para cargos y oficios público”.

De este texto extraemos que los elementos constitutivos de la coalición de funcionarios son los siguientes: a) un concierto realizado a través de reuniones, correspondencias y

diputaciones; b) la calidad de los infractores; c) con la intención de ejecutar medidas y disposiciones contrarias a las leyes[14].

a)El primer elemento constitutivo: el concierto realizado a través de reuniones, correspondencias y diputaciones

En el primer elemento el legislador utiliza el término concierto para referirse a la unión de voluntades de dos o más personas con el objetivo de perseguir un fin[15]. Por vía de consecuencia se trata de un plan orquestado para conseguir el fin sancionado por la ley.

En caso de que el infractor no opere de forma colegiada (*collegium*), es decir, que participen por lo menos dos o más personas con la calidad requerida por la ley, entonces no se tipifica el delito. Recordemos que su naturaleza es la de un ilícito de asociación, imposible de consumarse sin la participación de varias personas con la misma calidad.

Un dato interesante es que en el Código Penal Francés de 1791 esta conducta no estaba tipificada bajo el esquema de un delito que requería el concurso de varios infractores. En tal sentido, bastaba que un solo agente del poder ejecutivo o funcionario público con calidad para requerir la fuerza pública impidiera la ejecución de una ley[16].

En la coalición de funcionarios se sanciona el complot que se materializa a través de reuniones, intercambio de correspondencia o diputaciones, lo que en esencia son métodos para gestar los actos preparatorios. En este punto existe una ligera disparidad entre el texto original francés y la traducción dominicana, que suele ser imperceptible a simple vista.

En la redacción original de 1810 la coalición de funcionarios se definía como “todo concierto de medidas contrarias a las leyes, ejecutadas por la reunión de individuos o de cuerpos depositarios de cualquier parte de la autoridad pública, sea por reunión o correspondencia entre ellos será castigado con penas...”. El texto dominicano, sin embargo, nunca utiliza el término reunión, lo que a nuestro parecer resulta indiferente debido a que es imposible concertar sin que se realice a través de medios que permita la interacción entre los concertados.

Tampoco el texto mexicano refiere directamente a la reunión de servidores públicos, sino que en su lugar para el legislador mexicano es suficiente con que los funcionarios se “coaliguen”, sin mencionar la forma en que se producirá.

Estos señalamientos resultan relevantes en la medida en que comprendemos que la coalición de funcionarios es un tipo penal que requiere de concertación de voluntades por parte de los infractores para delinquir. Por vía de consecuencia, es imposible retener este ilícito si las partes nunca han tenido ningún tipo de interacción entre ellas.

Un término que es importante aclarar es el de diputaciones. Cuando observamos el artículo 123 del Código Penal Dominicano nos percatamos que la coalición de

funcionarios puede realizarse no solo por intercambio de correspondencia entre las partes, sino también por diputaciones. El término original en idioma francés es “*députation*” y refiere al “envío de personas a cargo de una misión”[17], o lo que es lo mismo, un emisario o intermediario entre los coalicionados. Esto es una muestra del carácter conspirativo de este tipo penal.

b)El segundo elemento constitutivo: la calidad de los infractores

En este punto se observa una disparidad entre el texto original francés y la traducción dominicana. En el primero la coalición de funcionarios está diseñada para sancionar “la reunión de individuos o de cuerpos depositarios de una parte de la autoridad pública”, mientras que en el segundo este delito va perseguido en contra de “los funcionarios o empleados públicos, las corporaciones o depositarios de una parte de la autoridad pública”.

El texto francés requiere que esta infracción sea cometida por agentes o funcionarios depositarios de una parte de la autoridad pública, una terminología un tanto imprecisa, pero que la doctrina y la jurisprudencia francesa han tratado de esclarecer en el tiempo.

Para la doctrina, este término refiere a los funcionarios con capacidad de mando o decisión[18]. Durante las discusiones parlamentaria para la reforma del código penal francés se suscitó un interesante debate sobre esta terminología. En aquel momento, se definió al depositario de la autoridad pública como aquel ciudadano quien “tiene un poder de decisión fundado sobre la parcela de la autoridad pública que le confieren sus funciones, bien sea funcionario en el sentido estricto, militar, magistrado, oficial público o ministerial”[19]. De hecho, al alguacil se le ha reconocido la calidad de agente depositario de la autoridad pública[20].

El depositario de la autoridad pública debe ser asimilado a “aquellos que tiene el poder de coerción legítimo en nombre del Estado, aquel que tiene el poder de decisión y de constreñimiento sobre los individuos o sobre las cosas, poder que se manifiesta en el ejercicio de sus funciones, permanentes o temporales, por la cual está investida por delegación de los poderes públicos”[21].

La jurisprudencia francesa ha señalado por su parte, que “la calidad de depositario o agente de autoridad pública o de ciudadano encargado de un servicio o de un mandato público... es reconocido a aquella persona que cumple una misión de interés general en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos”[22], tal “es el caso del órgano ejecutivo de un establecimiento público administrativo”[23].

En este escenario, la Corte de Casación Francesa ha realizado una labor importante que ha permitido identificar a través del tiempo a los detentadores de la autoridad pública. Son en esencia, funcionarios investidos de autoridad para la toma de decisiones en materia administrativa, jurisdiccional y militar. Esto “engloba a los representantes del Estado y de las colectividades territoriales, los representantes de la fuerza pública, los

oficiales ministeriales”, en fin, todo “ciudadano a cargo de un ministerio de servicio público”[24].

En tal sentido, se han considerado detentadores de la autoridad pública al Presidente de la República, los Ministros y Viceministros[25], los funcionarios calificados como magistrados en el sentido más amplio[26], los miembros de los cuerpos castrenses[27], los fiscales, los policías municipales[28], las personas investidas de un cargo electivo[29], tales como el Alcalde, regidores, diputados y senadores.

A esto debemos agregar a los directores generales y diplomáticos. También los jueces entran dentro de este catálogo de funcionarios detentadores de los poderes públicos.

Un aspecto relevante que no podemos soslayar es que no es necesario que este agente o funcionario público sea una persona asalariada del gobierno. Por esto, hasta un alguacil puede estar dentro de esta categoría[30], o el jefe de la sección de impuestos de una localidad[31].

Como se puede apreciar, el sentido del término va dirigido a los funcionarios con capacidad de decisión, de control y dirección de una entidad, quedando excluidos los empleados comunes del gobierno. De esta forma, señala Garraud, que quedan excluidos de la aplicación de este texto los profesores, ingenieros, y agregaría un servidor, y también los médicos.

En el caso de la legislación mexicana se prefirió utilizar el concepto genérico de servidores públicos como sujeto activo del ilícito de coalición de funcionarios, pero solucionan el inconveniente jurídico cuando aclaran que “no cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga”.

En el ámbito dominicano, el tema se torna un poco complejo porque la coalición de funcionarios aplica a “los funcionarios o empleados públicos, las corporaciones o depositarios de una parte de la autoridad pública”. El primer concepto es amplio porque una interpretación literal involucraría a todo tipo de empleado público, con lo que se pierde la esencia de este tipo penal.

El propio texto identifica como sujeto activo a las corporaciones. Sin embargo, no se trata aquí de corporaciones de derecho privado o público, sino que este es el resultado de una mala traducción del texto. Recordemos que el texto original francés refiere a los “cuerpos depositarios de la autoridad pública” como una forma de vincular a una estructura administrativa completa.

Un ejemplo de cuerpo depositario de la fuerza pública lo encontramos rápidamente con los cuerpos de mando dentro de las fuerzas armadas y la policía. Tal fue el caso del evento del 9 de mayo de 1975 cuando renunció el secretario de las Fuerzas Armadas y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas por su desacuerdo con una medida tomada por el presidente de la República.

Por cuerpo depositario de la autoridad pública no solo debemos entender que se trata de los cuerpos castrenses, sino cualquier estructura dentro del organigrama administrativo.

En fin, la coalición de funcionarios está concebida para sancionar a los funcionarios públicos de mando que se confabulan para realizar un objetivo común, que es precisamente el tercer elemento constitutivo.

c) Tercer elemento: las medidas contrarias a la ley

El tercer elemento de la coalición de funcionarios es posiblemente el más abstracto de todos y el que ocasione las falsas interpretaciones de la ley que afectan a esta infracción.

Nos referimos al objeto del tipo penal, que es la ejecución de medidas y disposiciones contrarias a las leyes. Nos relatan Chaveau y Faustin, que el proyecto original del código penal francés contenía una fórmula diferente. En aquel momento se pretendía sancionar la ejecución de medidas *no autorizadas por las leyes*, pero la comisión de los cuerpos legislativos entendió que existían múltiples medidas que sin ser autorizadas por las leyes, tampoco les eran contrarias. De ahí es que se sustituye por “la ejecución de medidas y disposiciones contrarias a las leyes” [32].

En México, por ejemplo, la coalición de funcionarios refiere a la toma de “medidas contrarias a una ley o reglamento”. En Bélgica y Luxemburgo, además de las medidas contrarias a las leyes, también agregan las disposiciones contrarias a los decretos reales.

La realidad es que el término antes indicado es ciertamente ambiguo, lo que usualmente es aprovechado para utilizar la coalición de funcionarios como un delito dependiente. Así, por ejemplo, si dos funcionarios públicos son acusados de desfalco, en la praxis dominicana se le imputa de forma automática la coalición de funcionarios, como si se tratase de no solo de un delito dependiente sino también de naturaleza económica.

Un aspecto de notable relevancia en este elemento constitutivo y que usualmente es obviado en el análisis del tipo penal es que el artículo 123 del código penal sanciona la coalición de funcionarios a partir de la ejecución de medidas contrarias a las leyes, lo que evidentemente se refiere a medidas de carácter administrativo. No es el azar que el legislador se ha referido a la realización de medidas para referirse a la toma de disposiciones administrativas.

Lo anterior cobra sentido cuando nos percatamos que la coalición de funcionarios va dirigida en contra de los funcionarios públicos de mando o gestión, que son quienes pueden tomar las medidas contrarias a las leyes a la que se refiere el texto.

El artículo 124 del Código Penal Dominicano contiene otra de las formas en la que se manifiesta la coalición de funcionarios, y sanciona el concierto de medidas “tiene por objeto contrariar la ejecución de las leyes o de las órdenes del Gobierno”.

Este artículo contiene dos disposiciones importantes. La primera refiere al objeto de la coalición y la segunda es a la calidad de los sujetos que participan en el hecho. En este tipo de coalición se repiten el primer y segundo elemento constitutivo a los que nos hemos referido con anterioridad, siendo la diferencia el tercer elemento.

En este caso la coalición de funcionarios sanciona las medidas que persigan contrariar la ejecución de una ley u orden gubernamental. Fíjense que en el caso del 123 se sancionaban las medidas contrarias a las leyes, pero aquí se sancionan las que impiden la ejecución de la norma, situaciones que por la ambigüedad tienden a confundirse.

Así por ejemplo, si una norma establece que en una fecha determinada se debe realizar una actuación por parte del funcionario público, y este toma medidas para evitar cumplir con la ejecución de lo ordenado por ley, estamos ante una coalición de funcionarios.

En el caso del artículo 124 del Código Penal Dominicano la coalición de funcionarios está prevista no solo para las medidas para evitar la ejecución de una ley, sino también a una orden gubernamental, debiéndose entender por esto, solo a las decisiones emanadas del presidente de la República mediante Decreto y las emanadas de los ministros en forma de Resolución[33].

Un ejemplo de coalición de funcionarios en este caso radicaría en que el Presidente de la República emitiera un decreto declarando en emergencia sanitaria determinada provincia y estableciendo una restricción al libre tránsito a partir de determinadas horas, todo lo anterior aprobado por el Congreso Nacional, sin embargo, los funcionarios de mando o gestión en dicha demarcación se nieguen a aplicar dicha disposición y tomen medidas para evitar la ejecución de dichas órdenes.

En este escenario estamos ante un caso que perfectamente refleja la intención del legislador al sancionar la coalición de funcionarios que han concertado y ejecutado medidas para evitar la aplicación de las órdenes del gobierno.

Este texto es interesante por el tipo de sanción impuesta: el destierro. De conformidad con el artículo 137 del Código Penal, el destierro implica la expulsión de una persona de tierras dominicanas por un periodo de 1 a 3 años. Este tipo de sanción solo aplica para los delitos cometidos en contra del Estado y en los que se vea comprometida la seguridad nacional.

En el segundo punto del artículo 124 del Código Penal Dominicano, la coalición de funcionarios se agrava cuando es cometida por autoridades civiles y militares, en cuyo caso los autores o provocadores serán sancionados con la reclusión, y los demás culpables, sometidos a destierro. Es interesante que el texto refiere a otros culpables,

evidentemente refiriéndose a personas que no son funcionarios públicos ni militares pero que han participado en la coalición.

La coalición de funcionarios sufre un nuevo agravamiento cuando la puesta en escena de las medidas concertadas resulta en un atentado contra la seguridad interior del Estado. En este caso, la pena establecida por el legislador es de 20 años, de conformidad con el artículo 126 del Código Penal Dominicano.

La realidad es que el texto supra indicado resulta revelador para comprender la esencia de este tipo penal. El texto original francés disponía que “en los casos donde el concierto habría tenido por objeto o resultado un complot atentatorio a la seguridad del Estado, los culpables serán sancionados con la detención criminal a perpetuidad”. Aunque originalmente la sanción era la pena de muerte.

De este texto se desprende la verdadera esencia de la coalición de funcionarios como un ilícito que persigue sancionar los atentados en contra del Estado. Nos llama poderosamente la atención que el legislador dominicano suprimió el término complot previsto en el texto original y que evidencia el carácter conspirativo del tipo penal.

De igual forma el legislador dominicano convirtió esta manifestación de la coalición de funcionarios en un crimen de resultado, que requiere para su configuración que se haya materializado el atentado a la seguridad del Estado. En cambio, el texto original francés sancionaba el hecho por solo tener como objeto atentar contra la seguridad del Estado.

La última forma de coalición de funcionarios la encontramos en el artículo 126 del Código Penal Dominicano que sanciona a “los funcionarios públicos, que deliberadamente hubieren resuelto dar dimisiones, con el objeto de impedir o suspender la administración de justicia, o el cumplimiento de un servicio cualquiera, serán castigados como reos de prevaricación y castigados con la pena de confinamiento”.

Este es el único texto de la coalición de funcionarios cuya redacción original es prevista para funcionarios públicos comunes, no solo a los depositarios de la autoridad pública. En este caso lo que se sanciona es la dimisión con la intención de provocar una paralización de los servicios públicos, no así las simples renunciaciones de empleados.

Así, por ejemplo, si renunciase todos los jueces de un departamento judicial completo con la intención de hacer suspender el servicio de administración de justicia estamos ante un caso de coalición de funcionarios. No sucedería de igual forma, si una parte de estos jueces pertenecientes a un departamento aceptan nombramientos en otro Poder del Estado con mayor remuneración.

Tampoco se pudiese tipificar como coalición de funcionarios cuando las dimisiones tienen por fin, no provocar la suspensión de un servicio, sino la preservación de un interés personal del funcionario. Tal es el caso de la renuncia que se produjo en la cámara de cuentas en el año 2004 cuando dos de sus miembros por supuestas

inconformidades con el manejo de la institución, o en el año 2007 cuando la mayoría de los miembros renunciaron en la víspera de la decisión de un juicio político conocido por el Senado de la República.

Una discusión interesante sobre la aplicación de este texto pudiese generarse cuando los empleados de mando de una empresa estatal prestadora de un servicio público presentan sus dimisiones en conjunto con la intención de provocar la paralización de un servicio, tal como una planta de producción de energía eléctrica o una empresa de alcantarillado y agua potable. Hasta qué punto pudiera aplicarse este texto a personas que pudiesen ser calificados como funcionarios públicos pero sus servicios estar regulados por el derecho privado.

La realidad es que la discusión teórica no deja de ser interesante y compleja, especialmente porque la esencia del texto es la protección del gobierno y la administración de los servicios públicos, lo que parecería permitir la entrada de ciertos funcionarios no regulados por el derecho público dentro de este tipo penal. Tampoco debe existir un lazo de dependencia económica del funcionario con el Poder Ejecutivo, y bien pudiera tratarse de un agente investido de la autoridad pública sin estar sujeto a una remuneración.

Como se ha podido apreciar, la coalición de funcionarios es una infracción históricamente incomprensible en la República Dominicana, y cuya aplicación vulgarizada por parte del sistema de justicia ha permitido su utilización con un fin distinto al propio sentido de la norma.

A través de este ilícito se han pretendido sancionar conductas que nada tienen que ver con la esencia y la dogmática del tipo, especialmente porque la coalición de funcionarios no está prevista para sancionar delitos de naturaleza económica, sino aspectos de administración del Estado.

[1] Garraud, René, Droit Penal Français, Pág. 596.

[2] Ibidem, Pág. 596.

[3] Por esto el maestro Andre Vitu sostenía que este delito estaba inadecuado a la realidad francesa del siglo XIX, y que era difícilmente manejable. Vitu, citado en Répertoire Dalloz Droit Penal, T. 3, Fonctionnaire Publique, Editorial Dalloz, Paris, Francia, 1988, Pág. 5.

[4] Sobre los delitos políticos, ver Ortolan, J, Les délits politiques selon la science criminelle, consulta en línea 16/05/2022, https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/introduction/ortolan_delit_polit.htm

[5] Ver artículo 216 del Código Penal Federal Mexicano, que regula el delito de coalición de servidores públicos

[6] El artículo 432-1 del Código Penal Francés establece lo siguiente: «Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende». Si lo traducimos al español tendríamos el siguiente resultado: "el hecho, por una persona depositaria de la autoridad pública, actuando en el ejercicio de sus funciones, de tomar medidas destinadas a hacer fracasar la ejecución de la ley es penado con 5 años de prisión y 75 mil euros de multa".

[7] Garçon, Emile, Code Penal Annoté, Recueil, Sirey, Paris, Francia, Pág. 270

[8] Blanche, Antoine, Etudes Pratiques sur Le Code Penal, Imprimerie et librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1864, Paris, Francia, Pág. 724.

[9] Garraud, René, Droit Penal Français, Ob. Cit, Pág. 697.

[10] Es por esto que resulta imposible desconocer la naturaleza de delito político (crimen majestatis) de la coalición de funcionarios.

[11] Corte de Casación de Bélgica, Sent. 18 de noviembre de 1992, ECLI:BE:CASS:1992:ARR.19921118.26

- [12] Chaveau, Adolphe y Hélie, Faustin. Théorie du Code Pénal, T.2, sexta edición, Editora Marchal et Billard, Paris, 1887, Pág. 230.
- [13] Ver Ortolan, J., élément de droit penal, Paris, Francia, 1875, Les délits politiques selon la science criminelle, consulta en línea https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/introduction/ortolan_delit_polit.htm
- [14] Garraud, René, Traité du droit penal français, T. 3, Ob. Cit. Pág. 698-699.
- [15] Chaveau, Adolphe, et Hélie, Faustin, Theorie du code pénal, Ob. Cit. Pág. 231
- [16] Ver artículo 1 de la sección V del Código Penal Francés de 1791. La misma situación sucede con el actual artículo 432-1 del Código Penal Francés, que no sanciona la coalición, sino la participación individual del funcionario público, pero bajo la fórmula del abuso de autoridad.
- [17] Larousse, consulta en línea. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9putatation/23947>
- [18] Garraud, René, Traité de Droit Pénal Français, T. 3, Ob. Cit. Pág. 699.
- [19] Rapp.Préc, No. 2244, Pág. 124 y Rapp. Masson No. 274, citado por Wagner, Marion, Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation a outrance ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2011/1, Págs. 37-57.
- [20] Cass. Crim, 21 de mayo 1997, P. 96-82.904.
- [21] Rép. Pénal, Boucheron, Jean, Outrage, 1969, citado por Wagner, Marion, Ibidem.
- [22] Cass Crim. 25 de mayo 2004, P. 03-81.876;
- [23] Cass Crim. 19 de febrero 2019, P. 17-85.114
- [24] Ibidem.
- [25] Corte de Apelación Paris, 24 de noviembre 1891. S. 1892, 2, P. 180.
- [26] Cass Crim. 13 de enero 1876, Bull Crim No. 15
- [27] Cass Crim. 24 de mayo 1873, DP 1874, 1, 183; Cass Crim 14 noviembre 1989, No. 88-83.999 Bull Crim N. 417; D. 1991.447:
- [28] Cass. Crim, 18 octubre 1972, Bull Crim. 294.
- [29] Cass Crim, 24 de febrero 1893, DP 1893.1.393.
- [30] Cass Crim, 21 de mayo de 1997, P. 96-82.904
- [31] Ibid.
- [32] Adolphe, Chaveau et Hélié, Faustin, Theorie du Code Pénal, T.2, Ob. Cit. Pág. 230.
- [33] Chaveau, Adolphe et Helie Faustine, Theorie du Code Penal, Ob. Cit. Pág. 231.

Alianzas y coaliciones electorales

Nikauris Báez Ramírez^[1]

Las alianzas y coaliciones^[2] electorales constituyen modalidades de vinculación e instrumentos estratégicos que utilizan las organizaciones políticas, las cuales se enfocan en la consecución de maximizar votos, bancas ^[curules] y lograr la supervivencia política^[3]. La República Dominicana tiene un esquema particular de conceptualización, estructuración, formación y efectos de las alianzas y coaliciones, vale decir que si bien peculiar, no está aislado del contexto político nacional. Pese a ello -y por un interés pedagógico- me parece importante: primero, conceptualizarlas de conformidad con su nominación legal y su configuración práctica; segundo, aludir a las formas en las que se producen; y, tercero, sus efectos una vez intervenidos los comicios electorales.

De conformidad con el art. 2 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, una alianza es un acuerdo establecido entre dos o más partidos para participar conjuntamente en uno o más niveles de elección y en una o más demarcaciones electorales; por su lado, una coalición es el conjunto de partidos políticos que postulan los mismos candidatos y que han establecido en un documento el alcance y contenido de sus acuerdos. **Los integrantes de la coalición podrán pactar, aunque no con todos ellos, siempre que tengan en común un partido que los personifique.**

Me pregunto lector: ¿se entienden estos conceptos?; más aun, ¿se advierten diferencias conceptuales entre alianza y coalición? *prima facie* tanto el concepto de alianza como de coalición pudieran parecer confusos, además -de ser distintos-, ¿tienen efectos políticos electorales diferentes? Sería un vano intento -además de un despropósito- aludir a la doctrina regional para dotarnos de un concepto de coalición, pues por lo regular esta figura se asemeja con el sistema parlamentario o con alianzas postelectorales (coalición para formar gobierno o grupos parlamentarios) no propia y esencialmente para fines electorales, como sucede en República Dominicana o, en su defecto, se utiliza como sinónimo de alianza. Por su parte, la alianza a nivel regional si bien se utiliza para fines electorales, su formación conceptual y práctica también tiene sus diferencias, que atiende al sistema político-partidista del Estado de que se trate.

I. Conceptualización

Por ello, más que redefinir los conceptos, trataré de delinearlos exponiendo la manera en la que se configuran. Así las cosas, según sugiere la práctica electoral los efectos políticos-electorales de la alianza o coalición son los mismos: someter en la boleta de votación en las elecciones o comicios candidaturas comunes para que la ciudadanía vote de conformidad con sus preferencias.

La distinción radica en la forma en la que la administración recepciona los pactos de alianza y configura los partidos que van coaligados, mas no “aliados”. La configuración legal no exige que en el pacto de alianza figuren todas las organizaciones políticas pactantes, de modo que los partidos políticos se encuentran vinculados jurídicamente

por el partido común con el que se han aliado en el nivel de elección y demarcación respectiva, lo que se traduce en que estén “coaligados”. Lo ilustraremos con el ejemplo siguiente:



Fuente: elaboración propia.

El ejemplo anterior es ilustrativo. En ese caso, si el Partido Mosquito (que personifica la alianza) se alía con el Partido Mariquita en el nivel de regidurías del municipio de Azua de Compostela en el que se eligen 10 regidurías, entre estos interviene un pacto de alianza que deberán depositar ante la Junta Central Electoral. En el pacto de alianza el Partido Mariquita aportó un solo candidato en la lista que deberá postular el Partido Mosquito (que es el único que tiene calidad para depositar la lista, debido a que personifica la alianza). Además, el Partido Mosquito suscribe en el nivel de regidurías de la provincia de Azua, una alianza con el Partido Araña; debido al mismo el Partido Araña aporta 2 candidaturas. Las restantes siete (7) candidaturas serán aportados por el partido que personifica la alianza y con ello se completan el total de escaños a elegir en esa demarcación que es diez (10). Nótese hasta aquí que lo único que tienen en común el Partido Mariquita y el Partido Araña es al Partido Mosquito, que ha pactado con ellos de forma individual y es quien personifica la alianza.

¿Hay, en consecuencia, relación jurídica entre el Partido Mariquita y el Partido Araña? Se entiende que, aunque no haya intervenido pacto de alianza alguno entre ellos, como tienen en común un partido que personifica, van en ese nivel no aliados, sino coaligados, de donde se deduce su relación político-electoral. La administración electoral -como receptora de los pactos- debe evaluar las alianzas y determinar las coaliciones. La obligación de determinar la existencia de una “coalición” se debe a que uno de los efectos de la alianza es que en ningún caso podrá producir el fraccionamiento del voto para candidatos de un mismo nivel[4], ello implica que si el Partido Mosquito se alía con el Partido Mariquita ha de concluirse de facto que el Partido Mariquita y el Partido Araña están coaligados si la alianza intervenida por el partido que personifica la alianza con las otras dos organizaciones políticas de forma individual es para un mismo nivel y

una misma demarcación: en el ejemplo utilizado para el nivel de regidurías del municipio de Azua de Compostela.

Ejemplificado lo anterior y -si se quiere- para honrar el rol pedagógico que nos comprometimos en principio a asumir, podemos resumir respecto a la alianza y coalición lo siguiente, a saber:

1.La alianza debe ser personificada por una organización política, que es la que tiene el derecho o calidad para depositar la lista de candidaturas, lo que en sentido técnico significa “postulación”[5];

2.La organización política que personifica puede suscribir diferentes pactos de alianza en una misma demarcación y para un mismo nivel de elección;

3.Lo anterior no significa que todas las organizaciones políticas aliadas suscriben el mismo pacto de alianza. Empero, tienen en común tales al partido que personifica -con quien sí han pacto-, esto es, no hay acuerdo *per se* donde conste su vinculación temporal conjunta;

4.Cuando para una misma demarcación y nivel de elección una organización política - que personifica- ha suscrito varios pactos de alianza y bajo el entendido de que no hay alianza común entre estas, se produce una “coalición”, pues la modalidad de vinculación debe estructurarse en modo tal que no origine el fraccionamiento del voto;

5.Así, los partidos coaligados postulan las mismas candidaturas aportadas en las alianzas suscritas de forma segmentada.

II. Cuestiones fácticas

De no configurarse la coalición implicaría que las organizaciones políticas que se suponen vinculadas provisionalmente puedan presentar una lista de candidatos distintos respecto al mismo nivel lo que aparejaría el fraccionamiento del voto de la ciudadanía o que el Partido Mariquita, por ejemplo, pueda aliarse con el Partido Lagarto, configurando una alianza distinta con partidos que no intervinieron en la alianza inicial que suscribió con el Partido Mosquito, trastocando la confección de las alianzas y dividiendo o fragmentando los efectos del voto.

Tan importantes efectos no deben ser el resultado de una suerte de la interpretación o intelección. La indeterminación de los efectos de la alianza intervenida -de no configurarse debidamente la coalición- puede producir el fraccionamiento del voto, conduciendo a: (i) distorsionar la configuración inherente al sistema de alianzas o coaliciones; (ii) confusión para determinar cuáles partidos realmente se coligaron en un nivel y demarcación respectiva, para precisar que una posible alianza por una de esas organizaciones políticas con otra organización política que personifique, deviene en nula; y, (iii) de no estar concretizados sus efectos y si se llegase a presentar la boleta electoral a los ciudadanos; si un elector marca al mismo candidato en dos recuadros individuales de dos organizaciones políticas, el voto en lugar de ser sumado al partido

que personifica la alianza podría ser nulo, dado que no existe vínculo jurídico alguno por no existir coalición registrada de forma clara.

III. Efectos

Los efectos de las “alianzas y coaliciones”, producto de la indebida conceptualización y de la falta de precisión de sus implicaciones, apareja consigo indeterminaciones o incongruencias que impactan otros aspectos del sistema electoral. A tal respecto se evaluará: los efectos de la alianza o coalición; la confección de candidaturas individuales o en alianza en el nivel de diputaciones nacionales por acumulación de votos; el impacto de estas en el financiamiento político público; y, la titularidad y suplencia de candidaturas. Veamos:

La doctrina local no ha sido coincidente respecto a los efectos de la alianza o coalición o, más bien, si esta debería entenderse como temporal, limitados sus efectos al proceso electoral o si, en cambio, sus efectos trascienden la asamblea electoral, de ahí que se considere la alianza o coalición intervenida para la composición de órganos constitucionales con autonomía reforzada como el Consejo Nacional de la Magistratura. En tanto la legislación, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior Electoral parecerían inclinarse por una fisionomía de alianzas con efectos temporales.

Analizando los “efectos temporales” del régimen de alianzas de forma sistémica, los criterios de pérdida de la personalidad jurídica de una organización política parecerían dar cuenta de ello. Los partidos aliados o coaligados cuyos candidatos nominados y aportados por una organización política, de conformidad con el art. 75 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, pierden personalidad jurídica si las candidaturas que han nominado no ganan curul alguna, pese a que candidaturas de organizaciones políticas con las que estuvieron aliados se hayan agenciado el cargo electivo.

Después de intervenidos los comicios electorales de dos mil veinte (2020) la Junta Central Electoral (JCE) declaró extinta la personalidad jurídica de una organización política -pese a haber ido aliada en diversos niveles con organizaciones políticas cuyos candidatos propios obtuvieron la curul- al tenor de la antedicha disposición legal[6]. Esa organización incoó una acción de amparo por ante el Tribunal Superior Electoral, alegando que la resolución emitida vulneraba sus derechos políticos-electorales en tanto su personalidad jurídica fue declarada extinta. Alegaba que, pese a no haber obtenido curules, las candidaturas de la alianza que ganaron puestos de elección popular debían considerarse comunes, dado que los efectos de la alianza perduraban después de los comicios.

El Tribunal se decantó por declarar la acción notoriamente improcedente, considerando que la actuación denunciada como lesiva por la parte accionante no resultaba manifiestamente arbitraria ni ilegítima, según lo exigido por los artículos 72 de la Constitución y 65 de la Ley núm. 137-11, sino que había sido adoptada en virtud de las disposiciones del artículo 75 de la Ley núm. 33-18, Orgánica Partidos,

Agrupaciones y Movimientos Políticos, lo cual determinaba la inadmisibilidad de la acción de amparo así planteada a la luz de los precedentes contenidos en las sentencias TC/0757/17 y TC/0540/19, del Tribunal Constitucional[7], de modo que asumió que las candidaturas electas en virtud de la alianza no resultaban comunes a los partidos pactantes, de ahí que implícitamente con ello se aludió a los efectos temporales de la alianza.

Por otro lado, la diputación nacional por acumulación de votos es un nivel de elección en sí mismo y, de hecho, este nivel cuenta con una sola demarcación nacional con cinco curules. Si bien actualmente para la elección de estas diputaciones la estructura del voto es “doble voto simultáneo” es decir, el electorado no vota directamente por estas candidaturas, sino que el total de votos que obtuvieron las organizaciones políticas en el nivel de diputaciones territoriales[8] les es sumado de cara a la asignación de la diputación nacional por acumulación de votos. Importante destacar que las organizaciones políticas cuando deciden ir en recuadros individuales sus votos le son sumados de forma propia. Es decir, aunque haya una alianza es fácil determinar los votos individuales de cada organización política pues la ciudadanía vota directamente en sus recuadros partidarios.

El órgano administrativo electoral ha reglamentado diferentes normas de configuración (considerando las alianzas territoriales en el nivel de diputaciones) para el depósito de las listas del diputado nacional por acumulación de votos. Ha entendido que, por los efectos de las alianzas, una organización aliada con otras organizaciones políticas en el nivel de diputaciones territoriales no podría depositar individualmente su lista dado que “son indivisibles”, sin embargo, para el mismo nivel en otros casos ha permitido el depósito individual. Ello da cuenta de que la falta de precisión de los efectos de las alianzas también trastoca la forma en la que estas se efectúan -o no- en diferentes niveles de elección.

La prohibición así ceñida no tendría, a nuestro modo de ver, nada que ver con los efectos de la alianza. Aliarse en el nivel de diputaciones territoriales es demasiado atomizado, es decir, el Partido X puede aliarse con el Partido Y en 10 demarcaciones, mas no en 30 e ir con diversas organizaciones aliadas, ¿con cuál de ellas debería postular candidaturas para la diputación nacional? Evidentemente en ese nivel debería poder optar por depositar su lista individual o, en su defecto, aliarse con las organizaciones políticas que decida. En este último caso deberá sumarse los votos obtenidas por estas en cada demarcación territorial a nivel de diputaciones en las que hayan contendido con recuadro individual, de ahí que la totalización de los votos sea producto de tal suma.

Por su parte, hay sistemas en los que la configuración de alianzas y coaliciones influye en la asignación del financiamiento político público. En República Dominicana el régimen de alianzas no influye en la contribución económica que hace el Estado a las organizaciones políticas, en tanto estas: primero, -como se ha dicho- pueden optar por recuadros individuales, de donde le son sumados directamente los votos que obtuvo y en razón de ellos se asigna el presupuesto político público[9]; o, segundo, la alianza

intervenida puede decantarse por recuadro único, de donde en la boleta que se le presente al electorado solo figurará la casilla del partido que personifica la alianza.

En este último caso, los votos de la alianza -ante la imposibilidad de determinar los votos individuales de cada organización- son computados al único partido que figura en la boleta que es el que personifica, asignándose consecuentemente en su favor el financiamiento, sin permitir la ley que la alianza que decida recuadro único pueda elaborar un pacto para la distribución del financiamiento político público.

También los efectos de la alianza podrían afectar la forma de sustitución de quienes se desempeñan en la función electiva y la concepción de la pertenencia de tales curules. En las candidaturas con titularidad y suplencia (regidurías/suplencias de regidurías, alcaldías/vicealcaldías, direcciones y subdirecciones distritales) no se exige que ante una alianza intervenida la titularidad y la suplencia sean aportados por una misma organización política. Ello pudiera acarrear en consecuencia que, por ejemplo, si el Partido Mosquito que personifica la alianza postuló una lista de candidaturas y la candidatura ganadora fue la que fue nominada y aportada por el Partido Mariquita a la alianza, sea tal que detente la titularidad de la regiduría. Sin embargo, la suplencia de ese titular pudiera ser del Partido Lápiz, en cuyo caso ante la ausencia de la candidatura ganadora por una causa prevista en la ley, quien asumiría la titularidad sería una persona no vinculada a la organización política que ganó la curul titular.

El mecanismo para llenar la vacante de regidurías en ausencia de quienes ostentan la titularidad y suplencia de una regiduría está dispuesto en del art. 36 de la Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la posición le corresponde a la organización política, al disponer que la vacancia debe cubrirse con un candidato o candidata de la lista postulada por el partido cuyo funcionario electo ostentaba la curul, que haya obtenido mayor cantidad de votos dentro de los que no ganaron -y agrego, por extensión- que no del cómputo general definitivo que incluye a los candidatos y candidatas de todas las organizaciones políticas que contendieron[10]. De ahí se infiere que sería oportuno que tanto la titularidad como la suplencia de una candidatura sea aportada/nominada por una misma organización política.

En conclusión, somos de opinión de que debemos redefinir el concepto de alianza y coalición, así como su estructuración, sea decantándonos por optar por una sola modalidad de vinculación temporal: la alianza, en cuyo pacto intervengan todas las organizaciones políticas. En su defecto, disponiendo otros mecanismos que limiten la facultad de intelección del órgano administrativo electoral para determinar cuándo existe una coalición, de ahí que se deban diseñar pactos de coalición a consecuencia de los pactos de alianza que han suscrito con el partido común que es el que personifica la alianza.

Consideramos que sería importante instituir -sin lugar a vaguedades o ambigüedades- que las organizaciones políticas pueden depositar lista individual de candidaturas a nivel de diputaciones nacionales por acumulación de votos, dado que los efectos de la

alianza intervenida en las diputaciones territoriales no afectan las candidaturas de este nivel por: (i) ser una demarcación individual de alcance nacional; (ii) pese a ser candidaturas de diputaciones, es un nivel de elección con una demarcación propia; (iii) nuestro régimen de alianzas permitir escrutar los votos que obtuvo cada organización política de forma individual, dado que pueden optar por los recuadros individuales; y, (iv) coincide con su propósito constitucional: garantizar la representación de los partidos minoritarios.

En las candidaturas con titularidad y suplencia, cuando intervenga una alianza el partido que aporte la titularidad también debería aportar la suplencia, garantizando que la curul la siga detentando la organización política que nominó la candidatura y a favor de la cual votó el electorado dominicano. En los casos en los que la alianza intervenida opte por un recuadro único, se podrían replantear sus efectos de cara a la conservación de la personería jurídica y debería existir un mecanismo que le permita a las organizaciones políticas pactantes plantearse reglas de financiamiento político público.

[1] Abogada. cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD); Maestranda en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral, correo electrónico: nikaurisbaez10@gmail.com

[2] En el curso del presente artículo se utilizará la denominación “alianza y coalición” y “alianza o coalición” no de forma inadvertida. El propio andamiaje jurídico de la materia incurre en esa nominación conceptual que sugiere segmentación y también equivalencia nominativa. Como se pondrá de relieve, aunque la Ley les dé un tratamiento conceptual distinto, la diferencia estriba en cómo se efectúan. Aunque en la alianza no necesariamente intervengan todas las organizaciones políticas que finalmente resulten coaligadas, en la coalición sí. De modo que no es un error nominarlas como “alianza o coalición”.

[3] República Dominicana, Tribunal Constitucional dominicano; sentencia TC/0037/20, emitida en fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

[4] Artículo 130 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral. – Modalidades de alianzas. Las alianzas o coaliciones de partidos pueden producirse sólo dentro de las modalidades siguientes, sin que se permita en ningún caso el fraccionamiento del voto para candidatos de un mismo nivel: 1. Para las candidaturas del nivel presidencial. 2. Para las candidaturas del país en el nivel senatorial. 3. Para las candidaturas del país en el nivel de diputados. 4. Para las candidaturas del país en el nivel municipal. 5. Para candidaturas congresionales o municipales en una o varias demarcaciones políticas.

[5] Para ampliar sobre este concepto véase la sentencia TSE-123-2019, en la que el Tribunal Superior Electoral diferencia entre nominación y postulación.

[6] Véase Resolución 70/2020 sobre Pérdida de Personería Jurídica de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos emitida en fecha seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020) por la Junta Central Electoral.

[7] República Dominicana, Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-852-2020 dada en dispositivo en fecha quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

[8] Con anterioridad era del total de votos congresuales. Para ampliar véase sentencias TSE-769-2020, emitida en fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020) por el Tribunal Superior Electoral dominicano; y TC/0375/19 dictada en fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Constitucional.

[9] En la actualidad el artículo 61 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos dispone tres tipos de porcentajes para calificar la cantidad de votos válidos obtenidos individualmente por cada organización política y, consecuentemente, tres porcentajes de distribución de la contribución económica del Estado. Para ver más refiérase a: <https://abogadosdq.com/el-financiamiento-politico-publico-una-disyuntiva-historica/>

[10] República Dominicana, Tribunal Constitucional dominicano; sentencia TC/0668/18, emitida en fecha diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados

Stalin Osser[1]

No podemos hablar de conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa sin antes reconocer los esfuerzos realizados por GARCÍA DE ENTERRÍA en conceptualizar y delimitar estas figuras, para quien “la confusión de ambas técnicas ha supuesto en la historia del Derecho Administrativo un gravísimo peso”[2], mientras que para SANTAMARÍA PASTOR este tema, pese a su apariencia secundaria, es “una de las cuestiones centrales de todo el Derecho Público”[3], por su parte, GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, lo califican como “una de las cuestiones más complejas del Derecho Administrativo”. [4]

Lo anterior pone en evidencia que la doctrina más autorizada en la materia considera que el tema que se abordará a continuación juega un rol importante dentro del derecho público y se encuentra revestido de ciertas complejidades. De ahí que, a los fines de una mejor comprensión, es importante abordarlo haciendo antes algunas precisiones distintivas entre *potestad reglada*, *potestad discrecional*, *lagunas jurídicas* y *conceptos jurídicos indeterminados*.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, las *potestades regladas* «reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado... hay aquí un proceso aplicativo que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación de la cuestión de hecho para contrastarlo con el tipo legal»[5]. Bajo este supuesto, las condiciones de ejercicio de la potestad[6] que otorga la norma en particular, quedan totalmente fijadas.

Lo anterior podría dar la impresión de que la Administración operaría de manera automática, a lo que ZAGREBELSKY, en su «Derecho Dúctil», denomina como “maquinización por autómatas pensantes que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta”[7]. Sin embargo, esto únicamente sería posible si el derecho solo estuviera compuesto de reglas y no se necesitará de su humanización a través de las interpretaciones de los actores judiciales, así como la aplicación de los principios jurídicos vigentes.[8]

Por otro lado, en lo que respecta a la *potestad discrecional administrativa*, la solución no viene dada por el ordenamiento jurídico, es decir, no se ha predeterminado cuál debe ser el accionar de la Administración. De manera que, en estos escenarios, los órganos cuentan con un margen de maniobra y ponderación subjetiva, en cuya virtud podrán optar por diferentes soluciones acordes con el *interés general*[9]. No obstante, estas potestades no se activan como consecuencia de la indeterminación o imprevisibilidad de una situación de hecho en concreto por el legislador, sino todo lo contrario: *la misma debe ser producto de una remisión del ordenamiento jurídico a algún órgano de la Administración*.

En otras palabras, la discrecionalidad “no es producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. La discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio hacía entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley requiere[10]”. [11]

De la cita podemos advertir, que en tiempos pasados se consideraba que la *potestad discrecional* nacía como consecuencia de la existencia de una *laguna normativa* en el ordenamiento jurídico; empero, hoy en día esta concepción se ha superado. Las *lagunas jurídicas o normativas* se manifiestan en situaciones de hecho en las que el ordenamiento jurídico no ha previsto una respuesta concreta (omisión normativa).

Recientemente, mientras elaboraba el presente escrito, el Tribunal Constitucional señaló que: “La potestad discrecional administrativa consiste en la libre apreciación que se deja a la Administración Pública en circunstancias muy limitadas para hacer o no hacer según lo que esta considere pertinente para el interés general. La discrecionalidad bien entendida no da lugar a la arbitrariedad”. (TC/0133/22).

En ese orden, como podemos observar, el concepto de *laguna jurídica* es muy similar al ya fijado sobre *potestad discrecional*, lo cual, en principio, puede generar confusión, pero no es lo mismo. En la *potestad discrecional* el ordenamiento sí ha previsto una respuesta, pues, como ya enfatice más arriba, esta potestad no se fundamenta en una imprevisión: “las potestades discrecionales han sido conferidas a la Administración deliberadamente, para que su actuación se adapte a las circunstancias del caso concreto” [12]. Por el contrario, las lagunas jurídicas se manifiestan en supuestos que, debiendo tener atención normativa, no sido objeto de regulación.

Por último, los conceptos o términos empleados por el legislador en los distintos instrumentos normativos pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos jurídicos determinados son aquellos a los que la propia norma les otorga la definición de manera inequívoca e incuestionable (V. gr. la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años), es decir, en este contexto, el rol de la Administración se circunscribe exclusivamente en constatar la realidad material (según el ejemplo, cuántos años tiene) y aplicar la norma.

En cambio, los *conceptos jurídicos indeterminados* se manifiestan cuando la norma “se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no parecen bien precisados en su enunciado (...) la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque no admiten una cuantificación o determinación rigurosa” [13], es decir, su significado no se encuentra en ninguna parte del ordenamiento jurídico. Ejemplos clásicos de estos conceptos son: buena fe, buen padre de familia, justo precio, negligencia, etc... Estos conceptos no son exclusivos de una rama jurídica, ya que podemos encontrarlos con los mismos en regulaciones de cualquier tipo.

Empero, como correctamente señala DE ENTERRÍA: lo esencial de los conceptos jurídicos indeterminados es que la “indeterminación” del enunciado *no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo*, lo cual me lleva a concluir que los conceptos jurídicos indeterminados, no activan, bajo ninguna circunstancia, las facultades discrecionales de la Administración, pues esta última debe ser consecuencia de la remisión expresa del ordenamiento jurídico.

En el ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración tiene un margen de actuación subjetiva amplio, ante el cual debe aplicar la solución que mejor se ajuste al interés público y, sobre todo, motivar, de conformidad con párrafo II del artículo 9 de la Ley 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo; sin embargo, pese a que el ordenamiento jurídico en estos casos no ha previsto solución a una determinada situación de hecho, esto no implica que el acto administrativo discrecional esté exento de control jurisdiccional. Por ello, se han diseñado distintas técnicas sobre parámetros objetivos para controlar la discrecionalidad. Esto último será abordado en una próxima entrega.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Acción Pro Educación y Cultura (UNAPEC). Máster en Derecho Administrativo y Tributario (UNAPEC).

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, p. 465.

[3] SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Madrid, editora Iustel, 5ta edición, p. 294.

[4] GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. Manual Básico de Derecho Administrativo, Madrid, editorial Tecnos, p. 80

[5] DE ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 461.

[6] Para GAMERO la potestad administrativa es “un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad [juridicidad] para la satisfacción del interés general sometido a la ley y a control jurisdiccional” Cfr. Eduardo Gamero Casao y Severino Fernández Ramos, ob. cit., p. 77.

[7] ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Madrid, editora Trotta, S.A.

[8] Ambos autores coinciden en esto último.

[9] Eduardo Ganero Casao y Severino Fernández Ramos. Manual Básico de Derecho Administrativo, Madrid, editorial Tecnos, p. 77.

[10] Subrayado añadido.

[11] SANTAMARÍA PASTOR, Juan. ob. cit., p. 296.

[12] DE ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 465.

[13] *Ídem*

Los secretos de Estado y el poder invisible: análisis al proyecto de ley del DNI

Víctor A. León Morel^[1]

“Son injustas todas las actuaciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados[2]”. Immanuel Kant

I. Introducción

El profesor Norberto Bobbio en su obra “El futuro de la democracia^[3]” publicada originalmente en 1984 y traducida al español en 1986, reflexiona sobre los retos de la democracia y el poder del Estado invisible, precisando que la democracia se puede definir de muchas maneras, pero no hay definición que pueda excluir de sus connotados la visibilidad o transparencia del poder.

Y es que la transparencia en las actuaciones del Estado es una condición esencial en la democracia moderna de todos los países del mundo, ya que permite que los ciudadanos puedan tener un papel activo y procurar el control de legalidad pleno de todas las actuaciones estatales. De esta forma, funciona como un contrapeso a actuaciones arbitrarias que por lo general no se hacen públicas, dando lugar a actuaciones ilegales secretas, susceptible de abusos de poder y disfrazadas bajo el manto de secretos de Estado.

Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, en su sentencia **TC/233/19**, estableciendo lo siguiente respecto a las informaciones públicas y su relación con el principio democrático:

Queda claro que el derecho al acceso a la información pública, constituye una herramienta vital para la aplicación y el pleno ejercicio del principio democrático que debe regir la relación de los ciudadanos en todo Estado de Derecho. En tal sentido, corresponde a cada institución estatal, crear los mecanismos a través de los cuales la población pueda acceder a la información pública; este derecho fundamental tiene como objeto permitir el control del ciudadano sobre las acciones y ejecutorias del Estado y demás entidades estatales respecto del manejo que estas dan a los fondos públicos, garantizando así la transparencia en la administración pública de las instituciones del gobierno central, entidades descentralizadas, autónomas, municipales, empresas del Estado.

Ahora bien, todos los Estados modernos también tienen el deber esencial de mantener ciertos asuntos secretos a fines de preservar aspectos fundamentales para el desarrollo de una nación, como la seguridad nacional e internacional.

En ese sentido, el magistrado emérito del Tribunal Constitucional Español, Manuel Aragón Reyes, indica que el problema de los secretos de Estado es uno de los más delicados a los que se ha enfrentado el constitucionalismo, pues pocos asuntos como éste, ponen de manifiesto la tensión entre la necesidad de preservar el Estado, sin cuya

existencia no cabe la convivencia política, y la necesidad de controlar a ese mismo Estado, sin lo cual esa convivencia no estaría basada en la libertad. Si ese equilibrio se rompiera, se estaría poniendo en grave riesgo la propia supervivencia del Estado[4].

Por su parte, el profesor Brewer Carias sostiene igualmente que uno de los grandes retos del Estado de derecho en el mundo contemporáneo, en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio de secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. Esa sustitución, sin embargo, puede decirse que aun no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continua vigente el principio de secreto discrecional, conforme la cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa[5].

De manera que la publicidad debe ser la regla para todas las actuaciones del Estado y que estas actuaciones solo deben mantenerse en secreto en situaciones excepcionales, y cumpliendo una serie de condiciones que expondremos más adelante, analizando el proyecto de ley que crea la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI) y el Sistema Nacional de Inteligencia.

II. La publicidad como regla general en las actuaciones del Estado

El Artículo 138 de la Constitución contiene los principios de la Administración Pública, estableciendo que se encuentra sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, **transparencia**, economía, **publicidad** y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado[6].

Asimismo, el artículo 3.7 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, dispone lo siguiente sobre la publicidad en las actuaciones administrativas:

Artículo 3. Principios de la actuación administrativa. *En el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo con los siguientes principios:*

Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo: *En el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.*

El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia **TC/0588/18** dispuso lo siguiente sobre el acceso y los tipos de información:

...la regla general es que todas las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado y en tal virtud, las

restricciones o límites a ese derecho deben estar legalmente precisados en lo relativo al tipo de información que puede ser reservada y la autoridad que puede tomar esa determinación. Esas limitaciones solo serían constitucionalmente válidas si procuran la protección de derechos fundamentales e intereses públicos o privados preponderantes, tal como se contempla en los artículos 17 y 18 de la Ley núm. 200-04, General de Libre Acceso a la Información Pública.

Precisado lo anterior, de la naturaleza de la información solicitada pueden ser distinguidas las siguientes categorías:

- ***Pública:*** *Constituye las informaciones contenidas en actas y expedientes de la Administración Pública, así como las actividades que desarrollan entidades y personas que cumplen funciones públicas, a excepción de aquellas que afecten la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o el derecho a la privacidad e intimidad de un tercero o el derecho a la reputación de los demás. Esto se desprende del contenido del artículo 2 de la Ley núm. 200-04, General de Libre Acceso a la Información Pública.*
- ***Secreta o Reservada:*** *Constituye un supuesto de excepción al derecho de libre acceso a la información pública. Es aquella información que se encuentra en poder del Estado y cuyo acceso se encuentra restringido en atención a un interés superior vinculado con la defensa o la seguridad del Estado.*
- ***Confidencial:*** *Dentro del marco de excepción al derecho de libre acceso a la información pública, es aquella información que está en poder del Estado y que sólo compete a sus titulares, de índole estratégica para decisiones de gobierno, acción sancionadora o procesos administrativos o judiciales. También abarca la información protegida por secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, y la relativa al derecho a la intimidad de las personas.*

De manera tal que en los dos últimos tipos de información, la secreta o reservada y la confidencial, existen límites justificados a su acceso, conforme a un interés superior, seguridad del Estado o informaciones estratégicas, y demás. Partiendo de lo anterior podemos afirmar que la actuación de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI) se enmarca dentro de las informaciones secretas o reservadas.

Si entendemos que la publicidad es la regla general en las actuaciones del Estado, el secreto como situación excepcional debe reglamentarse correctamente, bajo condiciones especiales y sin una discrecionalidad excesiva, por lo que presentamos algunas de nuestras observaciones al referido proyecto de Ley.

III. Críticas al proyecto de Ley que crea la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI) y el Sistema Nacional de Inteligencia

La necesidad de aprobar una nueva norma ajusta a los tiempos modernos está más que justificada, especialmente cuando leemos el Considerando Segundo del proyecto, que

incluye amenazas relativamente novedosas a la seguridad nacional e interior del país, como el terrorismo, ataques cibernéticos, corrupción administrativa, crímenes transnacionales, lavado de activos y flujos migratorios irregulares. De igual forma, la parte final del artículo 261 de la Constitución dispone una reserva de ley para la creación de un sistema de inteligencia del Estado.

Entre las funciones de la Dirección Nacional de Inteligencia se encuentran la de recopilar y procesar información relevante para la seguridad nacional y la protección de los intereses fundamentales de la nación, informaciones que tienen un carácter confidencial conforme al referido proyecto.

Esto no es del todo criticable en cuanto al fondo, aunque entendemos que si lo es en cuanto a la forma y pasamos a explicar las razones.

La primera crítica importante es que el proyecto no dispone un plazo para desclasificar estas informaciones. Por poner un ejemplo concreto, en EEUU, Reino Unido, Italia o Francia, existen leyes que disponen plazos dependiendo del tipo de información, las cuales pueden permanecer secretas por un periodo de tiempo determinado, el cual podrá extenderse excepcionalmente. La temporalidad del secreto es fundamental, pues mantener en secreto de forma indefinida una información o actuación administrativa indudablemente que puede dar lugar a arbitrariedades. Igualmente, son muy pocos, por no decir ninguno, los casos en que se justificaría mantener una información secreta para la eternidad.

Otra crítica importante, es que no clasifica la información recopilada, como sucede en España y la Ley de Secretos Oficiales, que clasifica las informaciones en secretas y reservadas, de lo cual precisa el profesor Sendin Mateos que las reservadas son “menos importantes” [7]. Esta legislación no se ha encontrado exenta de críticas, como las realizadas por Díez-Picazo, respecto a la discrecionalidad del Pleno del Consejo de Ministros de clasificar materias en secretas o reservadas, así como para desclasificar las mismas. El artículo 9 del proyecto de Ley indica que la facultad de desclasificar informaciones reservadas o confidenciales sobre cuentas e informes financieros le corresponde al Poder Ejecutivo.

Lo anterior implica que el proyecto de ley analizado no cumple con las dos condiciones esenciales de **temporalidad y excepcionalidad** que Bobbio señala, debido a que no se encuentran sujetas a un periodo de tiempo, pero tampoco se clasifican de manera adecuada, convirtiendo la excepción en una regla.

Otro aspecto a mejorar es que el indicado artículo 9 tampoco dispone excepciones respecto de la confidencialidad de las informaciones, como por ejemplo, en casos de que el Ministerio Público u otro organismo de investigación, como la Unidad de Análisis Financiero, las requiera en casos de crimen organizado y corrupción administrativa, u otros delitos de interés nacional.

Debido a lo anterior, Brewer Carias sostiene que el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre, no solo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, secreto y administración ineficiente constituyen un binomio históricamente inseparable[8].

Pero el acceso a estas informaciones, que pueden permanecer secretas de manera perpetua no solo puede afectar las investigaciones del Ministerio Público, sino también de investigadores e historiadores que recrean la historia y nos ofrecen una visión del pasado que juega un papel importante en toda sociedad, pues como afirma el viejo adagio de que el pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla, y precisamente esto es lo que se procura evitar manteniendo los secretos de Estado como una facultad excepcional, y no una regla, de que todas las personas puedan obtener estas informaciones y publicitarlas a la generalidad. En España, los historiadores rechazan el exceso de secretismo que recae sobre los arcanos de los archivos sujetos al régimen de secretos oficiales, lo que ha obligado que muchos de ellos a buscar informaciones en otros países[9].

Uno de los aspectos más preocupantes, en otra de las versiones que revisamos del proyecto de Ley es que dispone que, para el desarrollo de sus actividades informativas, la Dirección Nacional de Inteligencia contará con una asignación de gastos reservados, lo que implica una discrecionalidad absoluta en el manejo de estos fondos y una ausencia de escrutinio del uso de los mismos.

El artículo 19 dispone que la facultad de compras y contrataciones públicas es competencia del director nacional, conforme la excepción prevista en la Ley 340-06 y sus modificaciones, a fines de salvaguardar informaciones o datos confidenciales. No obstante, lo anterior, el párrafo, numeral 1 del artículo 6 de la referida ley dispone que dicha excepción por razones de seguridad o emergencia nacional pudieran afectar el interés público, vidas o la economía del país, será siempre previa declaratoria y sustentación mediante decreto, lo que justifica el carácter excepcional del secreto.

Evidentemente que existirán procesos de compras y contrataciones que no podrán ser objeto de publicidad, para preservar la seguridad nacional e interior del país, pero estos procesos deben estar claramente reglamentados, debido a que existen procesos ordinarios de compras y contrataciones que en modo alguno comprometen esos fines.

Para Kelsen la publicidad es **la seña de identidad de la democracia**, mientras que la autocracia se caracteriza por la opacidad de los actos de sus dirigentes, cuyo objetivo es eliminar cualquier posibilidad de ejercer un control político o jurídico de la acción del gobierno, que pudiera dar pie a críticas y a someter sus decisiones al escrutinio de la opinión pública.

Nuestra opinión es que la legislación analizada es necesaria para actualizar el Departamento Nacional de Investigaciones, así como para crear el Sistema Nacional de Inteligencia conforme lo dispone la misma Constitución, y que así el Estado pueda ejecutar idóneamente las funciones de defensa a nivel nacional e internacional. Sin embargo, entendemos que este proyecto de ley tiene muchos aspectos a mejorar, especialmente porque la regulación del organismo que opera de manera secreta debe intentar reducir la discrecionalidad al nivel necesario, a fines de evitar que estos poderes sean desnaturalizados y que el secreto en sus actuaciones se convierta en un salvoconducto para ocultar arbitrariedades.

Esto debido a que conforme ha expresado el Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo, Dr. Antoliano Peralta, desde la dictadura de Trujillo, con el Servicio de Inteligencia Militar (SIM), los servicios de inteligencia han sido un dolor de cabeza para la sociedad por una serie de incursiones que implican violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que se hace necesario regular sus actuaciones[10].

En conclusión, los Estados modernos no deben regular para mantener poderes invisibles, como afirma Bobbio, por lo que el proyecto de ley debe mejorar en varios aspectos, contemplando la temporalidad y excepcionalidad del secreto, a fines de proteger la democracia que tanto nos ha costado mantener.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL.

[2] KANT, Immanuel, "Sobre la paz perpetua", Tecnos, Madrid, 1998.

[3] BOBBIO, Norberto, "El futuro de la democracia", Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

[4] ARAGÓN REYES, Manuel, Prólogo de la obra "El secreto de Estado", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Sánchez Ferro, 2006.

[5] BREWER CARIAS, Allan, "Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina", Segunda Edición, Ediciones Olejnik, Chile, 2020, P. 149.

[6] Negrita es nuestra.

[7] SENDIN MATEOS, José Antonio, "El conflicto entre publicidad y secretos de Estado", "Conflictos de Derechos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, P. 188.

[8] Op. Cit. 5

[9] https://elpais.com/diario/1996/08/28/espana/841183216_850215.html

[10] <https://www.diariolibre.com/actualidad/politica/sistema-nacional-de-inteligencia-estaria-bajo-las-ordenes-del-poder-ejecutivo-OA27053805>;

Necesidad de reforma de la ley de expropiación y justiprecio

Víctor A. León Morell^[1]

I. Introducción

El derecho de propiedad, como fundamento del constitucionalismo liberal^[2], se encuentra garantizado en todas las constituciones dominicanas, desde 1844. El Tribunal Constitucional en su sentencia **TC/0053/14** ha reconocido el mismo como un derecho de fuerte configuración que implica un poder directo e inmediato sobre las cosas, se encuentra dentro de los derechos económicos y sociales y está protegido por el Texto Sustantivo como una garantía integral del patrimonio privado frente a los poderes públicos.

Este derecho fundamental, según palabras del propio Tribunal Constitucional, se configura como un derecho casi absoluto^[3], limitado sólo por el carácter social del mismo, como en los casos de expropiación forzosa. El Tribunal Constitucional, en sentencia **TC/0261/14** define la expropiación como un límite negativo del derecho de propiedad que tienen los particulares, por el otorgamiento de una facultad a la administración de poder disponer de los bienes y derechos que estos tienen sobre las propiedades de que se trate para dar cumplimiento a fines supraindividuales, teniendo la administración la obligación de compensar el sacrificio del titular de ese derecho, operando esta exigencia como un límite a la potestad expropiatoria que tiene la administración.

Según Nassef Perdomo, la obligación de someter al debido proceso los actos de expropiación tiene un precedente importante en los puntos 52 y 53 de la Carta Magna de 1215^[4].

El profesor Laguna de Paz define la expropiación forzosa como la privación singular de bienes o derechos patrimoniales para su afectación a fines de interés general, a cambio de la correspondiente indemnización compensatoria^[5]. Este autor considera, al igual que otros, que la expropiación forzosa es una potestad administrativa, y como toda actuación administrativa no es ilimitada y se encuentra sujeta a un control de legalidad posterior.

En el caso particular de la Ley No. 344, objeto del presente análisis, entendemos que toda norma dentro del ordenamiento jurídico tiene un contexto histórico relevante. La Ley No. 344, que establece un procedimiento especial para las expropiaciones intentadas por el Estado, fue promulgada el 29 de julio de 1943, en pleno apogeo de la dictadura trujillista.

No es un secreto que en la dictadura se cometieron un sinnúmero de atropellos a derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad. Relata un artículo publicado en el Periódico Hoy que las expropiaciones propiamente dichas, se iniciaron en la mal denominada “Era de Trujillo”, en donde el instinto rapaz del dictador y en su afán de convertirse en el mayor terrateniente del país, empezó a confiscar terrenos,

viviendas y empresas sin por supuesto, pagar según lo establecido por la Constitución, el precio justo acordado entre las partes[6].

Al momento de dictarse esa ley, se encontraba vigente la Constitución de 1942, que contemplaba, de igual forma que la actual, la protección del derecho de propiedad, con excepción de casos donde exista una causa justificada de utilidad pública o interés social, previa justa indemnización[7].

Esta legislación ha sido objetos de varias modificaciones en el transcurso de los años a modo de parches, que conforme explicaremos más adelante, se mantiene con disposiciones arbitrarias, deficientes e inútiles a fines de garantizar los derechos fundamentales del expropiado, debiendo procurar que la expropiación forzosa sea realizada en los casos estrictamente necesarios y previo al pago del justo precio.

De modo que el objetivo del presente artículo es analizar las deficiencias de la norma, y proponer desde nuestra perspectiva y a modo de crítica constructiva algunas mejoras conforme a la Constitución actual y a la experiencia comparada.

II. El objeto de la causa de la expropiación no es objetivamente identificado

La *causa expropriandi* es la indicación previa de la finalidad que ha de cumplir el bien o derecho expropiado[8]. Asimismo, se considera como uno de los elementos esenciales para que la expropiación sea legal. Radica en la concurrencia de razones de utilidad pública o interés social[9].

Aunque reconocemos que definir conceptos tan indeterminados como interés público, interés social o causas justificadas de utilidad pública, resulta complejo, entendemos que al menos debieran existir ciertos parámetros para determinar cuándo procede la expropiación forzosa.

Pongamos el ejemplo de una persona que vive en una propiedad rural, donde tiene una finca, y vive de estos ingresos. Expropiar a ese individuo para construir una carretera no solo implica la sustracción de su derecho de propiedad, sino también su trabajo y medio de vida. En nuestra opinión, la Ley debería contemplar que dependiendo de ciertos casos, como en el mencionado, exista un estudio de factibilidad previo al proceso de expropiación que justifique una ponderación adecuada entre el derecho de propiedad y la utilidad pública producto de esa construcción.

Si un estudio técnico indica que la mejor forma de satisfacer el interés general es que la carretera atraviese la propiedad del individuo que previamente mencionamos, existe un parámetro objetivo que al menos justifica la limitación del derecho fundamental de propiedad.

Sobre lo anterior, es importante resaltar que la expropiación no es *un fin en sí mismo*, sino *un instrumento para dedicar bienes a fines de interés general*. El fin de la

expropiación no es la privación, sino el destino de interés general, utilidad pública o interés social al que ha de destinarse los bienes[10].

En ese sentido, el Tribunal Supremo Español se ha pronunciado indicando que la declaración de utilidad pública o interés social forma parte del mismo instituto expropiatorio, de modo que su falta determina la nulidad de pleno derecho de la expropiación forzosa, poniendo como ejemplo que *“falta la causa para el ejercicio lícito de la expropiación forzosa cuando el beneficiario (empresa eléctrica), en virtud de un arrendamiento, disponía ya de los terrenos precisos para la instalación y funcionamiento de la explotación eléctrica, lo que hace innecesario y por lo tanto injustificado el ejercicio de la potestad expropiatoria[11].”*

En España, la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y Ley de Aguas, disponen necesario la aprobación de los planos correspondientes, incluyendo los trabajos de investigación, estudios, proyectos y obras previstas en el plan, lo cual garantiza de cierta forma la causa expropiandi[12].

III. La valoración contemplada para el justiprecio es realizada por un órgano del Estado.

El citado artículo 10, que contempla la tasación de la Dirección General de Catastro Nacional (**DGCN**), sencillamente coloca al expropiado en una situación de desventaja frente al Estado dominicano a fines de obtener el justiprecio del inmueble expropiado.

La **DGCN**, fue creada como una entidad de derecho público, dependiente de la Secretaría de Estado de Finanzas (hoy en día Ministerio de Hacienda), por la Ley No. 317, del 14 de junio de 1968, y tiene como objetivo fundamental realizar un inventario de todos los bienes inmuebles del país que refleje las características físicas, descriptivas, jurídicas y económicas de dichos inmuebles.

En ese sentido, es evidente que al tratarse de una institución del Estado, no es lógico razonar que sus tasaciones serán objetivas, sobre todo cuando afectan el patrimonio público. Es un ejemplo clásico de juez y parte, pues si es una institución del mismo Estado quien decide cual es el “justiprecio” del inmueble expropiado, el valor fijado siempre será inferior al valor real de mercado, lo que vulnera el derecho fundamental a recibir el justo valor como lo establece la Constitución dominicana en su artículo 51.1.

Debemos resaltar que aun cuando ambas partes depositen tasaciones y peritajes particulares respecto al justiprecio del inmueble, es práctica común del Tribunal Superior Administrativo, competente conforme al literal c del párrafo del artículo 1 de la Ley 13-07, solicitar mediante sentencia a la **DGCN** su avalúo del inmueble del cual se solicita el pago del justiprecio.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha reconocido la necesidad de fijar ciertos parámetros para la determinación del justo precio, precisando lo siguiente:

*“Dentro del concepto justo precio, la jurisprudencia convencional se inclina en indicar que supone una indemnización que debe ser **adecuada, pronta y efectiva**; en ese sentido se ha de entender como adecuado el monto a recibir, cuando en su determinación se tome en cuenta:*

1º) el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública;

2º) el justo equilibrio entre el interés general y e interés particular; y

*3º) los **intereses devengados desde que se perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble**. Adicionalmente dicha indemnización constitutiva de lo que se denomina justo precio estaría conformada por todo daño, de cualquier tipo, que sea la consecuencia de la pérdida coactiva de propiedad producida por la expropiación, siempre y cuando haya sido probado ante los jueces del fondo^[13].” (el subrayado es nuestro)*

De modo que en una futura reforma el justo valor del inmueble expropiado debería ser determinado con parámetros técnicos y objetivos, como los expresados en la sentencia anteriormente citada y que sean realizados por una persona física o jurídica independiente en sus actuaciones de una de las partes envueltas en el proceso litigioso.

IV. El método de valoración contemplado para el justiprecio es contradictorio

La Ley dispone en sus artículos 5, 6, 7 y 8, que en caso de que no exista acuerdo en el precio del inmueble expropiado, cada parte debe designar un perito para determinar el precio del inmueble expropiado, quienes deberán declarar en audiencia a fines de que el tribunal decida de manera soberana respecto al justiprecio. No obstante lo anterior, el artículo 10 establece que lo siguiente:

Art. 10- (Modificado por la Ley No. 4421 del 11 de abril de 1956). Las tasaciones o retasaciones de inmuebles realizadas por la Dirección General del Catastro Nacional que hubieran servido de base para el pago de impuesto, serán consideradas correctas y ningún Tribunal podrá reducir el valor de esas tasaciones, salvo el caso de que las propiedades de que se trate hayan experimentado, posteriormente a la tasación, una desvalorización determinada por causa notoria, por incendio, destrucción u otra circunstancia de esa misma índole.

Lo anterior implica que si se trata de un inmueble registrado, que ha sido tasado por la Dirección General de Catastro Nacional, su valoración se considerara exacta, a menos que se cumplan con las condiciones previamente indicadas en dicho artículo.

Entendemos que este artículo debe ser modificado, a fines de que se establezca un solo método para que el tribunal pueda tener como base un peritaje técnico y así determinar el justiprecio del inmueble expropiado. Indicamos lo anterior, pues aún cuando la norma reconoce que cada parte podrá presentar su peritaje, el tribunal tendrá que decidir en favor de uno por encima de otro y esto sencillamente que da lugar a una

discrecionalidad excesiva e innecesaria, sobre todo en un aspecto tan técnico como la valoración de un inmueble. La indemnización si pudiera ser objeto de mayor discrecionalidad en favor del operador jurídico.

Una posible solución podría ser que la Ley contemple que el tribunal solicite al Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores (**CODIA**) la designación de un perito a fines de que sea este quien determine el justiprecio del inmueble, tomando como base una serie de parámetros objetivos establecidos en la norma.

IV. El artículo 13 de la Ley es inconstitucional

El artículo 13 de la Ley prevé la posibilidad de que el Estado tome posesión del inmueble expropiado sin pagar su justo valor, contrario a lo que establece el referido artículo 51.1 de la Constitución. Dicho artículo dispone textualmente lo siguiente:

*Art. 13- (Modificado por la Ley No. 471 del 2 de noviembre de 1964). En caso de que no haya acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y el Poder Ejecutivo declare la urgencia, el Estado, los Municipios y el Distrito Nacional podrá entrar en posesión de dichos bienes para los fines perseguidos por la expropiación una vez que se haya depositado en la Tesorería Nacional en una cuenta especial, fuera de la Cuenta República Dominicana, **el valor fijado por el Catastro Nacional** como precio de los mismos a reserva de discutir si procede o no el pago de un suplemento de precio, ante el Tribunal competente, el cual será apoderado directamente por medio de una instancia.*

Respecto a dicho artículo, si el valor fijado por la **DGCN** dista considerablemente del valor real del inmueble, como es usualmente el caso, el administrado se verá seriamente perjudicado, pues habrá perdido la posesión de su propiedad y posiblemente tendrá que durar años litigando frente al Estado a fines de obtener la diferencia del valor correspondiente.

Al respecto, se resalta el voto disidente contenido en la sentencia **TC/0271/15**, del magistrado Rafael Díaz Filpo, quien entiende que dicho artículo es inconstitucional, expresando lo siguiente:

15. De lo anterior se evidencia la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 13 de la Ley núm. 344, que atribuye al Poder Ejecutivo la declaratoria de urgencia en materia de expropiación; facultad que ha sido constantemente ejercida como una fórmula instantánea a fin de vencer (como el propio texto legal lo establece) los obstáculos que genera para la entrada en posesión del inmueble, la ausencia de acuerdo para el pago del justo precio. Esto opera en sentido inverso al mandato constitucional que, dentro del marco de un estado de emergencia y posterior a su declaratoria debidamente autorizada por el Congreso Nacional, contempla la excepción al pago previo para la expropiación. De lo anterior, resulta necesario una readecuación integral de la citada Ley núm. 344 y, especialmente, de la excepción prevista en el referido artículo 13; toda vez que

contraviene, a todas luces, la excepción de la declaratoria de emergencia o defensa prevista en el artículo 51.1 de nuestra Constitución, para que el Estado pueda entrar en posesión del inmueble previo al pago del justo precio.

Posteriormente, mediante sentencia **TC/0182/20**, de fecha 23 de junio de 2020, el Tribunal acogió una acción directa en inconstitucionalidad en contra de dicho artículo, dictando una sentencia interpretativa aditiva, para que se leyera de la siguiente forma:

*Art. 13- (Modificado por la Ley No. 471 del 2 de noviembre de 1964). En caso de que no haya acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y **se declare el Estado de Emergencia o de Defensa**, conforme a los términos que establece la Constitución, el Estado, los Municipios y el Distrito Nacional podrá entrar en posesión de dichos bienes para los fines perseguidos por la expropiación una vez que se haya depositado en la Tesorería Nacional en una cuenta especial, fuera de la Cuenta República Dominicana, el valor fijado por el Catastro Nacional, mediante una **tasación debidamente actualizada**, como precio de los mismos a reserva de discutir si procede o no el pago de un suplemento de precio, ante el Tribunal competente, el cual será apoderado directamente por medio de una instancia.*

(el subrayado es nuestro)

De manera que conforme a la declaratoria de inconstitucionalidad, cualquier toma de posesión realizada por el Estado conforme al artículo 13 sin previo pago y sin que se haya declarado el Estado de Emergencia o Defensa sería inconstitucional e incluso podría enmarcarse dentro de una vía de hecho administrativa. El Tribunal Constitucional, en sentencia **TC/0077/19**, de fecha 21 de mayo de 2019, ha precisado que para que una persona pueda ser privada de su propiedad de manera que la afectación a su derecho fundamental sea mínima, es preciso que se garantice:

- 1) la legalidad de la actuación;*
- 2) el debido proceso y la tutela efectiva; y*
- 3) el pago previo del justo valor del bien, es decir, una previa indemnización, salvo que interviniera una declaratoria de estado de emergencia o de defensa, caso en que dicho pago podría ser posterior, lo que no ocurre en el caso de la especie.*

*Esto se traduce a que la actuación de la Administración, cuando es ajena al mandato imperativo de la Constitución, **se aparta de la función esencial de un Estado Social y Democrático de Derecho**, violando de esa forma los derechos fundamentales de los sujetos activos de dichos derechos, en este caso la señora Diosa Milagros Holguín Madera, quien en alrededor de doce (12) años, no ha sido indemnizada.*

(el subrayado es nuestro)

A modo de conclusión, entendemos que el Estado debe garantizar el derecho de propiedad y utilizar la potestad expropiatoria de manera excepcional, pagando previamente el justo precio, con las excepciones contempladas en el mismo artículo

51.1 respecto a la declaratoria de Estado de Emergencia y procurando siempre el interés general.

VI. El procedimiento contemplado en la Ley se encuentra diseñado para que el Estado impulse el proceso.

De la lectura de los artículos 2 y siguientes de la Ley, se verifica que la intención del legislador era que sea el Estado quien impulse el proceso de justo pago previo ante la necesidad de expropiar forzosamente el inmueble. Esto, no es tanto una crítica teórica, pues desde esa óptica lo vemos como algo positivo, sin embargo, en la práctica ha sido todo lo contrario.

Es decir, aunque debería ser el Estado quien impulse, se ponga en contacto con el propietario del inmueble expropiado, incluso antes de que se emita el Decreto que expropie el inmueble a fines de llegar a un acuerdo amigable si es posible, la realidad es que el Estado emite un Decreto expropiando una porción de terreno que afecta a particulares, y en algunos casos el propietario ni siquiera se entera hasta que realiza las investigaciones o inician los trabajos. Me atrevo a decir que en la gran mayoría de los casos es el expropiado quien tiene que luchar contra el Estado para recibir el pago del justo precio, debido a varios motivos, entre ellos, argumentos de indisponibilidad de fondos, ofertas irrisorias basadas en un avalúo de la **DGCN** totalmente desactualizado y ajeno al valor del mercado, y hasta la voluntad de un político negligente.

Es importante resaltar que en estos casos, en el cual no se cumpla con lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Constitución relativo al previo pago del justo precio, el Presidente y demás funcionarios involucrados pudiera comprometer su responsabilidad administrativa y civil conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 86-11 que dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 5.- El funcionario público que, a sabiendas de la indisponibilidad de fondos presupuestarios, ordenare la adquisición de bienes o contratación de obras y servicios que no hayan sido previamente consignados en el presupuesto de la institución y aprobados según la ley, incurrirá en falta grave en el ejercicio de sus funciones y será pasible de las sanciones previstas en la ley, sin perjuicio de las acciones en responsabilidad civil que puedan emprender partes interesadas.

También entendemos que en una futura reforma debemos discutir la posibilidad de incluir una indemnización adicional en caso de un retraso excesivo en el pago. La legislación española no solo prevé el pago del valor real del inmueble expropiado como parte del justiprecio, sino también un 5% adicional del valor real, como premio de afección, a fines de compensar el daño subjetivo que representa la expropiación, los daños y perjuicios, así como un interés sobre esos valores en caso de demora por más de seis meses.

Al menos reconocemos que existe cierto interés en corregir estas deficiencias, pues el senador Félix Bautista comentó en un artículo publicado el 5 de febrero de 2014 en

Listín Diario que presentó un proyecto de ley *para actualizar el procedimiento de expropiación en el país, ajustando el texto al mandato de la Constitución vigente, a las leyes generales y especiales sobre la materia y a las decisiones de los tribunales, muy especialmente del Tribunal Constitucional*[14], ahora bien, no conocemos el estado actual del mismo.

Por todos estos motivos, somos de opinión que una reforma a la Ley 344 es más que necesaria a fines de adecuar esta norma a la Constitución de 2010, así como para garantizar una buena administración conforme a la Ley 107-13 para que los administrados tengan una norma que les permita de manera efectiva, proteger su derecho de propiedad, y en casos excepcionales, recibir la justa indemnización previa que contempla el citado artículo 51.1 de la Constitución, de modo que tengamos como afirma el magistrado Ray Guevara, la seguridad jurídica necesaria, que es la mejor vacuna contra la arbitrariedad[15].

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL.

[2] El profesor Eduardo Jorge Prats lo explica muy bien en su obra "Derecho Constitucional, Volumen I".

[3] TC/0585/17.

[4] PERDOMO CORDERO, Nassef, "Constitución Comentada por Finjus, 2011, art. 51, p. 109.

[5] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico", Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2022, P. 1391.

[6] <https://hoy.com.do/a-proposito-de-la-titulacion-de-tierras-parte-1/>

[7] Artículo 6.7 de la Constitución de 1942.

[8] PALOMAR, Alberto, "Causa expropiandi", disponible en línea en: [https://vlex.es/vid/causa-expropiandi-427620682#:~:text=La%20causa%20expropiandi%20es%20la.afectarse%20el%20objeto%20expropiado%20\(%20art.](https://vlex.es/vid/causa-expropiandi-427620682#:~:text=La%20causa%20expropiandi%20es%20la.afectarse%20el%20objeto%20expropiado%20(%20art.)

[9] <https://dpej.rae.es/lema/causa-expropiandi>

[10] Op. Cit. 2, P. 1407-1408

[11] STS RJ 2007, 3898, 26 de junio 2007.

[12] Ver Art. 42.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015 y art. 44.2 del Real Decreto Legislativo 1/2021, textos que han recibido fuertes críticas de administrativistas como Santamaría Pastor, ya que expresa que estas normas procuran subvertir y reducir a nada la exigencia de habilitación legislativa debido a que son aprobadas mediante el Estado, por simple acuerdo de gobierno.

[13] Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 28 de Octubre de 2020, No.14

[14] <https://listindiario.com/puntos-de-vista/2014/02/05/309517/la-expropiacion;>

[15] [https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-asegura-seguridad-jur%C3%ADdica-es-una-vacuna-contra-la-arbitrariedad/;](https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-asegura-seguridad-jur%C3%ADdica-es-una-vacuna-contra-la-arbitrariedad/)

Derecho a la educación e igualdad material

Nicole Mateo Rodríguez

Recientemente periódicos como el Listín Diario difundieron una noticia que consternó a muchos (incluyéndome), acerca de una joven que padece discapacidad auditiva, cuya madre no tuvo más alternativas que convertirse en su intérprete, acompañándola a tomar clases en la universidad a la que su hija asiste.

Dice el titular del periódico: “**madre se va a clases como intérprete de su hija sorda**”¹, luego de leerlo pueden generarse dos sentimientos: admiración hacia la tenacidad de una madre abnegada, quien movida por el deseo de remover cualquier barrera que impida que su hija pueda educarse, se convierte en su compañera de clases. Al mismo tiempo, tristeza e impotencia, ya que después de todo “los iguales” no somos tan iguales, a pesar de que el artículo 39 de la Constitución establece que todas las personas somos iguales ante la ley y que debemos recibir las mismas oportunidades por parte de las instituciones.

Sobre el derecho a la educación, el artículo 63 de la Constitución establece que todas las personas tienen el derecho a recibir educación en igualdad de condiciones. Respecto a las personas que sufren alguna discapacidad, el artículo 58 de la Constitución establece que “el Estado adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política”². En definitiva, la Constitución (que es vinculante) garantiza la igualdad formal, sin embargo, queda en manos de los poderes públicos y de los particulares, el logro de la tan anhelada igualdad material, que debe estar presente a diario en nuestro accionar y en las oficinas a puertas cerradas en las que se discuten las agendas, los proyectos, los planes de gobierno y las políticas públicas para garantizar el bienestar de todos los que habitamos en esta hermosa tierra de ricas y diversas costumbres.

Desde luego, la igualdad material no es una simple fórmula matemática, en la que $2+2$ siempre es igual a 4, pero lo que sí debería garantizar la igualdad material es que personas como la joven del artículo publicado por el Listín Diario, puedan contar con las herramientas que les permitan aprovechar la educación recibida, para desarrollarse personal, profesional y laboralmente en un mundo cada vez más competitivo. Somos conscientes de que nuestro sistema educativo es muy limitado, que los recursos no siempre alcanzan y que un maestro no daría abasto si emplea diversos métodos de enseñanza para personas con capacidades distintas, pero ya urge dejar de lado las justificaciones, urge **ejecutar** planes de acción en favor de estas personas.

Responsabilidad solidaria de los contribuyentes

Adonis L. Recio

El cumplimiento oportuno de los deberes formales de los contribuyentes, comprendiendo que deber incluye no sólo forma, que se cierne sobre la remisión de información, reportes, modificación de acta de RNC entre otras situaciones apreciadas en el artículo 50 del Código Tributario sino sobre el aspecto sustancial del recaudo, **el pago.**

Al respecto, el Código Tributario dispone: “Son solidariamente responsables de la obligación tributaria de los contribuyentes:

- a) Los padres, tutores, curadores de los incapaces y, en general, los representantes legales;*
- b) Los presidentes, vicepresidentes, directores, gerentes, administradores o representantes de las personas jurídicas y de los demás entes colectivos con personalidad reconocida;*
- c) Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los entes colectivos y empresas que carecen de personalidad jurídicas, incluso las sucesiones indivisas;*
- d) Los mandatarios con administración de bienes;*
- e) Los síndicos, liquidadores y representantes de quiebras, concursos y sociedades en liquidación;*
- f) Los socios en caso de liquidación o término de hecho de sociedades de personas o sociedades de hecho y en participación;*
- g) Las personas y funcionarios que por disposición de la ley o de la Administración Tributaria deben exigir o verificar el cumplimiento de la obligación tributaria, cuando incumplan esta obligación; Nota: El párrafo III del Artículo 8 del Código Tributario, modificado por la Ley No.495-06, del 28 de diciembre del 2006, de Rectificación Fiscal, estableció lo siguiente: “Efectuada la designación de Agente de Retención o percepción, el agente es el único obligado al pago de la suma retenida o percibida y responde ante el contribuyente por las retenciones o percepciones efectuadas indebidamente o en exceso.”*
- h) El agente de retención o percepción, por las sumas que no haya retenido o percibido de acuerdo con la ley, los reglamentos las normas y prácticas tributarias;*
- i) Los terceros que faciliten las evasiones del tributo por su negligencia o culpa;*
- j) La persona jurídica o entidad que resulte de la fusión, transformación o incorporación de otra persona jurídica o entidad, por los tributos debidos por ésta hasta la fecha del respectivo acto;*
- k) En la proporción correspondiente, los adquirientes de bienes afectados por la ley a la deuda tributaria y los adquirientes de establecimientos, de empresas, de entes colectivos con personalidad jurídica o sin ella, comprendiéndose en aquellos a los socios y accionistas de las sociedades liquidadas, así como los adquirientes de los activos y pasivos de ellas. Cesará, sin embargo, la responsabilidad del adquirente en cuanto a la obligación tributaria no determinada.*

Frecuentemente, la causal prevista en el literal B) Es la más empleada por la Administración Tributaria para repercutir en el patrimonio de los responsables de un contribuyente que presenta un riesgo grave en la percepción del impuesto, dígame, respecto del deudor principal.

El ejercicio permite encontrar posiciones a favor o en contra de que, quizás un sólo socio, administrador o gerente responda por la totalidad de la deuda, y por ello se contempla por una parte importante de la comunidad jurídica que los embargos que se traben sólo podrían operar en la proporción de sus cuotas accionarias, aspecto que resalta en el proyecto de modificación del Título I del Código Tributario. Hoy día contamos con una aplicación que, la posición jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) ha complementado y racionalizado en algunas ocasiones, a modo de introducción se podría resaltar que: *“(...) de conformidad con el indicado artículo 11, el administrador o gerente de la persona jurídica a quien se le atribuya el carácter de contribuyente, como es el caso de la parte recurrente, debe responder solidariamente junto a esta por las obligaciones tributarias cuyos hechos generadores nacieron y concluyeron dentro de los periodos fiscales en que ejerció su mandato, ya que aunque hayan sido posteriormente determinados por la acción de la Administración Tributaria, el contribuyente designado como responsable tiene una solidaridad pasiva frente a la Administración por hechos que le son atribuibles en su calidad de representante del contribuyente directo”* Sentencia núm. 60 de fecha 29/11/2019.

Lo cierto es que, el embargo retentivo a cuentas -que es el más utilizado- de esa persona física que ostenta u ostentó alguna de esas calidades se encuentra susceptible de ser requerido por medio de las medidas conservatorias contempladas por los artículos 81 y 82 del Código Tributario Dominicano, y esta es la principal causa de que nos dediquemos a observar las limitaciones a dicha potestad de afianzar el crédito tributario, dicho sea de paso, con carácter de privilegio por disposición del artículo 28 de la referida pieza legislativa.

Al respecto se han emitido criterios bastante acabados sobre el tema, los cuales van apoyando el ejercicio de estas medidas o reduciendo su campo de actuación, pues en efecto, no estamos hablando de una potestad discrecional del Estado, lo cual resaltó la Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo al sujetar ese tipo de acciones a que: *“(...) no pueden ser responsables solidarios en calidad de presidentes, vicepresidentes, directores, gerentes, administradores o representantes de una sociedad comercial quienes no tenían estas calidades al momento del nacimiento de la obligación tributaria de dicha sociedad o al momento de haberse determinado dicha deuda o al momento de determinarse de oficio la misma o al momento de haberse notificado la deuda (...) el mismo no era responsable solidario de la compañía, tal como hace constar en la certificación emitida por la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo ”* Es lo que comprendió en su Sentencia núm. 0030-1642-2021-SSen-00187 de fecha 4/6/2021; Expediente núm. 0030-2018-ETSA-00569; Solicitud núm. 030-2018-CT-00179.

Desde la óptica anterior resulta bastante lógico que, quienes no formaron parte de un negocio no puedan ser perseguidos en sus bienes respecto de hechos generadores de un contribuyente cuyo vínculo es discutido, de donde se podría extraer el primer requisito aplicable para establecer cualquier vulnerabilidad respecto del responsable solidario.

Otro aspecto con igual, y quizás mayor relevancia que incide de forma directa sobre la *razonabilidad* de la medida adoptada por el Ejecutor Administrativo es la cuantía y la capacidad contributiva del responsable solidario sobre el cual se ordenan medidas conservatorias por lapso de 60 días **hábiles** que, por lo general, se extienden hasta que desaparezcan esas presunciones “graves” del riesgo en la percepción (debidamente documentado). Sobre el particular nos referimos en la obra *Jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo*, de 2019, en donde se destacó la Sentencia núm. 0030-02-2019-SSEN-00078 de fecha 21/3/2019; 19. *El peligro en la demora, es eminente en tanto que la cobranza de la suma de (RD\$848,835,606.73) sobre un patrimonio cuya capacidad económica no se ha demostrado pueda soportar embargos de tal magnitud por parte de la DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS (DGII) quien tiene el deber de poner a disposición del Tribunal Superior Administrativo documentación que además de fundamentar el riesgo en la percepción de manera rigurosa, permita inferir que el pago de la acreencia de la obligación tributaria no perjudique excesivamente el patrimonio personal del socio, pues se limitarían enormemente derechos incluso de índole fundamental contra el señor RAMÓN BERNARDO OLIVARES BONIFACIO. 20. A la vez, no se verifica la afectación grave al interés general, toda vez que no existe constancia que soporte la supuesta carencia de activos registrados a favor de Accumed Innovative Technologies LLC que justifique tanto el riesgo en la percepción como la necesidad de repercutir en el patrimonio personal del solicitante, es decir, en la medida en que existan bienes que solventen la deuda tributaria, el interés general estará más que resguardado pues se constituirían en la garantía del pago al ente recaudador, DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS (DGII), (...)” expediente núm. 030-2018-ETSA-00769; págs. 298-299.*

Entonces, lo anterior nos permite inferir que, la adopción de una medida conservatoria, distinto a la presunción de validez del acto administrativo tradicional y contemplado por los artículos 10 y 11 de la Ley 107-13, revierte -en cuanto a este aspecto- el fardo probatorio sobre la Administración Tributaria que, por disposición expresa del art. 82 del Código Tributario está en el deber de demostrar en qué justificó el peligro de insolvencia del contribuyente o deudor principal dando apertura a los bienes del responsable solidario, sobre el cual también deberá demostrar no perjudica de forma desproporcionada.

Finalmente, es necesario referirnos a un alegato bastante recurrente en este tipo de casos, por supuesto que, bastante débil, no obstante, resulta necesario para disuadir cualquier confusión que pueda generar. El debido proceso que debe ocurrir ante el ejercicio de una medida conservatoria no puede en modo alguno incidir en el procedimiento de determinación del impuesto, mismo que, en primer orden ha concluido, e incluso la doctrina del Juez VASQUEZ GOICO, Rafael nos invita a considerar

una medida conservatoria incluso previo al dictado del acto administrativo que culmina con el ejercicio de dicha potestad, veamos: “*Son ordenadas en cualquier momento por parte de la administración tributaria, es decir, pueden ser interpuestas al momento en que ocurra el hecho generador de la obligación tributaria (...)*” LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DOMINICANO, año 2018.

¿Debe este responsable solidario formar parte del procedimiento de determinación contemplado en la Norma General núm. 07-14? Al respecto se refirió de manera reciente la Corte Suprema, cuando indicó: “*27. Esta situación relacionada con la función y efectividad de las medidas conservatorias no implica ningún estado de indefensión para el afectado que no haya sido citado previo a su adopción, sino que con ella misma se intenta garantizar situaciones jurídicas constitucionales de muy hondo calado, como serían: a) el Derecho Fundamental a una Tutela Judicial Efectiva establecido en el artículo 69 de la Constitución, que le corresponde al Estado para la recaudación y cobro de los tributos, ya que la desaparición de los bienes del deudor afecta la percepción efectiva de lo adeudado al fisco aspecto éste (ejecución de las decisiones) que sin duda alguna forma parte del citado derecho fundamental; y b) la función e importancia de la percepción de los tributos por parte del Estado queda consagrada por el deber de tributar previsto por el artículo 75.6 de la Constitución, texto que establece que con los Tributos se financia el gasto e inversión públicas, de lo cual depende en gran medida el funcionamiento del aparato estatal (...)* No obstante lo anterior, este yerro obvio de la sentencia impugnada al exigir una citación previa a la adopción de medidas conservatorias tributarias previstas en el artículo 81 del Código Tributario (...)” Sentencia SCJ-TS-22-0043 de fecha 25/2/2022; exp. núm. 001-033-2020-RECA-00767.

Esta decisión rescató el carácter supletorio del Derecho Civil, y para ello empleó el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil con la finalidad de acercarse al concepto de riesgo o peligro en la percepción del crédito tributario que, no está desarrollado por el Código Tributario. En suma, exigir un conocimiento previo de la medida conservatoria a adoptar, resulta un desacertado pedimento ante los Tribunales, pues desnaturalizaría el instrumento; importante es destacar que, no se trata de un procedimiento secreto o que procure ser ignorado por el responsable solidario, pues en efecto debe existir una denuncia de la decisión adoptada en donde sí podría extraerse una vulneración al debido proceso.

Los consorcios y su regulación en la República Dominicana

Melissa Silié Ruiz[1]

Los consorcios son agrupaciones de empresas que se unen para lograr un objetivo común y de esta forma aunar esfuerzos y conocimientos para desarrollar una meta que individualmente no le es posible alcanzar o les resulta más costoso. A pesar de su constante uso en la República Dominicana es muy limitada la doctrina local que trata sobre el tema.

Existen diferentes formas jurídicas en las cuales los individuos pueden asociarse para lograr de manera conjunta un objetivo común, entre estos los consorcios. La conformación de consorcios presenta múltiples beneficios para las empresas que en su búsqueda de producción de bienes y servicios de calidad conviene limitar su independencia a los fines de poder acceder a mercados que no accederían de manera individual. Esta figura tiene “*fundamento fáctico en la competencia económica, en la necesidad de abastecer el mercado y de generar ingresos que de manera independiente no podrían producirse*”. [2]

En la República Dominicana el uso de consorcios se ve incrementado por la obligatoriedad dada por la Ley 322 de 1981. [3] Este último texto legal establece que para que una persona extranjera pueda participar en concursos, sorteos, o mediante cualquiera otra modalidad de adjudicación debe estar asociada con una empresa nacional o de capital mixto. Esto ha llevado a la conformación de innumerables consorcios como vehículo utilizado para poder dar cumplimiento de este requisito local, en algunos casos siendo utilizada la figura de manera distorsionada.

En el presente escrito se analiza brevemente la historia y naturaleza de los consorcios desde el punto de vista comparado y nacional, las restricciones establecidas para su conformación incluyendo un breve análisis de la constitucionalidad de la Ley 322 de 1981. Por último, se realizan recomendaciones para la conformación de estos.

I. Historia y naturaleza

La palabra consorcio tiene su origen en el vocablo latín *consortium* la cual se entiende como “*asociación, acción concertada de un grupo de personas que orientan sus esfuerzos en un mismo propósito*”. [4] La figura de los consorcios tiene su origen en el derecho romano en donde existían relaciones contractuales entre empresas para lograr un fin común. Resalta la doctrina que esta figura que dio origen al consorcio no gozaba de personalidad jurídica y era generada como una relación contractual para el logro de un fin común “*sin recaer las obligaciones en la organización sino en sus socios como personas individuales*”. [5]

La conformación de consorcios tiene su sustento en la libertad contractual, esa unión entre empresas es realizada no solo para poder compartir recursos necesarios para

llegar a un fin común pero también para que sus miembros tengan la capacidad de mantener su independencia jurídica. Esta independencia jurídica que mantienen los miembros es ampliamente reconocida por la jurisprudencia[6] y doctrina comparada. En igual sentido, se reconoce la falta de personalidad jurídica que tienen los consorcios no obstante la facultad de ser sujetos de obligaciones, siendo la responsabilidad solidariamente compartida entre sus miembros y siendo obligatorio el nombramiento de un gestor y representante del mismo.

En la República Dominicana, al igual que en muchas otras jurisdicciones, la figura del consorcio no se encuentra regulada por una ley especial, por lo que su configuración está regida por las normas de derecho común. De manera particular el artículo 1832 del Código Civil precisa que la sociedad es un contrato *“por el cual dos o más personas convienen poner cualquier cosa en común, con el mero objeto de partir el beneficio que pueda resultar de ello”*. En base a lo anterior estarían entonces los consorcios sujetos a hacer constar por escrito su formación (1834 del Código Civil), tener un objeto lícito, ser una asociación contraída en interés común de las partes y sus asociados aportar a ellos dinero, otros bienes o su industria (artículo 1833 del Código Civil). Condiciones estas últimas establecidas para toda sociedad conforme las normas del derecho civil.

Salvo los requisitos arriba señalados que pueden interpretarse como aplicables a la formación de consorcios y dada la inexistencia de regulación especial, durante años estas figuras no estuvieron sometidas al cumplimiento de formalidades adicionales. Hoy en día, como veremos más adelante, se deben cumplir con ciertas formalidades para fines de registro.

Con la promulgación de la Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, la Ley No. 479-08 se reconoció la figura de las sociedades accidentales o en participación. La descripción de la misma encaja en lo que comúnmente conocemos como consorcio. Al respecto, precisa el artículo 149 que *“Las sociedades accidentales o en participación constituyen un contrato por el cual dos (2) o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones comerciales determinadas y transitorias, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Estas sociedades no tendrán personalidad jurídica y carecerán de denominación, patrimonio y domicilio sociales. No estarán sujetas a requisitos de forma ni matriculación y podrán ser probadas por todos los medios”*.

La doctrina local,[7] reconoce la aplicabilidad de disposición legal a la figura de los consorcios. Con esto se reconocería que el ordenamiento jurídico dominicano establece la carencia de personalidad jurídica de los consorcios, situación esta última que prevalece en la mayoría de las jurisdicciones de la región. No obstante, es preciso destacar que las demás disposiciones del arriba citado artículo tales como la carencia de denominación, patrimonio y domicilio así como la no sujeción a requisitos de forma ni matriculación se contraponen a otros requisitos que, como veremos más adelante, están establecidos en normas particulares tales como las tributarias. Más aún, el hecho

de que la formación de los mismos pueda ser probada por todos los medios contradeciría el requerimiento dado por el artículo 1834 del Código Civil que precisa que todos los contratos de sociedad deben hacerse por escrito, cuando su objeto es de un valor que pasa los treinta pesos.

La existencia de disposiciones diversas y aplicables provoca incertidumbre sobre el régimen aplicable a la figura del consorcio. Esto último incrementado por el uso indiscriminado que durante décadas se le ha dado al término “consorcio”. Al respecto, la jurisprudencia local no ha contribuido a esclarecer sobre el régimen legal aplicable toda vez que los tribunales dominicanos se han limitado a hacer referencia a los consorcios como formas jurídicas conformadas a los fines de contratar con el Estado, al respecto la Suprema Corte de Justicia definió los mismos como:

“(..) la unión de dos o más personas o empresas (contrato consensual) que en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato si resulta adjudicatario; designando al efecto cual de los miembros es el representante, y señalando las reglas que rigen sus relaciones recíprocas, lo cual es imprescindible, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratista o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo;-legitimatium al procesum-por intermedio de su representante.”[8]

Diversos textos legales relativos a regulaciones especializadas también han definido la figura del consorcio. Algunos de estos se han limitado a definirlos indicando que son figuras jurídicas dedicadas a la contratación con el Estado tal es el caso del reglamento de la ley de compras y contrataciones públicas dominicana que los considera como *“uniones temporales de empresas que sin constituir una nueva persona jurídica se organizan para participar en un procedimiento de contratación.”[9]*

Otra definición del concepto de consorcio se encuentra contenida en las normas tributarias. El Decreto No. 408-10 sobre Concentraciones y Procesos de Reorganización Empresarial[10] define los mismos como el *“convenio verbal o escrito entre dos o más personas físicas o jurídicas, cuyo objeto es la realización de una obra, prestación de un servicio o el suministro de ciertos bienes”*. Dicho texto legal categoriza los consorcios como formas empresariales innominadas[11] las cuales están sujetas al pago de impuestos cuando obtengan beneficios o realicen operaciones que no son imputables a uno o varios de los consorciados.[12]

II. Requisitos para la constitución de los consorcios

Como hemos indicado anteriormente la formación de consorcios en la República Dominicana no estaba sometida a formalidades salvo la suscripción de un acuerdo

escrito que reflejara la voluntad de las partes de unirse bajo el consorcio. Con el paso de los años y dado el incremento de su uso, tanto la normativa fiscal como de contratación pública han impuesto una serie de requerimientos tanto de forma como de fondo que son aplicables a los consorcios de manera general como a aquellos consorcios que deseen contratar con el Estado. Algunos de estos requisitos contradicen aquellas disposiciones ya establecidas en el Código Civil y el artículo 149 de la Ley 479-08.

Sobre lo anterior, a los fines de poder dar cumplimiento con sus deberes fiscales la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) ha dispuesto una serie de formalidades necesarias que deben cumplir los consorcios para poder registrarse esto así ya que es mandatorio que se inscriban en el registro nacional de contribuyentes. El proceso de registro ante la DGII y los requerimientos de documentos que esta autoridad solicita implican la obligación de los consorcios registrar sus contratos de constitución por ante el Registro Civil y Conservadurías de Hipotecas, la obligación de tener un nombre comercial y un domicilio.

En el caso de aquellos consorcios que vayan a contratar con la Administración Pública los mismos no solo deben cumplir con el proceso de registro ante el denominado Registro de Proveedores del Estado, sino que para optar por este registro se le imponen ciertos requisitos de fondo. En efecto, la normativa de contratación pública dominicana ha impuesto requisitos adicionales al establecerse, entre otras cosas, que para fines de registro es necesario el depósito de un acto notarial donde se formaliza el consorcio. Dicho acto, conforme dispone la Resolución No. 72-2013 de la Dirección General de Contrataciones Públicas,^[13] deberá contener el objeto del consorcio, las obligaciones de las partes, su duración, la capacidad de ejercicio de cada miembro, entre otros.

Lo anterior refleja que en el caso de los consorcios conformados para fines de contratación con el Estado deberán tener reglas claras en su contrato de constitución las cuales constituyen reglas mínimas para el funcionamiento de los mismos.

III. Los consorcios y la contratación pública: constitucionalidad de la Ley 322 de 1981

En línea con lo anterior uno de los mayores usos que se le da a la figura de los consorcios en la República Dominicana es para fines de contratación con el Estado especialmente dada la obligatoriedad de la Ley 322 de 1981.

El referido texto legal impone en adición a la obligatoriedad de asociarse con un participante nacional una serie de requerimientos que deben cumplir estos consorcios entre los que se encuentran que: (i) la participación de los nacionales en los puestos de gerencia o dirección efectiva de la obra debe ser de no menos del 50%; (ii) la participación extranjera no debe ser superior al 50%, pudiendo dicho porcentaje alcanzar hasta un 70% siempre y cuando en un momento determinado no sea posible la participación de una empresa nacional con más de un 30%.

Lo anterior refleja que en cuanto a la contratación de ciertas obras con el Estado las empresas extranjeras están obligadas a asociarse con una contraparte local. Esta unión mandatoria entre empresas está además sujeta al cumplimiento de condiciones mínimas sobre el porcentaje de participación de los asociados y composición de los altos puestos gerenciales.

La constitucionalidad y legalidad de esta restricción para las empresas extranjeras puede ser cuestionada toda vez que puede entenderse como contraria al régimen de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna el cual incluye la igualdad de derechos que todo extranjero y extranjera tiene en la República Dominicana.[14] En igual sentido es contrario al derecho de la libre empresa.[15] En efecto, es necesario evaluar la razonabilidad de la medida la cual no solo pone una restricción de entrada al mercado de contrataciones públicas sino también restricciones a la conformación y a la operatividad del consorcio ya que la empresa extranjera –no obstante su capacidad, eficiencia, aporte, participación económica o cualquier otro factor – se ve obligada a no superar un porcentaje de participación.

Si bien en su momento la medida se justificaba como forma del Estado garantizar protección y crecimiento de los operadores locales, lo cierto es que hoy en día este tipo de restricciones en favor de empresas nacionales no van acorde con las normas de libre mercado. En efecto, entendemos que la restricción no superaría un test de razonabilidad, análisis constitucional este último reconocido en innumerables ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional como el aplicable para evaluar si una norma está acorde con el principio de razonabilidad.[16]

La intención de esta ley, conforme su propio preámbulo establece, es proteger los intereses de los nacionales y asegurar la participación de los mismos en las diversas obras y trabajos que se realicen en todo el país. Si bien en su momento pudo haberse justificado mediante argumentos tales como la teoría de la industria naciente lo cierto es que el régimen de contratación pública dominicano está basado en principios básicos de libre competencia.[17] Siendo las medidas impuestas contrarias a este principio y pudiendo ser alcanzado dicho fin mediante otro tipo de medios.

IV. Los consorcios hacia el futuro: la necesidad de reglas adecuadas para un mejor funcionamiento y operatividad

La importancia de los consorcios en la República Dominicana y el incentivo para su creación que da la Ley 322 de 1981 implica la necesidad del establecimiento de normas claras de funcionamiento y buen gobierno corporativo. La importancia de esto último se ve revestida por el hecho de que el actual régimen jurídico aplicable a los consorcios no es de todo claro al exigir requerimientos de formación que de una forma u otra contradicen con el régimen general aplicable a esta figura.

Si bien los consorcios no son propiamente sociedades comerciales la realidad es que las mismas operan de manera similar a muchos de los vehículos societarios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y que están sometidos a normas claras de protección

para sus participantes. Esto último no aplicable al caso de los consorcios cuyo funcionamiento y toma de decisión está sujeto a los que los consorciados acuerden.

En vista de lo anterior es necesaria una correcta estructuración del gobierno corporativo de los consorcios mediante el establecimiento de normas claras sobre toma de decisiones, representación del consorcio, rendición de cuentas, reglas claras de responsabilidades, pagos de dividendos y solución de conflictos.

Sin el establecimiento de estos últimos los conflictos que pueden surgir entre sus miembros pueden llegar a ser innumerables en detrimento del uso de la figura la cual, como hemos visto, es importante para el desarrollo económico de las empresas y los mercados. En la República Dominicana con mayor importancia dado el rol que juegan en materia de contratación pública.

[1] Abogada, licenciada *Summa cum laude* de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Máster en Derecho de los Negocios (LLM) de la Universidad de Manchester y Máster en Derecho de la Administración del Estado (IGLOBAL-Universidad de Salamanca).

[2] Alvarez Acevedo, Andrea. La Capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal. *Verba Iuris* 27, Enero – Junio de 2012, Bogotá. pp. 105 – 124

[3] República Dominicana, Ley No. 322 que establece que para que una empresa o persona física extranjera pueda participar en concursos, sorteos o mediante cualquiera otra modalidad de adjudicación o pueda ser contratada por el Estado Dominicana, dicha persona física o empresa deberá estar asociada con una empresa nacional o de capital mixto de fecha dos (2) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981).

[4] Quiñones Avendaño, Camilo E. Consorcio y unión temporal: rasgos distintivos. *Iustia* 183, No.6, Octubre 30, 2008.

[5] Alvarez Acevedo, Andrea. *Ibid.*

[6] La Corte Constitucional de Colombia en su sentencia Sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994 reconoció que esta figura tiene su origen en el derecho privado, que es un instrumento de cooperación entre empresas en la cual los consorciados conservan su independencia jurídica.

[7] Maldonado Stark, José. ¿Qué son los consorcios? ¿Son sociedades comerciales según nuestra Ley de Sociedades? *Gaceta Judicial*, 1º de mayo de 2016. Ver también: Sin autor, Los Consorcios Comerciales y sus implicaciones Jurídicas en RD, 27 de enero de 2012. Disponible en: <https://hoy.com.do/los-consorcios-comerciales-y-sus-implicaciones-juridicas-en-rd/> (Último Acceso 17/03/2022).

[8] República Dominicana, Sentencia núm. 335, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016).

[9] República Dominicana, Decreto No. 543-12 que establece el Reglamento de la Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, y deroga el Reglamento No. 490-07 del 30 de agosto de 2007. G. O. No. 10694 del 15 de septiembre de 2012.

[10] República Dominicana, Decreto No. 408-10 sobre Concentraciones y Procesos de Reorganización Empresarial del doce (12) de agosto del año dos mil diez (2010).

[11] Artículo 13

[12] Decreto No. 408-10, artículo 13.

[13] República Dominicana, Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas, Resolución No. 72-2013 del tres (3) de diciembre del año dos mil trece (2013).

[14] República Dominicana. Constitución de la República Dominicana, artículos 25 y 39.

[15] República Dominicana. Constitución de la República Dominicana, artículo 50.

[16] Consagrado en el artículo 40.15. Ver República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0044/12 del veintiuno (21) de septiembre de dos mil doce (2012).

[17] República Dominicana, Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, artículo 3. Principio de leal y libre competencia.

El debido procedimiento administrativo en el dictado de normas: implicaciones del vicio de origen

Nikauris Báez Ramírez[1]

El debido procedimiento administrativo debe permear un conjunto de garantías de cara al resguardo del derecho fundamental a la buena administración de la ciudadanía dominicana. El ejercicio de la potestad administrativa y de la facultad reglamentaria[2] por parte de la administración debe desplegarse en apego irrestricto al debido procedimiento. Sin embargo, en nuestra cultura administrativa es relativamente frecuente la ligereza con la que la administración ejercita estas atribuciones conferidas. Ello trasciende el aspecto formal de la característica de los instrumentos jurídicos que emite, ya sean actos administrativos o reglamentos, pudiendo desnaturalizar la esencia de estos[3], cuestión que ha sido reiterada por el profesor Manuel Fermín Cabral.

En el presente análisis pretendo abordar, esencialmente, la importancia de seguir el debido procedimiento administrativo en el dictado de reglamentos y, en ausencia de tal, las consecuencias lesivas para el Estado de derecho de la falta imputable a la administración por el vicio de origen. En el supuesto de que un reglamento sea dictado siguiendo un procedimiento distinto al especificado por el legislador, dándole la administración un tratamiento nominativo y procesal para su emisión de acto administrativo comporta -a mi juicio- cuatro (4) implicaciones propias y/o derivadas del vicio de origen:

- A) Violación al debido procedimiento administrativo, afectando a su vez la democracia participativa y menoscabando la legitimidad de la actuación del órgano administrativo.
- B) Cadena recursiva distinta al curso natural del sometimiento de control de la actuación administrativa.
- C) Violación al principio de separación de poderes.
- D) Falsa apariencia de definitividad del “acto administrativo”[4].

Antes de precisar tales consecuencias -y para dotar, si se quiere, de contexto a tales-, considero oportuno: **(i)** diferenciar los actos administrativos de los reglamentos; **(ii)** porqué en nuestro ordenamiento los reglamentos no son actos administrativos; **(iii)** procedimiento para el dictado de los reglamentos y de los actos administrativos; y, finalmente, **(iv)** implicaciones.

I. Acto administrativo y reglamento

Al tenor de la Ley 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y el Procedimiento Administrativo, el acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento realizada en ejercicio de función administrativa por una Administración Pública, o por cualquier otro órgano u ente público que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros (art. 8).

De la sola definición dada por el legislador orgánico dominicano del acto administrativo se desprenden los elementos medulares que delinear su naturaleza jurídica:

- A) declaración unilateral de voluntad, juicio o conocimiento;
- B) la declaración unilateral es realizada en ejercicio de una función administrativa;
- C) la función administrativa debe ser ejercida por una Administración Pública[5];
- D) el acto surte efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros, lo que implica que tales terceros deben estar, en principio, individualizados[6] y que al ser “inmediatos” los efectos el acto no tiene carácter normativo, en cuyo caso tendría efecto mediato[7].

La doctrina lo ha definido, en similares parámetros conceptuales, como una declaración, disposición o decisión^[8] de la autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones administrativas, susceptible de producir efectos jurídicos^[9], sea de carácter *particular*^[10] o *general*^[11]. En este tenor, el acto no sería más que el instrumento mediante el cual la administración manifiesta su voluntad, cuyos efectos jurídicos bien pueden ser *generales* o *particulares*^[12].

Empero, el reglamento constituye un instrumento jurídico normativo dictado por la Administración en el ejercicio de su facultad reglamentaria, no de su potestad administrativa^[13]. Ha precisado la Suprema Corte de Justicia (SCJ) que el poder reglamentario ha sido creado por el propio legislador y otorgado a la Administración^[14], para la jurisdicción constitucional en principio la facultad reglamentaria debe ser otorgada por la Constitución, sin embargo, también puede ser atribuida por el legislador, en cuyo caso queda sujeta al ámbito y condiciones fijados previamente por la ley^[15].

La facultad reglamentaria es una prerrogativa para que las Administraciones puedan crear normas subordinadas, concretas, adecuadas y detalladas para la aplicación de los preceptos contenidos en la ley. Así, los reglamentos están dirigidos para la complementación de una legislación que presenta vacíos o ambigüedades, o para reglar ciertos aspectos o competencias de aplicación propios del órgano de la Administración de que se trate^[16]. En otras palabras, el reglamento se presenta como determinaciones complementarias de las leyes, como ejecución de la ley y la característica más marcada resulta ser su carácter normativo o innovativo, integrándose al ordenamiento jurídico.

La distinción más clara entre el reglamento y el acto administrativo es que el primero forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto es una cuestión ordenada que está producida en el seno del ordenamiento y concebida por éste como simple aplicación del mismo. El reglamento contiene elementos y características –tanto formales como materiales– distintas al acto administrativo.

El reglamento innova, altera, modifica el ordenamiento jurídico^[17], mientras que el acto administrativo se limita única y exclusivamente a aplicar el ordenamiento^[18]. El reglamento perdura en el ordenamiento y es susceptible de reiteradas y continuas aplicaciones, para que desaparezca del ordenamiento jurídico se precisa recurrir a los

mecanismos de derogación propios de las normas, es decir, es necesaria la emisión de uno posterior o una norma superior que lo derogue, mientras que el acto -se insiste- se extingue con su aplicación.

II. En nuestro ordenamiento los reglamentos no son actos administrativos

Abordada la diferencia entre los actos administrativos y los reglamentos y, con ello, la potestad administrativa y la facultad reglamentaria de la administración, considero importante poner de relieve si pese a la diferencia de la naturaleza de estos instrumentos jurídicos, los reglamentos pudieran considerarse actos administrativos, punto que había sido abordado en la doctrina local antes de la entrada en vigencia de la Ley 107-13 y los planteamientos no eran coincidentes.

Para el profesor Amaury Reyes -y al amparo de un estudio particular- el reglamento presentaría un carácter mixto tanto normativo como de acto administrativo, no excluido de la categoría de actos administrativos generales[19], sin embargo, para el profesor Olivo Rodríguez Huertas estos son sustancialmente distintos[20]. Para el profesor Eduardo Jorge Prats los reglamentos no pueden ser considerados actos administrativos en vista de que poseen carácter innovativo y de ordenación[21].

La solución más razonable es la que propone Marienhoff[22]: la determinación si el reglamento es un acto administrativo o no, dependerá del régimen jurídico de cada país. Optando por la propuesta salomónica de Marienhoff, considero que en nuestro ordenamiento jurídico -al tenor del señalado art. 8 de la Ley 107-13- la cuestión ha quedado zanjada. La Ley 107-13 excluye a los reglamentos de los actos administrativos. De hecho, la Ley ni si siquiera propone un concepto propio de reglamento.

Por las características específicas del acto administrativo que la Ley delinea que produce efectos “inmediatos” y no “mediatos” (como lo sería un instrumento jurídico normativo), se advierte que el legislador dominicano no concibe que los reglamentos y los actos administrativos sean dictados en virtud de una misma atribución administrativa. En otras palabras, la legislación dominicana no contempla que la elaboración y emisión de un reglamento se haga en razón de la potestad administrativa, sino que esta solo se ejercita para el dictado de actos, debiendo disponerse por la Constitución o la ley la facultad reglamentaria de la administración. Vale decir que hay administraciones con potestad administrativa, mas no así con facultad reglamentaria[23].

En la Sentencia TC/0161/13 el Tribunal Constitucional dominicano se refirió a los actos emitidos por la Administración Pública, realizando una clasificación de dichos actos, en razón de su alcance y su contenido, estableciendo el siguiente criterio:

9.3. En este sentido, cabe distinguir los actos administrativos de efectos generales de los actos administrativos de efectos particulares. Los primeros son aquellos de contenido normativo; es decir, que crean normas que integran el ordenamiento jurídico; en cambio, los actos administrativos de efectos

particulares son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o muchos sujetos de derecho[24].

El anterior criterio fue reiterado por la jurisdicción constitucional en la sentencia TC/0494/21, parecería que, implícitamente, el Tribunal Constitucional considera que los reglamentos son *actos administrativos generales* por sus efectos jurídicos no estar individualizados, es decir, por no establecer a qué sujeto o pluralidad de sujetos está destinado a surtir efectos jurídicos el acto intervenido. Si bien lo antedicho es una característica de los reglamentos: la indeterminación de sujetos, ello no equivale a afirmar que son actos administrativos generales pues estos son una categoría en sí mismos y se diferencian de los reglamentos en que carecen de sentido innovativo y normativo.

El régimen de elaboración y publicidad particular de los reglamentos responde al carácter indeterminado de los destinatarios que se predica de estos, régimen al que no están sujetos los actos administrativos -aun sean generales-. En razón de nuestro andamiaje legal vigente, considero que la precisión terminológica o nominativa es importante. De ello se pueden derivar otras consecuencias jurídicas.

A ese respecto vale decir, por ejemplo, que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 107-13 los actos recurribles en sede administrativa son los actos administrativos que pongan fin a un procedimiento, imposibiliten su continuación, produzcan indefensión, lesionen derechos subjetivos o produzcan daños irreparables, abriéndose contra estos -preliminarmente de forma optativa[25]- la vía administrativa, exceptuándose así del control en sede administrativa a los reglamentos. Más concretamente, el recurso en sede administrativa solo está abierto contra los actos administrativos y no contra las normas dictadas por la administración de naturaleza reglamentaria.

Por ello, en el supuesto de que se considere que los reglamentos son actos administrativos generales también se estaría afirmando que contra ellos se puede interponer un recurso de reconsideración por ante el órgano que lo dicta, lo que se alejaría del esquema legal vigente, entre otras cosas -que se analizarán más adelante-. En conclusión, de lo dicho es importante retener puntualmente que los reglamentos no son actos administrativos, de ahí que no cabe nominarlos como tal.

III. Procedimiento para el dictado de los reglamentos y de los actos administrativos

El régimen de elaboración y publicidad de los reglamentos está delineado en la Ley 107-13 como norma macro. En ella se establece que la finalidad de los reglamentos reside en que la Administración Pública obtenga la información necesaria para su aprobación, canalizando el diálogo con otros órganos y entes públicos, con los interesados y el público en general, con ponderación de las políticas sectoriales y derechos implicados y promoviendo **el derecho fundamental a la participación ciudadana como sustento de la buena gobernanza democrática** (art. 30)[26].

La elaboración de los reglamentos debe sujetarse a los siguientes principios y criterios: 1. Iniciativa. 2. Decisión bien informada. 3. Audiencia de los ciudadanos directamente afectados en sus derechos e intereses. 4. Participación del público. 5. Colaboración entre órganos y entes públicos administrativos. 6. Ciclo temporal de la audiencia, de la participación, y de la colaboración interadministrativa. 7. Ponderación y motivación. 8. Publicación (art. 31 de la Ley 107-13).

El procedimiento administrativo para la elaboración de reglamentos persigue promover el derecho fundamental a la participación ciudadana, cuya raigambre constitucional se encuentra en el artículo 22, lo que a su vez -en palabras del legislador orgánico dominicano- es sustento de la buena gobernanza democrática. A tales fines, de conformidad con los principios y criterios predichos, si bien a la administración le corresponde en principio la elaboración de un anteproyecto de reglamento, también el mismo puede ser presentado ante esta a iniciativa privada.

En el procedimiento de su elaboración debe celebrarse una audiencia con la ciudadanía directamente afectada en sus derechos e intereses (art. 31.3) y, además, permitir la participación del público en general, con independencia de que se vea o no afectado directamente por el proyecto de texto reglamentario (art. 31.4). La Administración competente para la aprobación del reglamento, deberá facilitar y recabar la colaboración de los demás órganos y entes públicos, cuando resulte necesario o conveniente en razón de los efectos significativos que pueda producir, mediante las consultas o informes oportunos (arts. 31.5 y 31.6).

Antes de la aprobación definitiva, cuando la administración se decante, ante varias opciones normativas, por una de estas, deberá motivar las razones que la condujeron a esa adopción (art. 31.7) imponiéndole en la ponderación una carga argumentativa mayor, además el régimen de publicidad de los reglamentos requiere para su entrada en vigor de la publicación íntegra en la Gaceta Oficial o en un diario de circulación nacional (art. 31.8).

Del debido procedimiento administrativo en el dictado de reglamentos se cumple con el deber de buena administración (art. 4 de la Ley 107-13), en el que se requiere un régimen de elaboración y publicidad particular, que involucra una carga motivacional específica a la administración cuando pondera diferentes alternativas y se decanta por una opción. El derecho de audiencia asegura a los que pudieran afectarse en sus intereses con la elaboración de normas que innoven el ordenamiento jurídico, que puedan promover los medios que a sus intereses conviniera frente a la administración. Además, subyacen otros derechos y principios que dinamizan la efectividad de la Constitución desde su aspecto orgánico y dogmático: primero, principio de cooperación interinstitucional; y segundo, participación de la ciudadanía dominicana.

Sin embargo, el procedimiento administrativo para el dictado de actos administrativos es diametralmente distinto al régimen de elaboración y publicidad de los reglamentos. Sin referimos a su desarrollo legislativo y, mucho menos, a las particulares que se pueden suscitar en el dictado de actos administrativos dependiendo

de su naturaleza, características y objeto jurídico, pues no es el objetivo de este análisis, me limitare, por tanto, a dejar constancia de que este procedimiento puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte interesada (art. 22); el procedimiento debe ser tramitado y resuelto con debida diligencia, incluso la administración está facultada para dictar en su curso medidas provisionales (art. 25).

La instrucción del procedimiento debe darse en modo tal que la Administración adopte decisiones bien informadas, pudiendo recabar pruebas de oficio en resguardo del derecho de los interesados (art. 26); las formas de finalización del procedimiento administrativo están previstas en el ordenamiento (art. 28) y existen diferentes medios para la ejecución de las resoluciones finalizadoras de los procedimientos administrativos (art. 29).

Como se advierte, la administración está sujeta a diferentes procedimientos dependiendo de la actividad que despliegue en el ejercicio de su facultad reglamentaria o bien de su potestad administrativa. Se ha de subrayar que:

- A) Si bien la presentación de un anteproyecto de reglamento o el inicio de un procedimiento para el dictado de un acto administrativo puede ser presentado o iniciado por la administración de oficio o por un particular^[27], son distintos los intereses jurídicos promovidos o la esfera de los bienes jurídicos a tutelar;
- B) dada la diferente esfera de intereses jurídicos, en el procedimiento para el dictado de un acto administrativo no se requiere habilitar una consulta general pues los efectos del acto se destinarán -en principio- a particulares individualizados;
- C) la entrada en vigor del reglamento dependerá de su efectiva publicidad por su carácter normativo para poder producir efectos *erga omnes*. La efectividad de los actos administrativos cuando otorgan beneficios se produce con su publicación (acto favorable) y con su notificación (si es un acto desfavorable).

De nuestro andamiaje jurídico se advierte que: primero, los actos y los reglamentos son distintos y, consecuentemente, la potestad administrativa y la facultad reglamentaria; segundo, los actos administrativos y los reglamentos están sometidos a distintos procedimientos, debiendo la administración seguirlos pues tiene un deber de operar como buena administración; tercero, en el caso de los reglamentos, el régimen de publicidad y elaboración que se predica de tales tiene por objeto -además de todo lo dicho- no dejar el instrumento jurídico en el oscurantismo normativo, afectando la seguridad jurídica y la certeza toda vez que los administrados pudieran no tener suficiente previsión de las normas que hubiere adoptado la administración sin el rigor debido.

IV. Implicaciones

Delineadas las diferencias entre los actos administrativos y los reglamentos; subrayada la importancia de la debida nominación de estos; y abordado someramente el procedimiento para el dictado de los reglamentos y de los actos administrativos, considero que tenemos contexto suficiente para analizar las cuatro (4) implicaciones

nacidas del vicio de origen o a consecuencia de este, que -a mi juicio- produce el incumplimiento del debido procedimiento administrativo en el supuesto de que un reglamento sea dictado siguiendo un procedimiento distinto al especificado por el legislador, dándole la administración un tratamiento nominativo y procesal para su emisión de acto administrativo.

El reglamento es una categoría de norma jurídica que innova el ordenamiento, el dictado de resoluciones (o actos administrativos) que revisten naturaleza reglamentaria es en sí mismo una violación al debido procedimiento siendo este, como se ha dicho en todo el análisis, el “vicio de origen”. Consecuentemente, da al traste con su no conformidad con el principio de juridicidad haciéndolos nulos de pleno derecho[28]. Sin embargo -y hasta que no sea pronunciada tal nulidad- el acto surte efectos jurídicos.

El requerimiento para la adopción de reglamentos de la celebración de audiencia, publicidad y consulta reviste una importancia mayúscula. Hace que la actuación desplegada por la administración goce de conocimiento público, legitimando el procedimiento. Lo contrario implica que normas que innoven el ordenamiento e impacten el ejercicio de derechos fundamentales quede al arbitrio unilateral de la administración, sin estar rodeado el procedimiento de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar la protección de derechos fundamentales que está necesariamente comprendida en la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

Al elaborarse y dictarse un reglamento en oscurantismo, la administración suprime el puente de la democracia deliberativa; concibe un acto normativo de forma unilateral - y hasta discrecional-, exento de consulta. Este acto ulteriormente deberá ser oponible a terceros, frente a los cuales la actuación no se encuentra legitimada por carecer de estándares mínimos de consulta, interacción ciudadanía-administración y sin someterse a la publicidad de rigor.

Así, al instrumento jurídico elaborado se le resta tecnicismo normativo y soporte informativo producto de investigaciones, discusiones y análisis, toda vez que se haya en el reglamento solo la visión del órgano administrativo, sin que órganos o personas que se encuentren vinculadas a la esfera normativa del reglamento puedan aportar visiones en su elaboración. Con ello, además, se menoscaba el principio de cooperación interinstitucional dado que se impide que otros órganos participen en el procedimiento de elaboración, pareciendo entonces que cada órgano u ente es un universo en sí mismo o islas de poder aparte y no que no forman un todo en el que deben interactuar como un conjunto armónico.

Por si lo antedicho fuera poco, contra los reglamentos -como se ha dicho- no procede un recurso de reconsideración. Sin embargo, cuando la administración dicta un instrumento con naturaleza jurídica reglamentaria, camuflado como un “acto administrativo” y por ante ella se interpone un recurso de reconsideración, frente a la imposibilidad de declarar su inadmisibilidad -pues ello implicaría desdecirse- admite

el recurso, lo que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 107-13, no está habilitado, pues solo los actos administrativos son recurribles en sede administrativa.

Una consecuencia de lo anterior es que, al admitirlo, la administración desvirtúa sus facultades materialmente “jurisdiccionales” cuando se abre la vía administrativa y, diría yo, su ejercicio pudiera menoscabar el principio de separación de poderes. Esto en tanto se somete a su control la juridicidad de las normas jurídicas insertadas en el ordenamiento, lo que es competencia de la jurisdicción administrativa (en control de legalidad) o constitucional (en control de constitucionalidad) -con las salvadas diferencias de nuestro modelo de control, que bien puede servir para otro artículo- de ahí que realiza un control abstracto de constitucionalidad y legalidad expulsando del ordenamiento jurídico una norma por ella dictada, asimilándose a las atribuciones de un órgano jurisdiccional.

Vale decir que, en principio -y con la divergencia de criterios de la doctrina local al respecto[29]-, la administración ni si quiere tiene la atribución de conocer de un control difuso de constitucionalidad en sede administrativa contra actos administrativos, lo que se agrava si el control que realiza es abstracto respecto a normas que están destinadas a la colectividad y que, máxime, fueron dictadas por esa misma administración.

Al someter la actuación a control del modo antes descrito, se amplían los márgenes de extemporaneidad para el conocimiento del recurso y produce subsecuentemente que normas inconstitucionales puedan perdurar en el ordenamiento por el aparente carácter de “definitividad” que adquiera el instrumento jurídico dictado como acto administrativo.

Si bien todas las consecuencias anteriores pueden ser, afortunadamente, reversibles, no dejan de significar violaciones al deber de buena administración que afectan a la colectividad e implican menoscabo a la seguridad jurídica. Seguir el debido procedimiento administrativo en el dictado de reglamentos parecería adquirir mayor relevancia en razón de que su control no es de mera legalidad sino que podría ser sometido a control de la jurisdicción constitucional mediante una acción directa de inconstitucionalidad, conforme -al decir del profesor Nassef Perdomo[30]- se aprecia en la sentencia TC/0494/21, lo que tanto este como el profesor Eduardo Jorge Prats defienden como el modelo de control correcto, pues al ser violado el debido procedimiento administrativo se vulneran normas no solo de rango legal sino constitucional.

[1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD); Maestranda en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral, correo electrónico: nikaurisbaez10@gmail.com

[2] Es un punto controvertido en la doctrina administrativista si existe diferencia o no entre los actos administrativos y los reglamentos, en el sentido de si los reglamentos son, en puridad, actos administrativos. Para los doctrinarios que consideran que existe diferencia entre los reglamentos y los actos administrativos, existe una diferencia consecuentemente entre la potestad administrativa y la facultad reglamentaria, ambas ejercidas por la

administración, solo que la primera en el dictado de actos administrativos y la segunda -como su nombre sugiere- en la elaboración de reglamentos administrativos.

[3] Véase, por ejemplo, la sentencia TC/0494/21 emitida en fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en la que el Tribunal Constitucional dominicano conoce de una acción directa de inconstitucionalidad contra una Resolución emitida por el Ministerio de Energía y Minas por: **(i)** haber sido denominada erróneamente como resolución y seguir para su dictado el procedimiento de un acto administrativo, no así el de reglamento, que era su verdadero carácter o naturaleza jurídica al: innovar el ordenamiento jurídico, estar destinada a una pluralidad de sujetos no determinados y tener carácter normativo; y, **(ii)** el Ministerio que dictó el Reglamento -mal llamado resolución- no tenía competencia legal habilitada para ello.

[4] Préstesele atención a las comillas.

[5] Es importante señalar que la función administrativa puede ser ejercida no solo por órganos administrativos, sino también por órganos jurisdiccionales.

[6] En idéntico sentido el Tribunal Constitucional, mediante sentencia TC/0424/17 de fecha ocho (8) de agosto de dos mil diecisiete (2017), ha estimado que se conoce como “acto administrativo” a la manifestación de voluntad, juicio o conocimiento que realiza la Administración Pública, ejerciendo una potestad administrativa. jurídicas”.

[7] Como los reglamentos.

[8] Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo según la Jurisprudencia*, T. III (Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1995), 223.

[9] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. (Buenos Aires: Ed. Abeledo-PerrotLexis-Nexis, 2004), núm.382.

[10] Dromi, Roberto, *Acto Administrativo*, 4ta Edición (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008), 34.

[11] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Lexis Nexis, 5ta Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004.), núm. 382.

[12] En análogo sentido se ha referido el Tribunal Superior Administrativo, mediante sentencia 0030-03-2020-SSEN-00090, de fecha veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020) argumentando que se trata de toda declaración de voluntad o juicio emitida por la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades^[12]. Ha señalado que sus características son las siguientes: a) es un acto jurídico, ya que constituye una manifestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho; b) es unilateral, pues la voluntad puede emanar de varias personas u órganos, sin dejar de tener los mismos efectos; c) emana de la función administrativa; y d) impacta el ordenamiento jurídico.

[13] Cuando nos referimos a la definición conceptual del acto administrativo dada por el legislador orgánico dominicano se advierte que este precisa que el dictado de los actos administrativos se realiza en el ejercicio de la potestad administrativa.

[14] República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, sentencia 760-2015, de fecha veintiocho (28) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

[15] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0415/15, de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015)

[16] República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, sentencia 760-2015, de fecha veintiocho (28) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

[17] De ahí que, por ejemplo, un reglamento que pormenore los requisitos y procedimiento para el reconocimiento de una organización política en formación tendría un carácter normativo, en tanto: innova el ordenamiento jurídico; no está destinado a un particular en específico; regula un procedimiento que si bien previsto en la norma de rango legal, no está pormenorizado en ella.

[18] Un ejemplo de un acto administrativo es la resolución que emite la Junta Central Electoral otorgándole -o no- a una organización política en formación personalidad jurídica, con lo cual: la administración electoral ejerce su potestad administrativa: emite una declaración unilateral de voluntad a requerimiento de una solicitud de un particular, produciendo el acto emitido efectos jurídicos inmediatos frente al solicitante. Este acto no se inserta en el ordenamiento jurídico con carácter normativo, sino que, más bien, se agota con el otorgamiento o no de la personalidad jurídica como organización política, de cuyo reconocimiento nacen otros derechos políticos electorales.

[19] Véase *working paper 2/2012, Los Actos Regulatorios de la Administración Monetaria y Financiera como Actos Administrativos y su Control* de Amaury A. Reyes Torres.

[20] Olivo Rodríguez Huertas, *El Acto Administrativo: su asimilación en el ordenamiento jurídico dominicano*, 119 Revista de Derecho Público (Caracas: Ediciones Jurídicas Venezolanas, 2009) 28-30.

[21] Referido en el *working paper 2/2012, “Los Actos Regulatorios de la Administración Monetaria y Financiera como Actos Administrativos y su Control”* de Amaury A. Reyes Torres: Eduardo Jorge Prats y Omar Victoria Contreras, *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera* (Santo Domingo: Ius Novum, 2008), 62-63.

[22] Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.

[23] En la sentencia TC/0494/21 el Tribunal Constitucional dominicano determinó que el Ministerio de Energía y Minas no tiene competencia legal para dictar reglamentos.

[24] Subrayado y negritas nuestras.

[25] Se hace la salvedad de: “preliminarmente de forma optativa”, en razón de que los órganos constitucionales autónomos pueden establecer -incluso vía reglamentaria- el carácter preceptivo obligatorio de un recurso de reconsideración en sede administrativa, a diferencia de la Administración Pública central, delineando el Tribunal Constitucional que se trata de una competencia accesorio que emerge implícitamente de la autonomía reforzada de la que gozan (véase sentencias TC/0305/15 y TC/0282/17).

[26] Subrayado y negritas nuestras.

[27] Esto en razón de que en el caso de los reglamentos el anteproyecto de reglamento puede ser elaborado por la administración o a instancia privada y presentada ante esta para darle curso. El procedimiento para el dictado de actos administrativos puede ser de oficio o a solicitud de parte interesada.

[28] Párrafo II art. 30 Ley 107-13. Por razón de la jerarquía normativa o por motivos sustantivos, serán nulas de pleno derecho las normas administrativas, los planes o programas aprobados por la Administración que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En razón del procedimiento, incurrirán en nulidad de pleno Derecho la infracción o desconocimiento de los principios o reglas que resulten de aplicación, que se regulan en el Artículo 31.

[29] Véase, por ejemplo, Víctor A. León y Chanel Liranzo Montero, *Control Difuso en sede administrativa* [<https://abogadosdq.com/control-difuso-en-sede-administrativa/>]; Eduardo Jorge Prats, *Control ejecutivo de constitucionalidad* [<https://hoy.com.do/control-ejecutivo-de-constitucionalidad/>] y al profesor Cristóbal Rodríguez, Seis reparos a una hipótesis de Eduardo Jorge Prats [<https://www.diariolibre.com/opinion/en-directo/seis-reparos-a-una-hipotesis-de-eduardo-jorge-prats-BA27051462#:~:text=El%20control%20jurisdiccional%20de%20constitucionalidad,contraria%20a%20la%20Ley%20Fundamental.>].

[30] Véase “*Control concentrado y reglamentos*” de Nassef Perdomo publicado en fecha 19 de enero de 2022 en El Día [<https://eldia.com.do/control-concentrado-y-reglamentos/>].

El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional

Roberto Medina Reyes

El pasado martes el profesor Pedro Montilla, Subconsultor Jurídico del Poder Ejecutivo, publicó el artículo titulado “**La justicia constitucional frente a la propuesta de reforma constitucional**”, mediante el cual pretende justificar la modificación del sistema de votación que rige para el Tribunal Constitucional en los casos de revisión constitucional. El argumento principal del profesor Montilla es que el sistema cualificado de votación genera demoras excesivas que ponen en riesgo de desnaturalización el sistema de tutela de los derechos de las personas. Esto en el entendido de que la celeridad constituye una de las debidas garantías del derecho fundamental a un debido proceso y a una tutela judicial efectiva.

Para sustentar lo anterior, el profesor Montilla: (a) por un lado, aporta datos estadísticos que a su juicio demuestran que el proceso de revisión constitucional en materia de amparo demora aproximadamente catorce (14) meses para ser fallado, lo cual considera excesivo en el marco de la justicia constitucional. Estos datos, a su juicio, evidencian que “el amparo no es —de manera recurrente y por la dilación señalada— un mecanismo efectivo para la protección inmediata de los derechos fundamentales como lo consagra el artículo 72 de la Constitución” (párr. 7); y, (b) por otro lado, utiliza como modelo comparado al ordenamiento constitucional colombiano.

En cuanto al primer aspecto, es necesario recordar que legislador ya dispone de mecanismos para prevenir que la dilación en el proceso de revisión constitucional se convierta en un obstáculo para el sistema de tutela de los derechos. Uno de estos mecanismos es la ejecución sobre minuta y de pleno derecho de las sentencias de amparo (artículos 71 y 90 de la Ley No. 137-11). Para el Tribunal Constitucional, la regla general es la ejecución de las sentencias de amparo, siendo sólo suspendible cuando existen circunstancias excepcionalísimas (TC/0219/14).

Por otro lado, se debe recordar que el Tribunal Constitucional conoce del recurso de revisión constitucional como juez de segundo grado. Es decir que las personas antes de acudir al Tribunal Constitucional han tenido la oportunidad de acceder a un procedimiento sumario, preferente y no sujeto a formalidades para asegurar la protección de sus derechos. De ahí que la demora en conocer la impugnación de una decisión desfavorable en materia de amparo no necesariamente se traduce en un desconocimiento de la naturaleza jurídica del amparo como un mecanismo efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

En cuanto al segundo aspecto, es necesario advertir que en Colombia, a diferencia del ordenamiento constitucional dominicano, no se contempla la vinculatoriedad de todas las sentencias constitucionales. En efecto, en el sistema colombiano sólo constituyen precedentes vinculantes aquellas decisiones que son adoptadas por el Pleno de la Corte Constitucional de Colombia en base a un sistema de votación cualificado. Las sentencias de tutela emitidas por las salas constituyen criterios jurisprudenciales que sólo sirven

de dirección para la solución de casos análogos. Es decir que estas sentencias constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial y no son vinculantes para los demás órganos que ejercen potestades públicas. Esto permite que los colombianos puedan diferenciar entre el precedente y la jurisprudencia.

El artículo 184 de la Constitución dominicana establece que las decisiones del Tribunal Constitucional “son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”. De este artículo se infiere que todas las sentencias constitucionales vinculan y obligan a los poderes públicos, pues éstas no son externas a la Constitución, sino que constituyen “fuentes obligatorias para discernir cabalmente su sentido” (SU-640/98). De ahí que, como bien ha juzgado la Corte Constitucional de Colombia, cuando se ignora o contraría una sentencia constitucional se viola directamente la Constitución, “en cuanto se aplica de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar” (T-260-/95).

Pero si el problema sólo se limitara a la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales, es evidente que sería posible resolver esta situación en la propia propuesta de reforma constitucional, lo cual no se ha planteado hasta el momento. El tema es que el problema es mucho más complejo que la simple distinción entre la jurisprudencia y el precedente de cara a las sentencias constitucionales. Digo esto, pues la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido implícitamente que los criterios reiterados por las salas son vinculantes para los órganos que ejercen potestades públicas. Esta situación ha generado amplios y extensos debates en Colombia, pues las actuaciones de los poderes públicos podrían verse condicionadas por la decisión adoptada por mayoría en las salas compuestas por tres (3) jueces.

Dicho de otra forma, es una práctica judicial reconocer que la decisión reiterada de las salas se considera vinculante para los órganos públicos, incluyendo para el órgano legislativo, el cual constituye el poder de mayor legitimidad democrática. Esto, a mi juicio, fomenta un activismo judicial y un gobierno basado en sentencias, es decir, “un gobierno de los jueces”. Por tanto, de cara a esta situación, recomiendo vernos en el espejo colombiano antes de proceder a modificar el sistema de votación cualificada adoptado en nuestro sistema jurídico.

Aclarado lo anterior, es oportuno aportar argumentos adicionales sobre la importancia del sistema de votación cualificado para asegurar un mayor grado de deliberación en la adopción de las sentencias constitucionales. El Tribunal Constitucional constituye un órgano *ad hoc* creado esencialmente para “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales” (Kelsen, 109). Es decir que la creación de este tribunal se sustenta en la idea de la necesidad de un órgano concebido exclusivamente para proteger y defender el orden constitucional, con el objetivo de evitar las violaciones constitucionales de los órganos titulares del poder político.

Una de las grandes preocupaciones del ideólogo de la jurisdicción constitucional es que estos tribunales asuman funciones políticas o de gobierno a través de la interpretación

de los principios constitucionales. Para Kelsen, si bien es cierto que la creación del tribunal constitucional es necesaria para garantizar la supremacía y el orden constitucional, no menos cierto es que la Constitución debe abstenerse de “todo tipo de fraseología”, pues, de lo contrario, estaría en peligro la certeza del derecho y también de la democracia. Los principios como la libertad, la igualdad, la justicia y la moralidad podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable” (Kelsen, 142).

La fraseología en las constituciones liberales constituye una realidad. De ahí que persiste en la actualidad el temor de que estos tribunales asuman una función de legislador positivo, es decir, que, como bien explica Schmitt, se les transfiera de forma indirecta la posibilidad de adoptar decisiones en materia política que indudablemente altere su posición constitucional. El sistema cualificado de votación responde básicamente a este temor.

En efecto, el constituyente dominicano procura con el sistema cualificado garantizar la democracia interna del Tribunal Constitucional y, por tanto, asegurar su legitimidad de oficio, es decir, su legitimidad en el ejercicio efectivo de sus funciones constitucionales. En palabras del Mag. Ray Guevara, este sistema “constituye una vacuna contra la arbitrariedad y una garantía de democracia interna en los procesos de decisión jurisdiccional”. La mayoría cualificada requerida actualmente por el constituyente fomenta “la estabilidad y la seguridad jurídica -de cara- a decisiones tan relevantes como las que dicta el tribunal”, las cuales “constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y órganos del Estado” (Ray Guevara).

En síntesis, el sistema cualificado de votación se justifica en: (a) por un lado, la necesidad de garantizar una deliberación sosegada, objetiva e integral de los problemas constitucionales de cara a la textura abierta de la Constitución, la conflictividad entre los principios y valores constitucionales y el componente evidentemente político de las controversias; y, (b) por otro lado, la importancia de reforzar la legitimidad de la incidencia jurídico-política de sus decisiones tomando en cuenta el gran poder que poseen estos tribunales a la hora de interpretar los principios y valores consagrados en el texto constitucional.

El sistema cualificado de votación evita grupitos ideológicos dentro del Tribunal Constitucional que puedan dispersar el criterio mayoritario en decisiones que vinculan y aplican para todos los poderes públicos, incluyendo para el órgano de mayor legitimidad democrática. Se trata de asegurar la legitimidad de oficio de este órgano constitucional en el proceso de interpretación de los principios y valores constitucionales de cara a los asuntos que son de su competencia.

El control de legalidad de los actos del Consejo Nacional de la Magistratura

Víctor A. León Morel^[1]

“Reconozco que no tengo el monopolio de la sabiduría ni los vastos conocimientos de la academia; así que muchas veces he preferido insertar el testimonio de un tercero para ofrecer una mayor credibilidad”. **Dr. José Antonio Columna**

I. Orígenes y naturaleza del CNM

El **Consejo Nacional de la Magistratura** (en lo adelante **CNM**) fue creado por el Párrafo I del artículo 64 de la Constitución del 14 de agosto 1994, como el órgano encargado de designar los jueces de la Suprema Corte de Justicia, integrado originalmente por 7 miembros:

- 1.El Presidente de la República;*
- 2.El Presidente del Senado y un Senador escogido por el Senado que pertenezca a un partido diferente al partido del Presidente del Senado;*
- 3.El Presidente de Cámara de Diputado y un Diputado escogido por la Cámara de Diputados que pertenezca a un Partido diferente al partido del Presidente de la Cámara de Diputados;*
- 4.El Presidente de la Suprema Corte de Justicia;*
- 5.Un Magistrado de la Suprema Corte de Justicia escogido por ella misma, quien fungirá de Secretario.*

En ese momento, el novedoso órgano, en palabras de Servio Tulio Castaños, procuraba sentar las bases para el fortalecimiento institucional del Poder Judicial, con la eliminación de la atribución que tenía el Senado de la República para designar los jueces de todas las jurisdicciones del país, desde la Suprema Corte hasta los Jueces de Paz, creándose así el Consejo Nacional de la Magistratura para la designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, y a esta última se le atribuye la designación de los jueces de las otras instancias del Poder Judicial.

Su creación se justificaba pues la designación de los máximos representantes del Poder Judicial se confiaba en una representación de los tres poderes del Estado, lo cual es importante en toda sociedad pluralista y democrática, ya que contribuye con el principio de separación de poderes. No se trata de un sistema perfecto e infalible, pues en la designación actual recibe algunas críticas justificadas, lo cual ha tenido como consecuencia una propuesta de reforma constitucional para modificar sus integrantes y algunas de sus atribuciones^[2].

Algunos atribuyen su creación al doctor Peña Gómez, quien representaba la fuerza opositora política mayoritaria en contra del presidente Balaguer, como consecuencia de las infames elecciones celebradas en el 1994.

A pesar de esto, el profesor Rolkin Lorenzo relata que la primera propuesta formal para crear el Consejo Nacional de la Magistratura fue impulsada por el expresidente de la República Dr. Salvador Jorge Blanco, quien planteó su creación en un proyecto de reforma constitucional, que también incluía *el establecimiento de un Tribunal de Garantías Constitucionales, la sucesión vicepresidencial, la prohibición de la reelección presidencial, la doble nacionalidad y la creación del cargo de senador vitalicio para los ex jefes de Estado*[3].

Comenta la periodista Yanessi Espinal, que la primera convocatoria se hizo el 16 de septiembre del 1996 y concluyó el 3 de agosto del 1997, tras un tedioso proceso de discusiones sobre los criterios para escoger los nuevos jueces y el tiempo que permanecerían en el cargo. El debate incluyó los partidos políticos, la sociedad civil y el empresariado[4].

En fecha 2 de agosto de 1997 fue promulgada la Ley No. 169-97 (Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura), la cual detallaba el procedimiento a seguir para la elección de la única atribución que tenía dicho órgano en aquel entonces, la elección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia. No existían atribuciones de evaluación, los jueces elegidos permanecían hasta su muerte, inhabilitación o renuncia, de conformidad con el artículo 21 de la referida ley.

La Constitución del 25 de julio de 2002 mantuvo intacta la limitada atribución que la Constitución anterior de 1994 le había asignado al **CNM**.

Posteriormente y con la Constitución del 26 de enero de 2010, se incluye un octavo miembro al **CNM** (el Procurador General de la República) y se amplían de forma considerable sus atribuciones, detalladas en su artículo 179, de designar los jueces de la Suprema Corte de Justicia, de los recién creados Tribunal Superior Electoral y Tribunal Constitucional, y de evaluar los jueces de la Suprema Corte de Justicia, estos últimos evaluados cada siete (7) años.

Asimismo, respecto a los criterios de elección, la Constitución del 2010 no limitaba al **CNM** más allá de lo establecido en el artículo 180 para los jueces de la Suprema Corte de Justicia, de que las tres cuartas partes de sus miembros de jueces pertenezcan al sistema de carrera judicial, y por supuesto, los requisitos establecidos en los artículos 153 y 187, respecto al ejercicio de derechos civiles y políticos, edad y experiencia.

A fines de adecuar sus funciones, fue promulgada en fecha 21 de junio de 2011 la Ley 138-11, la cual, conforme a sus Considerandos, era necesaria por el rediseño de su composición y atribuciones de conformidad con la Constitución del 2010, que dejó obsoleta la anterior Ley 169-97. Luego, en fecha 12 de junio de 2017, fue aprobado el Reglamento 1-17 para la aplicación de la Ley núm. 138-11 Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, el cual dispone unos criterios a tomar en cuenta en la designación de los jueces.

Este cambio sustancial en atribuciones ha provocado que el **CNM** pase de ser un órgano con una incidencia ocasional y eventual a que ocurra una de las condiciones indicadas anteriormente del artículo 21 de la antigua Ley 169-97 de muerte, inhabilitación o renuncia para elegir nuevos jueces, a un órgano que sesiona de manera obligatoria al menos cada 3 años, debido a la renovación escalonada de la matrícula del Tribunal Constitucional.

En resumen, y luego de este breve recuento de sus orígenes, podemos decir que el **CNM** es un órgano constitucional, de naturaleza política, con una representación de los tres poderes del Estado, que designa los jueces de las Altas Cortes, y evalúa los jueces de la SCJ.

Pasamos ahora a analizar sus decisiones, recogidas en actas de las sesiones, a fines de determinar si puede existir un control de legalidad, presentando ejemplos concretos y obstáculos a la factibilidad de su impugnación.

II.El control de legalidad de los actos del CNM

El **CNM**, como ya hemos indicado anteriormente, es un órgano constitucional, que tiene como función principal elegir y/o confirmar los jueces de las Altas Cortes, mediante actos administrativos denominadas actas. El Tribunal Constitucional, en su sentencia **TC/0009/15** ha definido los actos administrativos como el instrumento que le permite a la administración pública, en el ejercicio de su potestad administrativa, el manejo de los intereses públicos, manifestar su voluntad, deseo, conocimiento o enjuiciamiento que incide sobre situaciones subjetivas.

Precisa el Tribunal Constitucional que, en el ámbito administrativo dominicano, se considera como *acto administrativo la manifestación de la voluntad unilateral de la Administración, que tiene efectos particulares o generales capaces de producir consecuencias o modificaciones jurídicas*. De manera particular, la sentencia **TC/0134/13** despeja cualquier duda, indicando claramente que se tratan de actos administrativos.

En tal sentido, y si afirmamos que las actas que eligen y descartan los candidatos a jueces, así como las que evalúan los mismos son actos administrativos, de manera general es entendible que estén sujetas a un control de legalidad posterior, conforme el artículo 139 de la Constitución que dispone que los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública.

Respecto a la naturaleza de sus actuaciones, el profesor Pedro Jiménez Luna, indica que los órganos colegiados pueden emitir actos administrativos complejos siempre y cuando las voluntades de sus integrantes sean estructuralmente autónomos y cuya discrepancia goce de relevancia jurídica[5].

Partiendo de lo anterior y tratándose de un órgano especial, de una naturaleza poco convencional, sus actos administrativos no parecen estar sujetos a un control de

legalidad pleno, por varias razones que presentaremos más adelante. Veamos algunos ejemplos concretos de impugnaciones.

III. El caso de Julio Aníbal Suárez Dubernay

La sesión 24 de fecha 21 de diciembre de 2011, fue una de las más interesantes del **CNM**, ya que tenía la importantísima labor de elegir a los primeros 12 integrantes del Tribunal Constitucional, 5 integrantes del Tribunal Superior Electoral y evaluar a todos los jueces que conformaban la Suprema Corte de Justicia.

La sesión concluyó a las 2:00 am, con los resultados que ya todos conocemos, y sin la firma del magistrado Subero Isa, quien fue confirmado a unanimidad, y al enterarse que no había sido designado como presidente nuevamente se retiró de la sesión y desistió de formar parte de dicha Alta Corte.

Al respecto, el magistrado Subero Isa indicó que el **CNM** lo ratificó como juez de la SCJ, pero lo destituyó como presidente del alto tribunal, propuesta que rechazó por entender que después de 14 años dirigiendo no podía pasar una función inferior. Agradeció a los medios de comunicación y a la sociedad por todo el apoyo que le brindaron durante su gestión. *“La única queja que tengo es que quizás debieron darme una señal diferente a la que me habían dado hasta el momento”*[6].

Respecto a los jueces evaluados, cuatro no fueron confirmados de manera unánime, entre ellos, el magistrado Julio Aníbal Suárez Dubernay, estableciendo textualmente el acta de la sesión del CNM, el siguiente motivo:

“No confirmación del magistrado Julio Aníbal Suárez Dubernay, en razón de que durante el tiempo del cargo de juez de la Suprema Corte de Justicia, su proceder no siempre estuvo conforme a los criterios de independencia e imparcialidad, contenidos en el Reglamento de Evaluación de Desempeño de los Jueces de la Suprema Corte de Justicia. El Consejo Nacional de la Magistratura aprueba, a unanimidad, la propuesta de no confirmación al señor Julio Aníbal Suarez Dubernay como juez de la Suprema Corte de Justicia, en uso de la facultad prevista por el artículo 181 de la Constitución dominicana y por las razones indicadas”

Estos breves párrafos justificaron la remoción de un juez que tenía 15 años formando parte de la Suprema Corte de Justicia. Lo anterior provocó reacciones adversas de la comunidad jurídica, pues hasta ese momento, el doctor Julio Aníbal Suárez Dubernay se reconocía como una persona honesta, trabajadora y apta para el desempeño tan importante de ser juez del tribunal de mayor jerarquía del Poder Judicial.

Algo interesante a resaltar es que tres de los cuatro jueces no confirmados emitieron votos disidentes en la famosa sentencia **SUNLAND**, lo que refuerza el argumento de que se procuró integrar las Altas Cortes de jueces que favorecieran las causas políticas de sus electores.

Respecto a lo anterior, el doctor Negro Veras escribió un artículo en Acento titulado “Julio Aníbal Suárez: “Ciudadano ejemplo y juez modelo. Y punto”, en el cual indica lo siguiente en uno de sus párrafos:

Después de una vida ejemplar como estudiante, abogado, juez, profesor universitario, y como hombre público sin tachas, ahora, para justificar su exclusión como magistrado de la nueva Suprema Corte de Justicia, a Julio Aníbal se busca presentarlo como que fue un juez parcial y no independiente[7].

El doctor Suárez Dubernay, al entender que la justificación del **CNM** no era justa ni verdadera, intentó anular la misma por varias vías. La primera acción fue ante el Tribunal Constitucional, mediante una acción directa en inconstitucionalidad en contra del acta contenida en la sesión número 24 del **CNM**, la cual el Tribunal declaró inadmisibles mediante la sentencia **TC/0134/13**, alegando que conforme a los precedentes anteriores, los actos administrativos de efectos particulares no son susceptibles del control concentrado de constitucionalidad. Citamos el párrafo principal de la sentencia:

10.6. En el caso ocuriente, se advierte que el Consejo Nacional de la Magistratura, al proceder a la evaluación de desempeño de los jueces de la anterior Suprema Corte de Justicia, se sustentó en las disposiciones del artículo 33 de la Ley Orgánica núm. 138-11, de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil once(2011), sobre el Consejo Nacional de la Magistratura, y en los artículos 2 y 3 del Reglamento CNM-2-11, del once (11) de agosto de dos mil once (2011), que establecen los criterios de evaluación de desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, así como los procedimientos a seguir en dicha evaluación, elementos estos que resultan claves para la configuración del proceso administrativo de la evaluación de desempeño. Lo expresado deja en evidencia que el acto impugnado no tiene un carácter normativo y general, ni fue tampoco dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En ese sentido, por tratarse de un acto administrativo de efectos particulares, su impugnación no debe realizarse por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Constitucional, sino la acción correspondiente ante el Tribunal Superior Administrativo. En consecuencia, procede declarar inadmisibles la presente acción directa de inconstitucionalidad.

Posteriormente recurrieron dicha sentencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el cual a la fecha aún espera sentencia, según hemos podido investigar.

III.El caso de las objeciones a reparos y exclusión de aspirantes.

El 18 de enero del 2021, mediante el Acta número 003-2021, del CNM, conoció y decidió un recurso de reconsideración interpuesto por el aspirante Francisco Alberto Franco Soto, quien fue excluido de la lista final de aspirantes del Tribunal Constitucional, por

supuestamente no cumplir con el requisito contenido en el artículo 153.4 de la Constitución, de 12 años de ejercicio profesional como abogado, docente universitario, siendo juez del Poder Judicial o representante del Ministerio Público.

En este caso, una persona física presentó el reparo en contra del aspirante, alegando que no cumplía con los requisitos previamente indicados. En consecuencia, a esto, el **CNM** permitió que el aspirante se defendiera de dichos alegatos y posteriormente lo excluyó del proceso. Posteriormente, el aspirante recurrió en reconsideración esa decisión, y el **CNM** rechazó el recurso de reconsideración y confirmó la exclusión del aspirante. No analizaremos si la decisión del CNM fue correcta o no debido a que no es el objeto del presente artículo.

Otros casos se han presentado en los cuales se reciben reparos y objeciones de aspirantes, sin embargo, no conocemos si estas decisiones han sido posteriormente impugnadas ante las jurisdicciones correspondientes.

De todas formas, debido al tiempo que transcurriría entre una decisión jurisdiccional favorable para el aspirante, entendemos que sería complejo obtener una sentencia ejecutable, por los motivos que explicaremos más adelante.

III. Obstáculos en el control de legalidad de los actos del CNM.

Al analizar lo previamente indicado, identificamos algunos obstáculos para impugnar los actos administrativos desfavorables emitidos por el **CNM**, entre ellos, dos principales, la discrecionalidad administrativa y la eventual falta de objeto de la decisión que anule el acto administrativo dictado por el Consejo. Como todo órgano político, el **CNM** goza de cierta discrecionalidad al momento de ejercer sus funciones. Lo importante es que esta discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad.

El Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones a las facultades discrecionales de la Administración, como en la **Sentencia TC/0635/17** de fecha 3 de noviembre de 2017, donde reiteraba el precedente contenido en la **Sentencia TC/0048/12**, al indicar que *la facultad discrecional de la Administración Pública no puede confundirse con arbitrariedad*.

Igualmente se ha referido a la discrecionalidad en las actuaciones de la AP y al control de legalidad. Así, en la sentencia **TC/0456/17**, de fecha 26 de septiembre de 2017, el TC precisó lo siguiente respecto a la discrecionalidad del presidente de la República para destituir los miembros de la Policía Nacional:

11.13. Ahora bien, tratándose el que analizamos, de un acto administrativo asumido por el presidente de la República en el ejercicio de una facultad discrecional, facultad que, como ya ha establecido este tribunal constitucional, no puede de ninguna manera ser cuestionada ni reducida, la motivación del mismo, como exigencia del debido proceso, debe estar en correspondencia con la naturaleza jurídica de tal facultad discrecional.

11.14. Debe descartarse la exigencia de que tal motivación recaiga en las razones que tuvo el presidente para adoptar la medida en respuesta a los hechos que la generaron, porque precisamente la facultad discrecional que ostenta, que en el caso de la institución policial está dirigida a garantizar el mejor funcionamiento del servicio mediante el debido cumplimiento de su misión, le otorga la libertad de adoptar, prudencialmente, las decisiones que entienda más apropiadas para la consecución de los fines indicados.

De modo que es importante analizar los criterios de elección y evaluación de los jueces de las Altas Cortes para determinar hasta donde aplica el criterio discrecional.

En cuanto a la elección de nuevos jueces, entendemos que sería muy difícil por no decir imposible, que fuera de los requisitos formales de edad, estado civil, y tiempo de ejercicio, que un tribunal pueda anular dicha decisión, a menos que se comprobara una actuación de fraude, como un soborno para la elección de un aspirante. Fuera de una situación como esa, los criterios de subjetividad permitirán a los consejeros a justificar la elección de los aspirantes y no vemos prudente que un tribunal pueda anular y mucho menos sustituir una decisión que puede considerarse como una facultad discrecional.

Esto así porque ni la Constitución, ni la Ley 138-11, ni el Reglamento 1-17, imponen criterios de elección obligatorios, sino más bien que los dos primeros no contienen criterios algunos y el Reglamento en su artículo 28, utiliza la palabra podrá, de manera facultativa, para evaluar los criterios enumerados en dicha norma. No existe una rúbrica, matriz, u otra forma de evaluación objetiva que permita un control de legalidad pleno en el aspecto material.

Ahora bien, respecto a la evaluación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el artículo 181 de la Constitución, exige una motivación reforzada para remover a uno de los jueces de conformidad con la ley.

Al respecto, el doctor Servio Tulio Castaños establece el siguiente razonamiento al comentar el referido artículo 181:

Estamos conscientes de que este sistema de “evaluación de desempeño” podría afectar la independencia de las y los magistrados supremos, si el proceso de evaluación no es transparente y no se respetan unas garantías elementales. Por tal razón, entendemos que el procedimiento de evaluación de desempeño de los jueces y juezas de la Suprema Corte de Justicia debe adecuarse por lo menos a las siguientes garantías:

(i) Predeterminación de los ítems evaluables y de su valoración respectiva, para que los jueces de la Suprema Corte de Justicia conozcan fehacientemente sobre el qué serán evaluados;

(ii) fijación de parámetros de evaluación tanto de los satisfactorios, que imponen la automática renovación del mandato, como de los insatisfactorios, que permiten al Consejo Nacional de la Magistratura “separar al juez o jueza de su cargo”;

(iii) publicidad, elemental en todo debido proceso, para que la ciudadanía pueda apreciar la regularidad del procedimiento evaluativo; y, para los procesos evaluativos futuros,

(iv) recurribilidad ante el Tribunal Constitucional, quien deberá evaluar que la decisión de separación del cargo de un juez de la Suprema Corte de Justicia se sustenta “en los motivos que establece la ley que rige la materia” y que no se haya incurrido en violaciones al debido proceso durante la evaluación.

Todo esto aconseja adoptar un reglamento de evaluación técnicamente acabado y políticamente consensuado, que precise los criterios de evaluación y regule con rigurosidad los procedimientos que serán agotados.

Partiendo del razonamiento anterior, el Acta de la Tercera Sesión de fecha 4 de febrero de 2019 del **CNM**, aprobó a unanimidad la modificación del Reglamento de Evaluación de Desempeño de los Jueces de la Suprema Corte de Justicia, estableciendo respecto a los aspectos técnicos, la cantidad de proyectos de sentencias elaborados por mes y año, cantidad de proyectos aprobados y rechazados por su respectiva sala, votos disidentes motivados, recusaciones e inhibiciones y en cuando a los aspectos éticos y personales, integridad, imparcialidad, puntualidad, reputación intelectual, disciplina, entre otros.

Este Reglamento, en teoría, representó un gran avance en reducir la discrecionalidad y fortalecer la institucionalidad de una decisión fundamental para la elección de los máximos representantes del Poder Judicial.

No obstante a lo anterior, en la Décima Sesión de fecha 4 de abril de 2019 del **CNM**, fueron evaluados 10 jueces de la SCJ, y no se verifica que los criterios anteriormente descritos fueron observados con objetividad. La motivación del **CNM** para remover 7 de los 10 jueces evaluados, en síntesis, era que la sociedad dominicana reclamaba por un cambio en la justicia dominicana, a lo cual el Consejo no podía estar ajeno, lo cual refuerza el argumento de que la decisión de dicho órgano de evaluar a los jueces de la SCJ no fue por méritos ni por parámetros objetivos.

Igualmente dispone en la indicada Resolución que el **CNM** tiene una amplia facultad de evaluación y apreciación del desempeño de los jueces de la SCJ, siempre que se guie por los principios de objetividad y razonabilidad, lo cual aparentó no ser el caso, pues solo por tomar dos ejemplos se removieron dos jueces de carrera muy respetados en sus respectivas áreas como José Alberto Cruceta y Miriam German, sin una debida justificación.

¿Puede un juez, presumiblemente del TSA o posteriormente del TC, anular la no confirmación de uno de los jueces? En principio sí, pero sería muy complejo determinar si la actuación del **CNM** al no confirmar un juez es anulable, cuando la misma Constitución y la Ley no disponen criterios meramente objetivos, lo que otorga discrecionalidad al órgano a interpretar un criterio tan abierto y valorativo como su integridad, su imagen pública, reputación, etc. La nulidad sería más factible por una falta de motivación, pero si reconocemos que se trata de un acto administrativo con

cierta discrecionalidad, el Tribunal Constitucional ha reiterado que no se requiere una motivación exhaustiva.

Entonces pasamos al siguiente obstáculo, respecto de sus efectos. El Tribunal Constitucional ha adoptado un criterio que en nuestra opinión es incorrecto, respecto a la falta de objeto.

Un ejemplo de esto es la Sentencia **TC/0202/19**, donde se dispone que la impugnación de elecciones en las cuales las autoridades ya tienen un tiempo en su mandato constituye una situación consolidada, indicando textualmente que *se trata de una realidad consumada que no puede ser alterada por los poderes públicos, en virtud del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 110 de la Constitución de la República, que deja sin objeto el presente recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional*.

En tal sentido, aplicaría el mismo precedente con la impugnación de un acto administrativo del **CNM** que no confirme a determinados jueces y que elija a otros, pues para el momento en que el Tribunal Constitucional, como Tribunal de alzada, decida sobre el particular, va a haber transcurrido un tiempo considerable, y el recurso será declarado inadmisibles por falta de objeto. Así lo establece la Sentencia **TC/0025/12**, estableciendo que es *irrefutable que al momento que se conoce el presente recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional ya se había realizado el evento que se pretendía evitar, situación que este tribunal ha definido en otras decisiones como una falta de objeto del recurso que constituye un fin de inadmisión tradicionalmente acogido por la jurisprudencia de nuestros tribunales*.

Lo cierto es que la complejidad de la naturaleza del **CNM** y sus actos administrativos dificulta de manera fáctica un control de legalidad pleno.

Concluimos este trabajo con una cita del profesor Brewer Carías, en un magnífico trabajo denominado “*La cuestión de legitimidad en la designación de los jueces de la Corte Suprema*”, expresando certeramente estas palabras, las cuales compartimos a cabalidad:

*En definitiva, lo que se requiere para considerar legítima la selección de los jueces, es que el método que se adopte para ello asegure su independencia, autonomía e imparcialidad. Para ello, se deben implementar métodos de escogencia de los jueces que garanticen, **primero**, que los jueces se designen de manera transparente mediante estrictos criterios de selección, basados en el mérito; y **segundo**, que tal designación se haga de manera de asegurar la independencia, autonomía e imparcialidad del juez, sea cual sea el órgano o cuerpo llamado a hacer la elección[8].*

Lamentablemente nos han faltado ambos.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Corsante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL.

[2] PROPUESTA REFORMA CONSTITUCIONAL

[3] <https://acento.com.do/opinion/naturaleza-del-consejo-nacional-la-magistratura-8617930.html>

[4] <https://www.elcaribe.com.do/panorama/pais/un-recorrido-por-los-24-anos-del-consejo-de-la-magistratura/>

[5] SILVA ARANGUREN, Antonio, "Los Actos Administrativos Complejos", 2021, Santiago de Chile, P. 44-45.

[6] <https://hoy.com.do/cnm-elige-jueces-de-suprema-y-tc/>

[7] <https://acento.com.do/actualidad/julio-anibal-suarez-ciudadano-ejemplo-y-juez-modelo-y-punto-dice-negro-veras-11779.html>

[8] 1 Ponencia para el simposio sobre The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts., 6th International European Constitutional Law Network- Colloquium/International Association of Constitutional Law-Round Table, 2-4 November 2005, Berlin, Germany. Disponible en línea en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/11/64.-I-4-934.-La-cuesti%C3%B3n-de-la-legitimidad-en-la-designaci%C3%B3n-de-los-jueces-de-la-Corte-Suprema.-Berlin.pdf>;

La justicia constitucional frente a la propuesta de reforma

Pedro Luis Montilla Castillo

La propuesta de reforma constitucional impulsada por el Poder Ejecutivo en estos momentos, parte del otrora programa de gobierno presentado a la nación en el curso de la campaña electoral tras la que resultó airoso en las urnas el hoy presidente de la República. El eje central de su discurso, junto a la lucha contra la corrupción, era el fortalecimiento de la democracia mediante la verdadera separación de los poderes y la reformulación de ciertas estructuras estatales. Algunos de estos cambios se han venido operando en la dinámica ordinaria, mediante la actuación natural de los poderes públicos, mientras que otros necesitan, por su naturaleza y regulación actual, de las modificaciones puntuales a la Constitución que se procuran en la referida propuesta.

En la deliberación pública que se ha iniciado en torno a esta propuesta, quizás la institución del Ministerio Público es la que recibe una atención especial, tanto de los actores políticos preponderantes en dicha deliberación, como de la prensa y la academia. Sin embargo, hay otros elementos importantísimos que complementan la propuesta inicial del ejecutivo, y quiero detenerme esta vez en el análisis de uno de ellos en particular: la reformulación del quórum para las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y el impacto de esto en la justicia constitucional en la República Dominicana.

El Tribunal Constitucional fue creado en el marco del proceso de reforma constitucional que concluyó el 26 de enero de 2010. En el artículo 186 de dicho texto, (vigente aún) se dispuso que dicho quórum, es decir, la cantidad de votos necesarios para que se adoptase una decisión fuese de 9 de los 13 miembros del pleno. Esta mayoría exigida tiene un fundamento evidente para varios de los procedimientos del TC, por la gran carga de legitimidad que requiere, por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un tratado internacional. Sin embargo, para otros casos, como ocurre con la revisión de las sentencias de amparo, es un total contrasentido.

Esta preocupación ha sido expuesta desde la misma promulgación de la Constitución, como lo hizo Cristóbal Rodríguez en la obra *Constitución Comentada* que editó la FINJUS (ver páginas 363 y 364). Incluso ha sido reconocida por los propios magistrados del Tribunal Constitucional, como refiere el juez emérito, Hermógenes Acosta de los Santos, en una entrevista que concedió a la revista *Saber y Justicia* (ENJ), Vol. 1, No. 17, junio 2020.

Para ilustrar este punto, veamos de cerca el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Para este ejercicio escogeré el año 2016, por tratarse del quinto año de funcionamiento de esta Alta Corte, por lo que sus integrantes tenían ya cierta familiaridad con el procedimiento y la mecánica de trabajo, y estaba aún íntegra la primera composición de dicho órgano. Ese año fueron fallados 401 casos de revisión de amparo. El caso cuyo conocimiento y emisión de sentencia tuvo menor duración fue el que culminó en la sentencia TC/0704/16, de fecha 23 de diciembre de 2016, con una

duración de 3 meses y 7 días. Su contrario es el caso que culminó en la sentencia TC/0425/16 de fecha 13 de agosto de 2016, con una duración de 3 años, 2 meses y 10 días. Los restantes 399 procesos evidencian tiempos muy variados. Tomando como referencia la fecha de ingreso de cada expediente al TC y la fecha en que eran expedidas las sentencias, un recurso de revisión de amparo tardó, en promedio 15 meses. Esto sería lamentable en la justicia ordinaria, pero quizás comprensible; en el marco de la justicia constitucional, evidentemente, es un exceso.

Si hacemos un ejercicio similar en el año 2019, contando ya el tribunal con una composición distinta y usando los mismos datos de evaluación, la obtención de una sentencia de amparo es muy similar. Para ver otra perspectiva del ejercicio, observaré los casos de revisión de sentencias jurisdiccionales, en este último año de referencia (2019) usando el método de selección de intervalo fijo, cuyo valor del intervalo es 10. En este caso se evalúan 29 sentencias escogidas aleatoriamente según el método indicado, que arrojan una duración promedio de 14 meses antes de recibir fallo.

Como se evidencia en los datos estadísticos provistos más arriba, el amparo no es –de manera recurrente y por la dilación señalada– un mecanismo efectivo para la *protección inmediata* de los derechos fundamentales como lo consagra el artículo 72 de la propia Constitución. De poco sirve, en esas circunstancias, que en la fase de primer grado el procedimiento sea, conforme al mismo artículo, preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades. Lo propio ocurre, como vimos, con el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales y lo que es aún peor e incomprensible: con el procedimiento para la suspensión provisional de una sentencia, mismo que por su naturaleza, debe estar dotado de una celeridad particular.

Esta problemática no es exclusiva de la República Dominicana. Doquier hay un sistema de justicia constitucional puede verse la tensión entre la celeridad requerida y las limitaciones de los órganos jurisdiccionales que la administran. Por eso en muchos casos –como podemos ver en el derecho comparado– se recurre a mecanismos similares a los que se desprenden de la propuesta. Un ejemplo es Colombia, que tiene una de las jurisdicciones constitucionales más respetadas de nuestra región. Además de su “Sala Plena”, cuenta con una sala de selección de tutela y salas de revisión de tutelas. Algo similar ocurre en Perú, donde la ley establece de manera clara que para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el tribunal está constituido por dos salas, con tres miembros cada una. Sin embargo, en nuestro caso el propio constituyente vedó posibles reformulaciones como las descritas, al sujetar la totalidad de los procesos constitucionales al pleno del órgano y fijar en 9 de 13 votos el quórum para la totalidad de las decisiones.

Los jueces del Tribunal Constitucional no tienen la culpa de que este proceso sea así. Por el contrario, si algo nos consta es el extraordinario trabajo del órgano de justicia para surcar esos valladares impuestos injustificadamente por la Constitución. La labor de su presidente, el Mag. Milton Ray Guevara en una década frente a su pleno, ha sido meritoria y toda la comunidad jurídica sabe que no está en sus manos cambiar esta

fórmula. Ni siquiera el legislador podría hacerlo. De allí la importancia de que mediante una reforma constitucional se permitan ciertos cambios en la conformación del indicado quórum y con ello se procure cumplir con el principio de celeridad, claramente establecido en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

¿Cómo procura resolver esto en la propuesta de reforma constitucional? Mediante la modificación del artículo 186 de la Constitución se propone que el quórum actual persista solamente para los procesos orgánicos: control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, control preventivo de tratados internacionales y el conflicto de competencias. A estos procedimientos, sería prudente agregar que el mismo quórum se requerirá para los casos en que se requiera una variación de precedente. Como bien se sabe, cuando el Tribunal Constitucional abandona un precedente ya establecido, debe anunciarlo y justificarlo, por la relevancia que ello tiene para la seguridad jurídica. Sería oportuno que, precisamente para la optimización de ese principio, también en esos casos se requiera la mayoría agravada que ya conocemos. Hay un sector de la doctrina que sostiene que para fijar nuevos criterios interpretativos sobre derechos fundamentales, estas salas deberían remitir al pleno la decisión ya tomada para ratificación. Es una idea igualmente digna de ponderación.

Los demás procesos deberían remitirse a la ley. El legislador orgánico procedería entonces a la creación de salas para el conocimiento de los recursos de revisión de decisiones jurisdiccionales, sentencias de amparo, habeas data y habeas corpus, siempre que no modifiquen precedentes del tribunal. En esta labor legislativa tendrían un rol protagónico los propios jueces del Tribunal, pues nadie conoce mejor que ellos la realidad en la que se desenvuelven y con la que han tenido que luchar, obteniendo resultados importantes pese a ella, en esta primera década. La reforma constitucional habilitaría precisamente al Tribunal Constitucional a tener la iniciativa legislativa para ello, pues, como se sabe, parte de la propuesta es extender la iniciativa legislativa que el actual artículo 96 concede al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo, a la Suprema Corte de Justicia y a la Junta Central Electoral, a los órganos constitucionales *extrapoder* descritos en el precedente TC/0001/15, en los asuntos propios de sus competencias.

En definitiva, la propuesta que hoy se discute parte de la premisa de que cualquier sistema de derechos y garantías es una construcción dinámica, no estática. Debemos tener la humildad de aprender de las lecciones que nos ofrece la experiencia, valorar los datos estadísticos que se puedan construir a partir de esa experiencia y procurar, mediante las vías de reforma normativa disponibles en nuestro sistema, el perfeccionamiento constante de las condiciones de tutela de los derechos de las personas. Esto es, al final del día, la razón misma de la Constitución.

La indemnización complementaria y su punto de partida

Enmanuel Rosario Estévez

Dedicado a la memoria de Manuel Madera Acosta

El resarcimiento de la víctima en el ordenamiento dominicano se encuentra supeditado a su reparación integral, que obliga al responsable de un daño a resarcir “la totalidad del perjuicio existente al momento de producirse el fallo definitivo sin importar que dicho daño haya sido inferior a la hora del hecho lesivo o a la de incoarse la acción en su contra”[1].

En esencia, la víctima debe ser resarcida no solo por el perjuicio sufrido al momento de generarse el hecho, sino también de sus secuelas. Por ejemplo, si una parte sufre un accidente de tránsito ocasionado por otro, no solo se debe tomar en cuenta el daño corporal, material y moral inmediato, sino también los daños derivados, tales como, los gastos médicos en que se han incurrido al momento de la emisión de la decisión, e incluso, los que se proyecten cuando se trate de un tratamiento prologando en el tiempo, gastos misceláneos relacionados con el hecho, las pérdidas del chance que se generaron, entre otros.

Para lograr una reparación integral, la jurisprudencia se ha auxiliado de un concepto poco comprendido, que es la indemnización complementaria. Esta fórmula indemnizatoria tiene un carácter accesorio respecto a la indemnización principal, y su finalidad es suplir cualquier tipo de insuficiencia que pudiera existir o desprenderse del monto reconocido por el juez como indemnización principal.

La indemnización complementaria, en ocasiones denominada suplementaria, juega un papel vital en la reparación integral del daño, pues constituye el equilibrio entre la imposibilidad del juez de imponer una condenación por encima del daño y la necesidad de reconocer un monto indemnizatorio justo, sin que la víctima pueda resultar lesionada económicamente. Es prácticamente una apuesta al empate, pues la víctima no puede ganar ni perder más de allá de lo que en derecho le corresponde[2].

La indemnización complementaria es, a su vez, el resultado de un análisis directo al perjuicio ocasionado por el hecho generador, siendo su finalidad suplir cualquier deficiencia de la condenación principal. Esto permite que ante un accidente de tránsito el juez pueda combinar una condenación principal en la que se determine el daño material y moral, y una indemnización complementaria que sirva para resarcir los aspectos colaterales del perjuicio, tales como los gastos médicos proyectados a futuro, la imposibilidad de dedicarse a las labores por determinado tiempo, entre otras[3], siempre y cuando el juez no incluya estos aspectos en la condenación principal.

Es básicamente una condenación adicional que busca suplir las imprecisiones o vacíos de la condenación principal, con el objetivo de alcanzar la reparación integral que merece toda víctima.

Este tipo de indemnización se caracteriza por ser una reparación *in concreto* del daño, lo que quiere decir, que requiere de un análisis de los hechos y del daño[4]. Un ejemplo de indemnización complementaria se puede apreciar en el artículo 1231-6 del Código Civil Francés, que permite al juez imponer en los casos de incumplimiento de pago de sumas de dinero, una condenación adicional al interés legal (interés moratorio), siempre que se compruebe que el retardo en el pago es producto de la mala fe del deudor[5].

En la praxis dominicana, e incluso en la francesa, es común que se confunda la indemnización complementaria con el interés moratorio, debido a que en ambos casos se suele utilizar interés legal (hoy denominado judicial, en la República Dominicana) como mecanismo de reparación[6].

De hecho, se suele observar en la práctica que las condenaciones indemnizatorias principales en los casos de responsabilidad civil suelen acompañarse de una condenación adicional al pago de un interés judicial “a título de indemnización complementaria”, cuando la realidad es que lo que se está reconociendo es un interés moratorio aplicable a la condenación principal.

La diferencia entre uno y otro es que la indemnización complementaria requiere de una evaluación *in concreto* de la falta y el daño. En cambio, el interés moratorio es una apreciación *in abstracto*, lo que quiere decir, que tan solo se debe probar la obligación y alegar el incumplimiento de pago, sin necesidad de demostrar la falta y el perjuicio sufrido.

Para comprender esto mejor es necesario señalar que el interés moratorio es una sanción al retardo en el cumplimiento de una obligación de pago de sumas de dinero, que se puede manifestar de dos formas: 1) cuando se incumple con el pago de sumas de dinero derivado de una convención y 2) cuando existe un retardo en el pago de una condenación judicial[7].

En el primer caso, el interés moratorio será reconocido sin necesidad de que se pruebe el daño ocasionado en virtud de lo establecido en el artículo 1153 del Código Civil Dominicano. Mientras que el segundo caso se manifiesta cuando, por ejemplo, producto de una demanda en responsabilidad civil delictual se impone una condenación judicial, este monto podrá generar intereses moratorios hasta que finalmente el deudor cumpla con su obligación, y sin importar que contra la decisión se hayan interpuestos recursos suspensivos.

Es por esto, que la doctrina francesa ha señalado que el interés moratorio[8], puede provenir de una inexecución de contrato, de las obligaciones liquidadas por el juez, de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, contractual y cuasicontractual[9].

Como señalamos anteriormente, en la República Dominicana la noción de indemnización complementaria suele frecuentemente confundirse con el interés moratorio. De hecho, en ocasiones da la impresión de que la jurisprudencia dominicana le otorga el mismo tratamiento, y confunden especialmente su punto de partida.

La utilización de la fórmula del interés legal en ambos escenarios ha provocado desde siempre una manifiesta confusión en los conceptos y llevó a que la jurisprudencia dominicana estableciera que la indemnización complementaria tiene “su origen en daños a las personas o a la cosa, y no en retraso en el cumplimiento de una obligación”[\[10\]](#). Debiendo aclarar, además, que “el hecho de que se otorgue esa indemnización suplementaria, no significa que se estén concediendo daños y perjuicios moratorios”[\[11\]](#)

Incluso en Francia, país origen de nuestra legislación en materia civil, la Corte de Casación Francesa tuvo que precisar que era posible establecer en una misma decisión los daños y perjuicios complementarios e interés moratorio[\[12\]](#), reconociendo de esta forma que se trata de dos conceptos distintos, y llegando a precisar además, que en el caso de la indemnización complementaria el juez podía fijar una tasa de interés diferente a los del interés legal[\[13\]](#), porque en esencia se trata de dos figuras diferentes.

De igual forma, la jurisprudencia francesa ha tenido que reconocer que en ocasiones es necesario y equitativo combinar ambas figuras, y en el caso de los intereses complementarios fijarlos a partir de la fecha del accidente[\[14\]](#), o de la demanda. Pero este punto requiere de una reflexión más amplia, la cual abordaremos más adelante.

Con el paso del tiempo, nuestro ordenamiento ha ido eliminando la estrecha línea divisoria que existe entre la indemnización complementaria y el interés moratorio, y hoy en día ambos son apreciados como “un mecanismo para preservar el monto fijado”[\[15\]](#) por el tribunal. Es decir, en una herramienta para evitar que la condenación principal se reduzca por la inflación, por el paso del tiempo, por la indisponibilidad o por cualquier otro factor extraño a la víctima[\[16\]](#).

Esto último quiere decir, que la indemnización complementaria se ha reducido en la práctica dominicana a una mera fórmula indexatoria en nuestro ordenamiento, lo que desnaturaliza su esencia.

De hecho, hoy en día ambas figuras se han reducido a “intereses compensatorios”, concebidos como “un mecanismo de indexación o corrección monetaria”, pues a juicio de la alta corte, “dicho interés moratorio tiene la finalidad de reparar al acreedor de una suma de dinero por los daños ocasionados por el retardo en su ejecución, sea como consecuencia de la devaluación de la moneda a través del tiempo, la indisponibilidad ocasionada y los costos sociales que esto implica, o por cualquier otra causa no atribuible al beneficiario de la sentencia”[\[17\]](#).

A esto último, la doctrina francesa suele denominarlo indemnización o interés compensatorio, que sirve para reparar el perjuicio económico derivado de la erosión

monetaria y la pérdida del chance que haya surgido desde el nacimiento del daño hasta el pronunciamiento de la sentencia[18].

Fundamento legal

Para comprender mejor la distinción entre una figura y otra debemos remitirnos a su fundamento legal, pues aquí podemos encontrar algunas de las respuestas que necesitamos. Lo primero que debemos señalar es que la indemnización complementaria no tiene en nuestro ordenamiento un fundamento legal en específico, sino que su creación es el producto de la jurisprudencia. Esto conllevó a que originalmente se cuestionara su legalidad.

Como señalamos precedentemente, la confusión en el plano local provenía de la vieja práctica francesa de aplicar el artículo 1153 del Código Civil[19]. Para resolver esta problemática, una antigua jurisprudencia dominicana estableció que el fundamento legal de este “interés complementario”[20] residía en el texto de la responsabilidad civil que aplicase al caso. Esto quería decir que, si se trataba de un caso derivado de un cuasidelito, el fundamento sería el artículo 1383 del Código Civil Dominicano, de un delito civil el artículo 1382, y así sucesivamente[21].

Para justificar su posición, la Suprema Corte de Justicia precisó que la indemnización complementaria tiene “su origen en daños a las personas o a la cosa, y no en retraso en el cumplimiento de una obligación el cual es aplicable el artículo 1153 del Código Civil”[22]. Esto le permitió establecer, en un caso de accidente de tránsito, que el fundamento legal era “los artículos 1383 y 1384 por tratarse de responsabilidad civil extracontractual y no contractual”[23].

Sobre este tema, el profesor Delebecque, quien ha sido uno de sus más finos críticos, señala que el artículo 1153 del Código Civil no es aplicable a la indemnización complementaria de la condenación principal[24]. Para este destacado jurista se debe mantener la distinción entre la indemnización complementaria y el interés moratorio.

A partir de 1997 la jurisprudencia dominicana varió su posición respecto al fundamento legal de la indemnización complementaria, estableciendo que el texto aplicable es el artículo 1153 del Código Civil Dominicano, lo que implicaba una sumisión a la fórmula del interés legal. En ese entonces, la jurisprudencia dominicana estaba altamente influenciada por la doctrina francesa y la interpretación que se hacía sobre el artículo 1153-1 del Código Civil Francés[25].

Desde nuestra óptica, tal confusión se pudo haber generado por el hecho de que en el ordenamiento francés se le había agregado un párrafo al artículo 1153 del Código Civil mediante la ley No. 85-677 del 5 de julio de 1985, para reconocer el interés moratorio de pleno derecho a las condenaciones judiciales. Lo que conllevó a que el fundamento legal del interés moratorio para las condenaciones judiciales en el ordenamiento francés fuese el entonces artículo 1153-1 del Código Civil. Dicho texto establecía que:

“en toda materia, la condenación indemnizatoria genera intereses a la tasa legal incluso en ausencia de demanda o de disposición especial de la decisión”.

A partir de esta interesante modificación, el interés moratorio en el ordenamiento francés puede ser impuesto de oficio, y no equivale a un mecanismo de indexación, sino que es una sanción al retardo objetivo del deudor[26] en el cumplimiento de la decisión.

En la actualidad, el interés moratorio aplicable a una condenación judicial se encuentra regulado en la legislación francesa por el artículo 1231-7 del Código Civil Francés, modificado mediante Ordenanza No. 2016-131, del 10 de febrero de 2016. Básicamente, el nuevo texto recoge el contenido del anterior, al establecer que:

“En toda materia, la condenación a una indemnización genera intereses a la tasa legal incluso en ausencia de demanda o disposición especial de la decisión. Salvo disposición contraria de la ley, estos intereses corren a partir del pronunciamiento de la decisión, al menos que el juez decida otra. En caso de confirmación pura y simple por el juez de apelación de una decisión que reconozca una indemnización en reparación de un daño, esta producirá de pleno derecho intereses a la tasa legal a partir de la decisión de primera instancia. En los otros casos, la indemnización reconocida en apelación generará intereses a partir de la decisión de apelación. El juez de apelación puede derogar las disposiciones de la presente línea”.

Lo anterior aparenta ser el origen del uso indistinto del artículo 1153 del Código Civil Dominicano para la indemnización complementaria y el interés moratorio, que es de donde se deduce la gran confusión entre ambas figuras.

Naturaleza jurídica

El segundo punto importante para comprender el tema radica en la naturaleza jurídica de estos intereses. De antemano aclaramos, que no pretendemos entrar en el debate de si se trata de intereses legales o judiciales, pues eso sería objeto de otro análisis. Nuestro objetivo apunta más bien al descubrimiento de su esencia para poder determinar el correcto punto de partida para su cómputo.

Como indicamos anteriormente, la indemnización complementaria es una forma de reparación del daño sufrido por la víctima en ocasión de la generación de un hecho determinado causante de tal situación. Este tipo de reparación procura la reposición del afectado al estado en que se encontraba antes de producirse el hecho generador.

En cambio, el interés moratorio es de igual forma un mecanismo de sanción, pero no sobre el hecho generador sino al retraso en el cumplimiento del pago de la sentencia condenatoria. Por ende, se trata de dos sanciones pecuniarias que persiguen objetos distintos.

De hecho, la jurisprudencia dominicana ha reconocido la potestad de los jueces de fondo de “acordar a título de indemnización suplementaria en provecho de la víctima,

los intereses legales de la suma principal...y el hecho de que se otorgue esa indemnización suplementaria no significa que se estén concediendo daños y perjuicios moratorios”[27]. Esto es una forma de distinguir ambas figuras y deslindar sus distintas naturalezas.

Sobre el punto de partida de la indemnización complementaria

Lo anteriormente expuesto resulta relevante cuando se aborda el punto de partida de la indemnización complementaria y de los intereses moratorios. Es en este aspecto que descansa uno de los aspectos más interesantes y que manifiesta la verdadera distinción entre una figura y otra.

De entrada, debemos señalar que cuando se trata de indemnización complementaria el juez puede disponer el inicio de su cómputo “a partir del hecho perjudicial”[28] o desde la interposición de la demanda, pues en esencia, se trata de un complemento de la condenación principal. En este caso el juez debe ubicar el punto de partida entre la generación del hecho y la fecha de la sentencia, sin incluir esto último.

Cuando el juez fija como punto de partida el hecho generador, el computo inicia el día *aquo*, es decir, el mismo día de la generación del hecho, pues debemos tomar en cuenta que no se trata de un plazo procesal.

El interés moratorio, por su parte, tiene su punto de partida en la emisión de la decisión. Esta interesante distinción fue realizada por la Corte de Casación Francesa cuando estableció que “tanto en materia delictual como contractual, la acreencia de reparación solo produce intereses moratorios desde el día en que fueron fijados judicialmente, los intereses fijados a partir de una fecha anterior constituyen una reparación complementaria que forma integrante de los daños y perjuicios acordados a título principal”[29].

Para la referida corte, los intereses establecidos a partir de una fecha anterior a la decisión solo constituyen una reparación complementaria que forman parte integrante de los daños y perjuicios acordados de manera principal[30]. Razón por la que fue censurada y casada la sentencia que mejoraba el monto de la condenación pronunciada en primera instancia en beneficio del apelante, pero modifica en su detrimento el punto de partida de los intereses, agravando la suerte del apelante sin que existiese una apelación incidental.

Es oportuno señalar que esta no era la primera decisión de la Corte de Casación Francesa que se refería al punto de partida de los intereses moratorios derivados de una condenación judicial. De hecho, fue el 5 de noviembre de 1936 cuando estableció por primera vez que “una acreencia delictual o cuasidelictual solo existe y podrá producir intereses moratorios desde el día en que han sido judicialmente reconocidos”, porque a juicio del referido tribunal, “la víctima, no tiene, hasta la decisión en justicia a su favor, ni título de acreencia ni derecho reconocido del cual se pueda prevalecer”[31].

La jurisprudencia dominicana se ha expresado en la misma línea, al reconocer que “si bien es verdad que los intereses moratorios no se pueden aplicar en materia delictuosa sino a partir del día en que la sentencia consagre el crédito indemnizatorio de la víctima, nada se opone, sin embargo, a que el juez pueda condenar a la persona responsable al pago de los intereses legales de la indemnización, a partir del hecho perjudicial o de la fecha de la demanda, siempre que lo haga a título de interés compensatorio, esto es a título de reparación del daño”[32].

En el caso del interés moratorio, la jurisprudencia francesa ha establecido que estos intereses “solo corren a partir del día en que su monto está judicialmente determinado”[33], sin importar que se trate de un caso de responsabilidad civil contractual, delictual o cuasidelictual[34]. Cuando estos intereses corren a partir de un evento anterior a la decisión se consideran una indemnización complementaria[35].

Es importante destacar que este tema ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial en Francia, lo que generó a su vez, una modificación legislativa en la materia. El texto francés regula en la actualidad tres hipótesis: a) la condenación judicial es emitida por un tribunal de primer grado; b) la condenación judicial es modificada por la corte de apelación; y c) si es impuesta por primera vez por la corte de apelación.

En el primer escenario el resultado es simple, si la condenación judicial es emitida por un tribunal de primera instancia y la decisión es confirmada por la corte de apelación, entonces los intereses moratorios se computan desde la decisión de primera instancia. En el segundo escenario, si la condenación judicial es modificada por la corte de apelación, entonces se considera que esta última decisión es el nuevo punto de partida[36].

En el tercer escenario, la respuesta legislativa sigue la misma línea de pensamiento jurisprudencial, y es que si la decisión que impone una indemnización es emitida por primera vez por la corte de apelación, se considera que es a partir de ese momento en que se determina el crédito y se concreta la obligación de pago a cargo del deudor judicialmente condenado. Por vía de consecuencia, es a partir de esta decisión que inicia el cómputo de los intereses.

Es importante destacar que esta interesante concepción francesa sobre los intereses moratorios y su punto de partida es obra de una jurisprudencia de la Corte de Casación de 1967[37]. Es innegable el papel estelar que han jugado los tribunales en la conformación del concepto del interés moratorio y su punto de partida.

En el caso de la jurisprudencia dominicana, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia emitió en fecha 29 de marzo del año 2017, una decisión que nos acerca más al precedente francés. En este precedente se reconoce que “en materia de responsabilidad civil extracontractual, la tendencia es que los intereses compensatorios[38] comiencen a correr desde el pronunciamiento de la sentencia, hasta la total ejecución de esta, pues, de lo contrario, el responsable podría verse obligado a pagar indemnizaciones

superiores a las que está legalmente obligado, además de que es de principio, que los daños y perjuicios son evaluados en su totalidad el día en que se emite el fallo”^[39].

Es importante destacar en esta decisión, que se reconoce la obligación del juez de preservar el principio de reparación integral al momento de reconocer el monto indemnizatorio, lo que quiere decir, que el juez debe de tomar en cuenta la devaluación de la moneda que ha ocurrido desde la generación del hecho hasta la imposición de la sentencia, y a partir de ese reconocimiento es que se computarán los intereses moratorios.

Precisamente, el principio de reparación integral es el que justifica que los intereses moratorios inicien su cómputo a partir de la sentencia de la corte de apelación cuando la condenación judicial es impuesta en esa jurisdicción o incluso, cuando se produzca la modificación de la sentencia de primer grado.

La Suprema Corte de Justicia ha reiterado de forma constante el criterio de que “lo que convierte al demandado formalmente en deudor es la decisión judicial, por tanto si bien el daño se determina el día en que ocurrió el hecho, su evaluación queda establecida en la fecha que el juez dicta sentencia definitiva y solo a partir de ella pueden correr los intereses”^[40].

Incluso, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia estableció el “criterio que el cálculo debe ser necesariamente a partir de la sentencia que constituye al demandado en deudor y no a partir de la interposición de la demanda”. Adicional a lo anterior, se sostuvo que “la condenación a intereses judiciales compensatorios no puede operar sino a partir de la sentencia que constituyó al demandado en deudor”, y que la misma puede ser “la de primer grado o la de corte de apelación. En estos casos precisar que el punto de partida para el cálculo de los referidos intereses no es la sentencia que haga firme la indemnización, sino la primera sentencia que haya atribuido la responsabilidad civil, y en consecuencia, haya convertido al demandado en deudor de la indemnización”^[41].

La decisión citada constituye un precedente importante porque fija en la sentencia condenatoria de primer grado, el punto de partida del cómputo de los intereses suplementario, sin importar la modificación que pudo haberse dado en la corte de apelación, lo cual nos parece totalmente justo. Especialmente si partimos de que en la realidad dominicana no se realiza un análisis económico del caso al momento de imponer una condenación, ni se evalúa la depreciación de la moneda ocurrida desde la ocurrencia del hecho generador hasta la fecha de la sentencia.

Ahora bien, en fecha 26 de mayo del año 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia emitió una decisión que puede generar confusión, al establecer que “la condenación a intereses judiciales compensatorios no puede operar sino a partir de la sentencia definitiva”^[42]. Es importante aclarar que el concepto de sentencia definitiva se refiere en este caso a la decisión del juez de fondo, y no al concepto clásico de una decisión provista de la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada.

Otro elemento importante a destacar, es que la jurisprudencia francesa y dominicana le han reconocido “a los jueces del fondo la facultad de fijar un punto de partida distinto y hacer remontar ese interés a una fecha anterior a la del juicio, principalmente a contar desde el día de la demanda en justicia” ... “sin que ello de lugar a casación, por tratarse de una facultad que opera bajo el ejercicio del poder soberano de que gozan los jueces”[43], incluso el punto de partida puede ser el día de la notificación de la decisión[44].

A pesar del poder soberano de los jueces al momento de fijar el punto de partida de este cómputo, no podemos olvidar la regla general, y es que si el punto de partida es fijado con anterioridad a la decisión debe ser siempre a título de indemnización complementaria.

En este punto podemos señalar dos escenarios interesantes. El primero es que el tribunal imponga la condenación principal y un interés moratorio sin especificar su punto de partida. En este caso, su cómputo iniciará a partir de la fecha de la decisión por la naturaleza misma de los intereses fijados[45].

En el segundo escenario, el tribunal omite indicar la naturaleza de los intereses fijados y también el punto de partida de los mismos. En este caso la decisión debe ser casada por falta de base legal, es decir, una imprecisión manifiesta que impide determinar lo decidido por el tribunal en sus motivaciones.

Definitivamente, el tema de la indemnización complementaria y la dicotomía respecto al interés moratorio resulta importante para el ordenamiento dominicano y merece atención por parte de nuestros legisladores, pues la confusión que en ocasiones se observa es la consecuencia de normas obsoletas e incompletas.

[1] SCJ, Primera Sala, Sent. 151, 26 de junio 2013, BJ No. 1231;

[2] La Suprema Corte de Justicia ha establecido en reiteradas ocasiones que los jueces no deben fijar una indemnización que resulta irrisoria ni exorbitante (SCJ, Segunda Sala, Sent. 979, 19 de septiembre 2016; SCJ, Primera Sala, Sent. 15, 25 enero 2017; SCJ, Primera Sala, Sentencia 281, 13 de abril 2016) ver también SCJ, Primera Sala, Sent. 8, 6 de febrero de 2013.

[3] Terré, Francois, et al, Les Obligations, 12ava edición, Précis Dalloz, Paris, Francia, 2019, Pág. 1209.

[4] Nussenbaum, Maurice, La place des intérêts compensatoires (ou pre-jugement interest) dans l'évaluation des préjudices, Octubre 2018, Lexis Nexis, consulta en línea <https://www.cnejef.org/sites/default/files/fichiers/public/la-place-des-interets-compensatoires-mn-contrats-concurrence-consommation.pdf>

[5] En la República Dominicana aún no existe esta fórmula para retener daños y perjuicios supletorios cuando ocurre un incumplimiento de pago de sumas de dinero producto de la mala fe del deudor. El actual artículo 1153 del Código Civil solo admite como el interés legal (hoy judicial) como mecanismo de reparación del daño.

[6] Vale aclarar que en el caso de la indemnización complementaria el juez no está obligado a utilizar la fórmula del interés como herramienta de reparación. El monto puede ser una cuantía determinada, e incluso pagadera de forma periódica por un tiempo determinado. De igual forma, si en nuestro país existiera aún la tasa de interés legal, la indemnización complementaria no estaría sujeta a ese porcentaje, lo que implica una clara distinción de la indemnización complementaria y el interés legal que existía en nuestro ordenamiento.

[7] SCJ, Primera Sala, Sent. 8, 6 de febrero de 2013, BJ No. 1227.

[8] Malaurie, Philippe et Laurent Ynés, Droit des obligations, 10 edición, Editora LGDJ, Paris, Francia, 2018, Pág. 557.

[9][9] Cass. Civ. 1, 2 de abril 1974, Bull Civ. I, No. 108: D. 1974.473;

[10] SCJ, Sent.15, 31 de marzo de 1989 Pág. 332, BJ No. 940, Pág. 332;

- [11] SCJ, Sentencia de fecha 11 de febrero 1970, Rafael Francisco Morel Vs Pedro Juan Castro.
- [12] Civ.1, 16 de mayo de 1995, No. 92-15.376, Bull Civ. I, No. 148, D.1995: IR 162;
- [13] Cass Req. 8 de febrero 1875: DP 75,1,275;
- [14] Cass Civ. II, 20 de junio 1990: Bull. Civ. II No. 141
- [15] TC, Sent. TC/00091/19, de fecha 21 de mayo de 2019:
- [16] SCJ, Primera Sala, Sent. 8, 6 de febrero 2013, BJ No. 1227;
- [17] SCJ, Primera Sala, Sent. 306, 28 de febrero 2018, BJ No. 1287;
- [18] Corte de Apelación de Paris, Fiche No. 7, Comment réparer les préjudices liés a l'écoulement du temps?, consulta en línea https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_07.pdf
- [19] Malaurie, Phillipe et Laurent Aynés, Op. Cit., Pág. 557.
- [20] En esta ocasión resaltamos el término "interés complementario" para destacar que fue la misma terminología utilizada por la jurisprudencia, y evidenciar con ello la asimilación que en la práctica se realiza entre el interés y la indemnización complementaria.
- [21] SCJ, Sentencia 30 de junio 1978, Pág. 1322 BJ No. 811; SCJ, Sent. 2 de marzo 1979, BJ No. 820, Pág. 328; SCJ, Sent 16 de enero 1980, BJ No. 830, Pág. 54; SCJ, Sent. 13, 14 de junio 1982 BJ No. 859;
- [22] SCJ, Sent.15, 31 de marzo de 1989 Pág. 332 BJ No. 840;
- [23] SCJ, Sentencia del 25 de abril de 1977, BJ No. 797, Pág. 728;
- [24] Delebecque, Philippe, Regime de la reparation, Juris Classeur 1997, Paris, Francia, Pág. 7.
- [26] Gréau, Fabrice, Recherche sur les intérêts moratoires, Editora Defrénois, Paris, 2006, Pág. 295.
- [27] SCJ, Sent. 11 de febrero 1970, BJ No. 711, Pág. 285;
- [28] SCJ, Sala 2, Sent No. 81, Jun. 2006, B.J. 1147. En esta decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia se estableció que: "nada se opone a que el juez pueda condenar a la persona civilmente responsable al pago de los intereses legales de la indemnización a partir del hecho perjudicial o de la fecha de la demanda, siempre que lo haga a título de indemnización suplementaria"
- [29] Civ. 1, 16 de marzo de 1966: Bull Civ.I, No. 190; Civ.I, 18 de enero 1984: JCP. 1985, II, No. 20372.
- [30] Cass Civ. II, 23 de enero 1991, Bull Civ. II, No. 28
- [31] Cass Civ. 5 noviembre 1936, DH 1936.585 ; S.1937.1.27 ; Gaz. Pal. 1937.1.15
- [32] SCJ, Sent. 23 de mayo de 1962, BJ No. 622, Pág. 718;
- [33] El profesor Francois Terré fija como precedente una decisión del 17 de junio de 1975 (Civ. 3, 17 de junio 1975, Bull Civ. 1975, Bull Civ. III, No. 203; Civ. 3, 17 de julio 1975, Bull Civ. III, No. 261) (ver Francois Terré et all, Les Obligations, Precis Dalloz, 12 edition, Paris, Francia, Pág. 1519), sin embargo, existen precedentes anteriores como la sentencia del 31 de enero de 1969 de la misma Tercera Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa (ver Cass. Civ. 3, 31 de enero 1969) también Cass. Civ. 3, 15 de noviembre 1972, 71-11.651;
- [34] Civ. 1, 16 de marzo 1966, Bull Civ I No. 190;
- [35] Crim. 7 de julio 1966, Gaz Pal 1966.2.193; Civ. 16 de marzo de 1966, JCP 1966.II.14756;
- [36] Francois Terré et all, Les Obligations, Ob. Cit., Pág. 1519
- [37] Civ. 26 de abril 1967, Bull Civ. II, No. 157; Crim. 24 de febrero 1970, Bull Crim. 73);
- [38] La jurisprudencia dominicana utiliza comúnmente el concepto de interés compensatorio para referirse al interés moratorio, pero es el resultado de una práctica errada.
- [39] SCJ, Primera Sala, Sent. 136, del 29 de marzo de 2017; SCJ, Primera Sala, Sent. 11, 28 de marzo de 2018
- [40] (SCJ 1ra. Sala, sentencia núm. 1157-2019, 13 de noviembre de 2019, B.J. 1308; SCJ, Primera Sala, Sent. 1294-2021, de fecha 26 de mayo de 2021);
- [41] SCJ, Salas Reunidas, Sent. 28-2020, de fecha 1 de octubre 2020, BJ No. 1319)
- [42] SCJ, Primera Sala, Sent. 1294-2021, de fecha 26 de mayo de 2021). Ver también SCJ 1ra. Sala, sentencia núm. 1157-2019, 13 de noviembre de 2019, BJ 1308;
- [43] SCJ, Primera Sala, Sent. 136, 29 de marzo de 2017; SCJ, Primera Sala, Sent. 11, 28 de marzo de 2018; SCJ, Primera Sala, Sent. 50, 31 de enero 2019; ver también Cass Ass Plen, 3 de julio 1992, No. 90-83.430; Civ. 2, 29 de junio 2002, No 99-18-603 PRCA 2002, No. 287
- [44] Civ. 12 de mayo 1966, Bull. Civ. II, No. 564; 12 mayo 1966, D. 1967.3
- [45] Civ. 5 noviembre 1936, D.H.1936.585; 6 de marzo 1963, D.1963 Somm. 97.

La tributación de los servicios digitales

Víctor A. León Morel[1]

“En este mundo solo hay dos cosas seguras: La muerte y pagar impuestos” **Benjamín Franklin**

Introducción

El artículo 75.6 de nuestra Constitución dispone el deber fundamental de pagar impuestos, disponiendo de manera expresa que debemos de tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a la capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas, que combinado con el artículo 243, el cual consagra los fundamentos del régimen tributario basado en los principios de legalidad, justicia, igualdad y equidad para que cada ciudadano y ciudadana pueda cumplir con el mantenimiento de las cargas públicas.

En palabras del magistrado Valera Montero, los principios consagrados por este artículo 243 se constituyen en límites al poder del Estado para el establecimiento y exigir el cumplimiento de los tributos como deber constitucionalmente establecido a cargo de las personas en proporción a su capacidad contributiva (artículo 75.6 Constitucional)[2].

Estos tributos, conforme al artículo 93.1.a de la Constitución forman parte de las materias reservadas al legislador[3], y de la presión tributaria que ejerce el Estado sobre los obligados tributarios.

La presión fiscal o presión tributaria puede ser definida como la cantidad de dinero en concepto de tributos que los obligados tributarios pagan al Estado en comparación con el producto interno bruto (PIB)[4]. En nuestro caso estos tributos provienen de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), la Dirección General de Aduanas (DGA) y la Tesorería Nacional. La presión tributaria promedio de República Dominicana entre los años 2010-2021 fue de un **14.1%**, situándonos en los niveles más bajos de la región, solamente superados por Costa Rica (**13.1%**) y Guatemala (**11.4%**)[5].

Igualmente, desde hace un tiempo se está discutiendo la necesidad de una reforma fiscal para aumentar los tributos y por ende, las recaudaciones a fines de invertir en obras de infraestructura, servicios sanitarios, medioambientales, inclusión social, y otros servicios básicos demandados por la sociedad.

En el año 2018, dentro del marco del Programa de Colaboración que el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) mantiene con la Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ), la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) recibió en su sede, la visita de un experto de la Dirección General Impositiva de Argentina (DGI), con el objetivo de examinar la imposición de servicios digitales

prestados desde el exterior con utilización en el país, lo que se conoce en la región como “*Netflix Tax*”[6].

Sobre el tema, Jaime Senior, en su columna semanal publicada en *El Dinero* ha precisado que la realidad de la economía moderna es que los servicios digitales (por ejemplo **Netflix, Airbnb, Uber**, etc.) y proveedores de bienes (entre los que se destaca **Amazon**) no tributan en República Dominicana, a pesar de ser servicios y bienes utilizados en este país, pero que, como son adquiridos fuera del país, no pagan impuestos localmente[7].

Recientemente, la **DGII** inició un proceso de consulta pública para gravar con el ITBIS a proveedores extranjeros como Amazon, Expedia, Google, Netflix, Spotify, DiDi, Uber, Expedia, Airbnb, Indriver, entre otros, que ofrecen servicios digitales en República Dominicana, mediante accesos en línea, publicidad en línea, transmisión de datos, streaming, entre otros, y está circulando un borrador del Reglamento del Poder Ejecutivo a esos fines.

En vista de todo lo anterior, nuestro objetivo es analizar la factibilidad y conveniencia de gravar estos servicios digitales en República Dominicana, analizando la doctrina y la experiencia comparada y presentando nuestras observaciones.

La experiencia comparada

Los Estados han visto cómo las empresas multinacionales como Google, Amazon, Facebook, entre otras, están obteniendo ingresos por servicios digitales prestados a usuarios ubicados en diferentes naciones del mundo, pero los tributan en otras jurisdicciones, sin dejar beneficios para los países de la fuente donde se encuentran los consumidores. El informe de 2019, publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (**UNCTAD**) concluyó que las estimaciones del volumen de la economía digital oscilan entre el **4,5** y el **15,5** % del producto interno bruto (PIB) mundial[8].

En fecha 1 de julio del 2021, la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (**OCDE**), publicó en su portal Web, que 130 países y jurisdicciones se integraron en un nuevo plan compuesto de dos pilares, orientado a reformar las regulaciones fiscales internacionales y garantizar que las empresas multinacionales paguen un porcentaje justo de impuestos dondequiera que operen. Con este nuevo plan se actualizan los aspectos clave del sistema fiscal internacional, que ya no resulta adecuado para la economía globalizada y digitalizada del siglo XXI, e incluye en su pilar uno, *una distribución más justa de los beneficios y los derechos tributarios entre los países con respecto a las empresas multinacionales más grandes, incluidas las digitales*[9].

Según la firma de impuestos Ernst & Young, los impuestos a servicios digitales (**DST** en lo adelante por sus siglas en inglés), en Europa han generado muchas interrogantes e incertidumbres, debido a que hasta la fecha y por la falta de consenso entre los

miembros de la **OCDE**, cada Estado está decidiendo de manera unilateral aplicar un impuesto distinto[10].

Esto implica un dolor de cabeza a nivel de compliance, pues como afirma Channing Flynn, socio de EY Global International Tax and Transactions Services, si una empresa opera en 80 o 90 países, el peligro es que tendrá que ejecutar 80 o 90 cálculos fiscales diferentes para seguir cumpliendo. Estos costos, lamentablemente, se trasladarán a los usuarios.

Hasta la fecha, nueve países ya han promulgado leyes sobre el **DST** (Reino Unido, Francia, Italia, Austria, España, República Checa, Polonia, Turquía, India e incluso países en América Latina como Chile y Brasil, que han tomado la vanguardia.), mientras que el resto tiene leyes pendientes o en espera[11].

En España fue aprobado el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (IDSD) también conocido como “Impuesto Google”, que grava los ingresos brutos generados por la venta de servicios de publicidad en línea, de intermediación en línea y transmisión de datos, todos servicios en los cuales el usuario, localizado en territorio español, tiene una incidencia relevante en la generación de beneficios para las empresas que, actualmente, no están gravados.

En marzo de 2020, el gobierno del Reino Unido publicó el proyecto de Ley de Finanzas que incluye las disposiciones finales del impuesto sobre los servicios digitales. Este impuesto entró en vigor a partir del primero de abril de 2020, y grava con el 2% ciertas plataformas de redes sociales, motores de búsqueda en internet y mercados en línea. Serían sujetos pasivos de este impuesto los contribuyentes que pertenezcan a un grupo cuyos ingresos anuales mundiales de las actividades de servicios digitales superen los 500 millones de libras esterlinas y que al menos 25 millones de libras de ingreso sean atribuibles al Reino Unido (Finance Act del año 2020).

Pero no se trata de un problema nacional, sino también local, como en el caso del Estado de Maryland. En su sección de impuestos, el American Bar Association (ABA) relata que este Estado fue el primero en gravar los servicios digitales en USA, aprobando dicha legislación en marzo de 2021. Un grupo de entidades comerciales, lideradas por la Cámara de Comercio Norteamericana interpusieron una demanda (*Chamber of Commerce of the United States of America, et al. v. Franchot, Case No. 21-cv-00410*), argumentando violaciones a las leyes comerciales y a la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, al castigar conductas o actividades fuera del Estado, es decir, que la base imponible incluye específicamente los ingresos brutos de fuera del Estado de Maryland (y los Estados Unidos), así como una especie de doble tributación[12]. El **ABA** sostiene que dicha legislación es problemática por muchas razones, pero especialmente por su vaguedad y falta de especificidad.

Algunos autores sostienen que el desarrollo del comercio electrónico, especialmente de las operaciones cross border o extrafrontera, ha planteado un reto para la fiscalidad internacional. Los criterios tradicionales de sujeción o nexo (residencia y fuente)

terminan siendo obsoletos ante las nuevas interacciones digitales, principalmente el de la fuente. Así, en el pasado era habitual que un grupo multinacional estableciese una filial en cada país en el que operaba con el fin de administrar los negocios del grupo en ese país. Pero hoy en día, gracias a la transición de la economía de servicios y productos digitales, las empresas han adoptado modelos de negocio globales que centralizan las funciones a nivel regional o mundial, y ya no país por país[13].

Asimismo, el análisis publicado en mayo de 2015 por el Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG) establece que mediante diversas prácticas las multinacionales trasladan sus beneficios a “*guaridas fiscales*” y así evaden y eluden impuestos, pagando globalmente un porcentaje bajo de sus ingresos. Además, no pagan impuestos en países donde no tienen presencia física, aun cuando tienen millones de usuarios que contribuyen a la creación de valor[14].

Luego de analizar de manera general algunas muestras de la experiencia comparada respecto a la tributación de los servicios digitales, pasamos a revisar los aspectos a tomar en cuenta en RD, así como las dificultades y formas para implementar el mismo.

El caso de República Dominicana

El referido borrador del Reglamento que circula en las redes sociales y en la prensa nacional procura que los proveedores extranjeros como **Amazon, Expedia, Google, Netflix, Spotify, DiDi, Uber, Expedia, Airbnb, Indriver**, entre otros, que ofrecen servicios digitales en República Dominicana, mediante accesos en línea, publicidad en línea, transmisión de datos, streaming, entre otros, paguen ITBIS, al no encontrarse exentos como otros servicios en el Código Tributario.

Los artículos 4 y 5 delimitan los sujetos obligados y los servicios digitales gravados, con una larga lista **no limitativa**, entre las cuales podemos mencionar la publicidad en línea que prácticamente ha eliminado la publicidad tradicional y se ha vuelto una nueva realidad para llegar a un público determinado.

Sobre este borrador de Reglamento, nos surgen varias dudas e interrogantes. Lo primero es que como afirma Jaime Senior, cualquier impuesto a servicios, en el fondo es regresivo, pues si se gravan (a modo de ejemplo) las operaciones con Netflix, esta empresa no dejaría de percibir el monto del gravamen, sino que se lo sumará al cargo que debe pagar el consumidor[15].

Lo segundo, es que el referido borrador de norma pretende regular e incluso modificar aspectos del Código Tributario, lo que sería de entrada inconstitucional por la jerarquía normativa de las leyes sobre los reglamentos.

El párrafo II del artículo 270 del CT define el concepto de Establecimiento Permanente. Sin embargo, y como ya hemos expresado, este concepto era adecuado para el año 1992, pero en la actualidad, no es posible hablar de Establecimiento Permanente de manera tradicional, cuando la tecnología permite que cualquier empresa se encuentre en

cualquier lugar prestando servicios a través del internet, a un click de distancia. El borrador de Reglamento se refiere a un “Establecimiento Permanente Digital”, concepto que no se encuentra regulado en la indicada Ley 11-92.

Otro aspecto de mucha importancia es que si bien es cierto que el artículo 344 del CT no incluye los servicios digitales como exentos del pago del Impuesto sobre las Transferencias de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS), no menos cierto es que estos servicios, conceptos y modos de cobro deben definirse mediante una ley y no un decreto, pues implícitamente se está creando un impuesto mediante un Decreto, lo cual tampoco es permitido conforme a la reserva de ley contenida en el artículo 93.1.a de la Constitución.

En caso de incumplimiento, la empresa proveedora de servicios digitales deberá pagar las moras y recargos contemplados en el Código Tributario conforme el artículo 14 del borrador de Reglamento. Ahora bien, ¿Cómo la **DGII** ejecutaría el procedimiento forzoso de cobro a una empresa como Amazon, que no tiene inversiones en RD, ni cuentas, ni activos, si esta nunca se inscribe en el RNC, dejando de pagar el ITBIS?

Sin un método de coacción efectivo, la norma que apruebe el impuesto se volverá parte del softlaw, en la cual dichas empresas no podrán ser sancionadas por el incumplimiento formal de pagar el ITBIS correspondiente.

Por último, sería importante analizar si el impuesto a estos proveedores extranjeros pero pagados por los consumidores es necesario tomando en cuenta la alta tasa de evasión fiscal producto de la informalidad y las exenciones a corto y largo plazo otorgadas en ciertos sectores de la sociedad, como al sector turismo y zonas francas.

Esto, fue debidamente analizado por un informe presentado por el Banco Mundial en junio de 2017, donde se resalta que *“los ingresos fiscales no han seguido el ritmo del crecimiento económico, y el esfuerzo de recaudación de la República Dominicana no obtuvo los mismos resultados que el de países comparables”* y que *“una serie de desafíos limita el margen fiscal y la capacidad del país para llevar adelante políticas redistributivas; entre ellos se encuentra un sistema extremadamente generoso de gastos tributarios que debilita la movilización de ingresos[16]”*.

En conclusión, entendemos positivo que la DGII y el Estado dominicano inicie un foro abierto de discusión de esta importante norma, pues, así como todos los demás países del mundo, hay una necesidad de gravar estos servicios a fines de cumplir con lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución conforme a los principios de legalidad, justicia, igualdad y equidad para que cada ciudadano y ciudadana pueda cumplir con el mantenimiento de las cargas públicas, pero lo que se ha visto es que hay mucho que mejorar antes de que se pueda aprobar una norma que aparenta ser contraria a la ley y la propia Constitución.

- [1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Corsante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL.
- [2] VALERA MONTERO, Miguel, "Constitución Comentada por FINJUS, 2011, P. 453-454.
- [3] *Establecer los impuestos, tributos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión;*
- [4] <https://economipedia.com/definiciones/presion-fiscal.html>
- [5] <https://www.elcaribe.com.do/panorama/dinero/rd-tiene-imperiosa-necesidad-de-elevar-la-presion-tributaria/>
- [6] <https://www.ciat.org/la-direccion-general-de-impuestos-internos-dgii-de-republica-dominicana-recibe-asistencia-tecnica-en-tributacion-de-la-economia-digital-en-el-marco-del-programa-de-colaboracion-ciat-giz/>
- [7] SENIOR FERNÁNDEZ, Jaime M., "¿Se deben gravar los servicios digitales?", 26 de agosto 2021, disponible en línea en: <https://eldinero.com.do/171176/se-deben-gravar-los-servicios-digitales/>
- [8] https://unctad.org/es/system/files/official-document/der2019_overview_es.pdf;
- [9] <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/beps-if-impuestos-digitales.htm>
- [10] https://www.ey.com/es_uy/tax/will-the-oecd-get-consensus-on-its-new-framework-for-global-taxation;
- [11] Op. Cit.
- [12] https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes_home/21spr/21spr-pop-brown-md-digital-tax/ traducción propia.
- [13] QUIMBAYO DÍAZ, Paola, "Tributación directa de los servicios digitales: propuestas y expectativas" Revista de Derecho Fiscal n.º 20 • enero-junio de 2022 • pp. 297-324.
- [14] <https://www.celag.org/el-impuesto-gafa-en-america-latina/>;
- [15] Op. Cit. 7.
- [16] https://mepyd.gob.do/wp-content/uploads/drive/Publicaciones/DR_Fiscal_Work_FY17_Spanish_OFFICIAL_VERSION.PDF

Un acercamiento a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico dominicano

Carlos González Cuello

1.Contexto Internacional

El estudio del derecho a la desconexión digital se encuentra íntimamente ligado al teletrabajo. No encontramos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) defina mediante una norma o resolución el concepto de teletrabajo. Pero, en el Manual de Buenas Prácticas del Teletrabajo[1], en el punto 5.1, aborda varias definiciones, entre la que resaltamos que: *es la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las TIC (Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones) en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos ajenos al empleador.*

Naturalmente, el teletrabajo ha traído consigo sus particularidades que generan conflicto entre los empleadores y trabajadores. Entre las más relevantes se encuentra el derecho a la desconexión digital.

Este concepto tuvo gran auge previo a la pandemia del Covid-19 en Francia. El 1º de enero de 2017 entró en vigor la *Loi 2016-1088*, de 8 de agosto de 2016, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*[2] que, en cuanto los aspectos sujetos de negociación colectiva anual, establece en su nuevo apartado 7, del artículo L 2242-8, lo siguiente:

7.º Las modalidades del pleno ejercicio por el empleado de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos electrónicos, para asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa consulta del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la implementación de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos electrónicos, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.[3]

Esta normativa francesa prevé el derecho del trabajador de desconectarse de sus obligaciones laborales durante los periodos de descansos obligatorios previamente reconocidos en la legislación de trabajo. Para ello, se sustenta en la negociación colectiva y coloca en manos de los sindicatos y las empresas fijar los mecanismos necesarios en cada ambiente laboral para garantizar ese derecho a la desconexión digital.

Lo propio ocurre con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales de España que, en su artículo 88, prevé el concepto de desconexión digital protegida por la vía de la negociación colectiva tal como en el caso francés. Asimismo, encontramos jurisprudencia española que trata el derecho a la desconexión, indicando que el derecho a los descansos que tiene el

trabajador ...no es incompatible con que la empresa pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario[4].

Un caso reciente de regulación es Portugal que, a partir del 1º de enero de 2022 entró en vigor una ley de teletrabajo que regula el derecho a la desconexión digital estableciendo como una prohibición a los empleadores enviar mensajes de cualquier tipo a los trabajadores fuera de la jornada laboral[5].

Un ejemplo más cercano lo vemos en la Ley núm. 9738 para Regular el Teletrabajo de 18 de septiembre de 2019 en Costa Rica[6] que, aunque no define el derecho a la desconexión digital, trata el horario bajo la modalidad de teletrabajo, estableciendo en su artículo 6, ordinal b) que deberá respetarse la jornada mínima fijada en su Código de Trabajo. Asimismo, en su artículo 8 prescribe que es una obligación del trabajador mantenerse conectado y disponible durante su horario, pues de lo contrario se considerará abandono laboral.

Como vemos, cada país trata la problemática desde su realidad, pero teniendo en común el respeto a la jornada laboral y los descansos obligatorios ante la configuración de una normativa de teletrabajo.

2. Normativa local

A raíz de la actual pandemia del Covid-19, en la República Dominicana han surgido recientes normativas tratando de regular el teletrabajo, inspiradas en criterios internacionales. Vale destacar la Resolución núm. 23/2020, de fecha 12 de noviembre de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo de la República Dominicana (en lo adelante la “Resolución del MT”) que establece en el literal f) del artículo segundo, lo siguiente: *Derecho a la desconexión. Derecho que le asiste a la persona trabajadora de no contestar requerimientos y/o mensajes fuera de su jornada habitual de trabajo*[7].

De igual forma, actualmente se encuentra en el Congreso Nacional de la República Dominicana cursando un proyecto de Ley sobre el Teletrabajo[8] (en lo adelante “Proyecto de Ley”), el cual establece en su artículo 19 que: *Los teletrabajadores tienen derecho a un descanso de dieciséis horas en un periodo de veinticuatro horas. El derecho a la desconexión implica que el trabajador puede abstenerse de ejecutar la prestación del servicio durante este periodo, estando exento de la obligación de responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos, sin que ello afecte sus evaluaciones de desempeño y debiendo el empleador suspender todo mecanismo de vigilancia durante este periodo. Igual derecho les corresponde a los teletrabajadores durante el descanso semanal y los días feriados*[9]. Vamos a analizar dos aspectos de estas normas sin entrar en cuestionamientos sobre su validez.

a. *¿Es realmente un derecho?*

Lo primero es que estas formas de regulación de la desconexión digital se enfocan en otorgarle al trabajador una prerrogativa de negarse a prestar servicios fuera de su

jornada laboral. Lo que nos llama la atención, ya que esta aseveración pareciera sustentarse en la premisa de que, como regla general, el trabajador está obligado a laborar fuera de su horario de trabajo.

No entraremos en detalles sobre los orígenes de la jornada laboral y que los descansos fueron creados para asegurar el bienestar del trabajador, ya ampliamente discutido durante el siglo pasado. Nuestra doctrina local se encargó de tratar todas las características del horario de trabajo configurado en los artículos 146 y siguientes del Código de Trabajo[10], por lo que su tratamiento en nuestro estudio es superfluo. En efecto, el trabajador goza de un tiempo libre en la que puede realizar sus actividades personales, por lo que no está obligado a prestar servicios más allá del horario de trabajo.

No obstante, hay casos en los que esta regla sufre excepciones, particularmente los establecidos en el artículo 153 del Código de Trabajo (en lo adelante "CT") como son accidentes o trabajos imprevistos en la empresa en los que el trabajador se encuentra obligado a prestar servicios extraordinarios que serán adicionalmente remunerados. Aspecto parecido a la jurisprudencia española antes citada. Sin embargo, no abundaremos al respecto, ya que dicha disposición ha sido objeto de otro estudio al que nos remitimos[11] y en el presente trabajo solo queremos resaltar la existencia de esos casos excepcionales.

En definitiva, podemos advertir que nuestro ordenamiento jurídico prevé que los trabajadores deben cumplir con su jornada laboral acordada y solo están obligados a prestar servicios más allá de ese horario en casos especiales. Lo que perfectamente puede extrapolarse al trabajo a distancia, sin necesidad de que una regulación especial lo disponga. La única distinción es que, en la ejecución ordinaria del contrato de trabajo, el trabajador abandona físicamente las instalaciones de la empresa mientras que, en el trabajo remoto, éste desconecta los dispositivos con los que ejecuta el servicio.

La presencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) no hace desaparecer los límites del horario acordado, por lo que una vez este culmina, somos de opinión que las leyes dominicanas le permiten al trabajador desconectar todos los aparatos que lo vinculen a su contrato de trabajo e ignorar los mensajes de su empleador y, en consecuencia, no compromete su responsabilidad al hacerlo. Esto no es óbice de que el trabajador decida contestar o continuar prestando servicios por su propia decisión -sin mandato del empleador- si lo estima necesario, toda vez que es su prerrogativa a hacer valer.

Por su parte, tampoco creemos que el empleador incurra en falta por el simple hecho de enviar un mensaje al trabajador luego de terminada la jornada. Ni las normativas analizadas ni las actuales leyes laborales lo prohíben. Siempre y cuando el empleador no exija respuesta inmediata o imponga alguna sanción contra el trabajador ante su silencio, no estaría violentando sus deberes como empleador. Si se impone alguna medida disciplinaria o se ejecuta un despido por la negativa del trabajador, las acciones

del empleador serían injustificadas y pasibles de las indemnizaciones previstas en el Código de Trabajo.

Otro punto que queremos destacar es que la desconexión digital no es exclusiva del teletrabajo, ya que los medios en los que se puede ejercer tal desconexión se pueden encontrar presentes en contratos de trabajo que son presenciales, pero parte de esa ejecución se hace a través de TICs. Por ejemplo, si un empleado que trabaja en oficina ocasionalmente ejecuta servicios fuera de las instalaciones y lleva consigo un teléfono flota proporcionado por su empleador, puede desconectar ese dispositivo una vez terminado su horario. Entendemos que este tipo de trabajador también goza en parte de las prerrogativas otorgadas por la desconexión digital.

Por lo antes expuesto, desde nuestra óptica, el derecho a la desconexión digital está orientada a reafirmar el respeto de la jornada laboral y los descansos del trabajador que se encuentran existentes en las leyes laborales, pero bajo el esquema de TIC's.

b. Mecanismos de protección.

Ahora bien, debemos ponderar cuáles mecanismos han sido creados para garantizar su cumplimiento. Lo que nos trae al segundo aspecto. A diferencia de algunos escenarios internacionales, hasta ahora, en el caso dominicano no se ha previsto la negociación colectiva para proteger su ejercicio, sino que se configuran varias obligaciones al empleador de registrar las horas trabajadas y facultades a las autoridades de trabajo para inspeccionar su ejecución. Esto podemos verlo en el párrafo II del artículo 15 y artículo 30 del Proyecto de Ley y en el párrafo II del artículo octavo y el artículo décimo de la Resolución del MT.

En síntesis, lo que persiguen estas normas es que el empleador integre mecanismos de registro de horas ordinarias y extraordinarias laboradas por el trabajador que le permitan a los funcionarios competentes verificar si se están respetando la jornada laboral y sus descansos obligatorios. Siempre tomando en cuenta que no se vulnere el derecho a la intimidad y protección de datos del trabajador^[12].

Cabe destacar que estas medidas pueden conciliarse con el ejercicio de los derechos actualmente contemplados en el CT. La violación al descanso semanal y el no pago a las horas extraordinarias representan faltas graves conforme con el artículo 720 del CT, las cuales están sujetas a ser perseguidas penalmente ante la jurisdicción penal laboral y la intervención de un inspector de trabajo. Asimismo, los ordinales 11º, 12º y 13º del artículo 88 de la misma norma sanciona con el despido justificado contra el trabajador que no cumpla con su horario de trabajo y, por su lado, cualquier violación sustancial a la jornada laboral contemplado en los artículos 146 y siguientes del código en cuestión desembocaría en una dimisión justificada en perjuicio del empleador.

Sin embargo, nos parece que estos instrumentos, de ser implementados, serán insuficientes para que las autoridades en materia de trabajo den abasto a la cantidad de reclamos que puedan surgir por irrespeto a la desconexión digital. La labor de

monitorear todos los horarios de los contratos de trabajo (no solo los remotos), verificar que se respeten los descansos obligatorios y cerciorarse que se paguen las horas adicionales bajo el marco del uso TICs, es sencillamente abrumadora. Esto solo sería eficaz cuando una parte afectada denuncie directamente ante la autoridad, lo que es inusual.

La configuración de un mecanismo efectivo es una tarea compleja. No creemos que en la República Dominicana dejar su creación en manos de los sindicatos y las empresas mediante negociación colectiva genere resultados notables, ya que nuestro mercado laboral está compuesto mayormente por empleadores de micro, pequeñas y medianas empresas que no cuentan con sindicatos. Ni existe una cultura de creación de convenios colectivos.

En ese sentido, desde nuestro punto de vista, el sistema de monitoreo e inspección previsto en las normas que acabamos de analizar puede coexistir con los derechos reconocidos en la norma laboral, pero deberán ser acompañadas de otros esfuerzos por parte de las autoridades para garantizar el derecho a la desconexión.

3.Conclusiones

Entendemos que el principal reto recaerá sobre las autoridades en materia de trabajo, quienes deberán crear una plataforma fiable para cumplir con los propósitos de las normativas analizadas. También podrían implementarse campañas de concientización a los trabajadores para que se inculque la cultura de la desconexión digital. La responsabilidad de respetar la desconexión digital no solo debe recaer en la empresa y las autoridades, sino también en el propio trabajador, quien debe comprender sus derechos y hacerlos exigir oportunamente. En efecto, esta orientación al trabajador unida a la facultad de inspección del Ministerio de Trabajo sería una medida provechosa que ayudaría a cumplir con el propósito de las normas analizadas.

Por lo estudiado, vemos que el derecho a la desconexión digital no representa una creación de un derecho sustantivo nuevo, ni una mutación de los periodos de descanso. Tampoco es exclusivo del teletrabajo, sino que puede verse plasmado en cualquier contrato de trabajo de ejecución presencial. El punto neurálgico, y que intentamos resaltar en este estudio, es que la figura de la desconexión digital se enfoca en configurar nuevos métodos de supervisión de la jornada laboral y establecer mecanismos de protección a los descansos obligatorios en el escenario en que la prestación del servicio se ejecuta mediante el uso de las TICs.

El derecho del trabajo no es estático, y debe adaptarse a las nuevas tendencias del mercado laboral para cumplir con su propósito, por lo que el estudio de la desconexión digital enriquece la discusión sobre el cumplimiento del horario de trabajo y los descansos obligatorios reconocidos en las normativas laborales.

- [1] Organización Internacional del Trabajo: *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo*, 1º ed. 2011. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/—ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf
- [2] En nombre de la congresista quien la promovió.
- [3] Légifrance. Code du travail. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Traducción no oficial realizada por el autor: 7º *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.* Disponible en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000033024095/2017-01-01/>
- [4] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, sent. núm. 549/2021, 9 de junio 2021. Número de recurso 318/2021. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e00633c6d0c4ca5/20210825>
- [5] SWI. Swissinfo. *Teletrabajo y desconexión digital estarán regulados en Portugal desde enero.* [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: https://www.swissinfo.ch/spa/portugal-teletrabajo_teletrabajo-y-desconexi%C3%B3n-digital-estar%C3%A1n-regulados-en-portugal-desde-enero/47227090
- [6] la Ley núm. 9738 para Regular el Teletrabajo de 18 de septiembre de 2019 en Costa Rica. [consulta: 8 de enero del 2022]. Disponible en línea: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753
- [7] Resolución núm. 23/2020, de fecha 12 de noviembre de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo de la República Dominicana. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: <https://www.mt.gob.do/images/documentos/RESOLUCION%2023-2020%20SOBRE%20REGULACION%20DEL%20TELETRABAJO%20COMO%20MODALIDAD%20ESPECIAL%20DE%20TRABAJO.pdf>
- [8] Existen varios proyectos, pero por sus similitudes, analizaremos el primero que fue presentado.
- [9] Proyecto de Ley sobre el Teletrabajo, presentado el 3 de marzo de 2021 por el Lic. Orlando Jorge Villegas Diputado Distrito Nacional Circunscripción 1. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: <https://camaratic.org.do/wp-content/uploads/2021/03/Teletrabajo-pdf-02032021.pdf>
- [10] Hernández Rueda, Lupo. *Manual de Derecho del Trabajo*. Duodécima Edición, Editora Dalis, Moca República Dominicana. 2013. Págs. 220-225.
- [11] Salegna, Angelina. *The duty of the employee to work overtime*, en el blog de Sánchez y Salegna, 1º de agosto de 2020. [consulta: 30 de diciembre del 2021]. Disponible en línea: <https://www.sys.do/en/blog/work-overtime>
- [12] Ver párrafo 2 del artículo 11 de la Resolución núm. 23/2020 y artículo 17 del Proyecto de Ley sobre el Teletrabajo, citados anteriormente en este estudio.

La prescripción en materia tributaria

Adonis L. Recio

La prescripción en sentido general obedece al instrumento jurídico que permite oponerse al cumplimiento de una obligación, en ese sentido suele distinguirse de la caducidad en que implica el nacimiento de un derecho por parte del deudor -o agente pasivo- en rehusarse a honrar el pago, mientras que la caducidad solo impone la cesación del derecho.

El régimen especializado aplicable, a saber, la Ley núm. 11-92 y sus modificaciones (Código Tributario), de entrada, nos otorga un tratamiento que suele tener complicaciones en términos prácticos; y con esto nos referimos a la mención de la prescripción dentro de los **modos de extinción de la obligación tributaria** (artículo 15 y su literal D), a pesar de otorgar una naturaleza distinta en su artículo 21, cuando explica: *a) Las **acciones** del Fisco para exigir las declaraciones juradas, impugnar las efectuadas, requerir el pago del impuesto y practicar la estimación de oficio; b) Las **acciones** por violación a este Código o a las leyes tributarias; y c) Las **acciones** contra el Fisco en repetición del impuesto”.*

Esta situación ha generado el primer tema de discusión, en donde importantes doctrinarios refieren la posibilidad de que cuando el pago se realice de forma voluntaria, es válido pues lo que ha prescrito es el derecho del ente recaudador exigir, reclamar o accionar en su provecho. Al respecto, la autora VASQUEZ CASTRO, Yorlin L. nos indica en su obra *Derecho Tributario Sustantivo y Administrativo*, 2018, pág. 223-224: *“La prescripción es generalmente enumerada entre los modos o medios extintivos de la obligación tributaria. Sin embargo, desde un punto de vista estricto jurídico, esa institución no extingue la obligación sino la exigibilidad de ella, es decir, la correspondiente acción del acreedor tributario para hacer valer su derecho al cobro de la prestación patrimonial que atiende al objeto de aquella. Por ello en derecho común esta figura es denominada como una excepción que repele una acción o una ejecución”.*

La relevancia de la prescripción radica no sólo en los porcentajes tan significativos que representa en los Juicios Contencioso-Tributario, donde goza de un protagonismo preocupante respecto de una Administración Tributaria eficiente^[1], sino *también* por la necesaria revisión de su régimen de aplicación en los términos que observaremos más adelante.

El alcance de esta prescripción no solo se limita a la potestad de fiscalización y determinación, siendo afectada también la sancionatoria de forma expresa por el artículo 21 literal B); al cual se adhiere el ejercicio de la acción en reembolso, lo cual ha destacado la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) mediante Sentencia núm. 846 de fecha 5 de diciembre de 2018; caso Sylvio Gilles Julien Hodos vs DGII. Número Interno: 2017-1294.

Considerando, que así las cosas, queda evidenciado que el Tribunal a-quo desnaturalizó los hechos de la causa, al contar el punto de partida del plazo como si se tratara de un recurso o acto administrativo cuando en realidad se trata del ejercicio de una acción en repetición de pago indebido, cuya norma de regulación resulta ser distinta, y se encuentra prevista en el artículo 21 del Código Tributario, el cual señala: "Prescriben por tres años... e) Las acciones contra el Fisco en repetición de impuesto"; que habiendo sido realizado el pago del impuesto el día 8 de julio de 2015 e interpuesta dicha acción el 15 de julio del mismo año, es evidente, que el recurrente se encontraba en tiempo hábil para el ejercicio de su acción, que frente a tales circunstancias el Tribunal a-quo estaba en el deber de conocer los méritos de su apoderamiento y decidir al respecto, por lo que al no hacerlo así incurrió en la desnaturalización denunciada, razón por la cual dicha sentencia debe ser casada;

Causas de suspensión y prescripción

Los artículos 23 y 24 del Código Tributario prevén de forma clara cómo se verifican las interrupciones y suspensiones (diferentes) incidiendo en el lapso previsto para que la exigencia. De tal manera cuando medie una de las siguientes causas: a) *Por la notificación de la determinación de la obligación tributaria efectuada por el sujeto pasivo, realizada ésta por la Administración.* b) *Por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación hecho por el sujeto pasivo, sea en declaración tributaria, solicitud o en cualquier otra forma. En estos casos se tendrá como fecha de la interrupción la de la declaración, solicitud o actuación.* c) *Por la realización de cualquier acto administrativo o judicial tendiente a ejecutar el cobro de la deuda, el plazo de prescripción se **reinicia** por lapso de tres (3) años.*

Respecto del caso específico, y su interpretación, la doctrina de VÁSQUEZ CASTRO, Yorlin L. nos explica: *"Interrumpida la prescripción no se considerará el tiempo corrido con anterioridad y comenzará a computarse un nuevo término de prescripción desde que ésta se produjo. La interrupción de la prescripción producida respecto de uno de los deudores solidarios es oponible a los otros. La interrupción de la prescripción solo opera respecto de la obligación o deuda tributaria relativa al hecho que la causa"* En esta última parte se observa el cómo el principio de legalidad y el principio de objetividad como razonabilidad juegan protagonismo capital, toda vez que discierne los efectos del acto interruptor sobre diversas obligaciones tributarias que puedan existir.

En cambio, la suspensión supone la ampliación del plazo por transcurso de dos (2) años, cuando se comprueben las siguientes circunstancias: *"a) Por no haber cumplido el contribuyente o responsable con la obligación de presentar la declaración tributaria correspondiente, o por haberla presentado con falsedades. b) Por la notificación al contribuyente del inicio de la fiscalización o verificación administrativa"*. A las cuales se suma la interposición de los recursos en sede administrativa o en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Hasta aquí, el tema luce bastante pacífico por la delimitación del Código; el conflicto surge con la interpretación a favor o en contra que pueda desprenderse del literal A) del artículo 24 -citado previamente- decisiones en exceso se han dictado, muchas se contraponen e incluso incorporan elementos innovadores siendo de los más notorios el suscitado mediante Sentencia núm. 95 de fecha 26 de septiembre de 2018 dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ); caso Marlyn Rosario Peña y compartes vs DGII, veamos:

(...) que los jueces del Tribunal a-quo al estatuir que el derecho del Fisco para exigir el cobro del Impuesto Sucesoral sobre los bienes relictos por la causante de los hoy recurrentes no se encontraba prescrito, porque al entender de dichos jueces “el curso de la prescripción había quedado legalmente suspendido por el plazo de dos años por el hecho de que la declaración sucesoral fue objeto de modificaciones al tener un inventario inexacto como fue determinado en el pliego de modificación practicado y notificado por la Dirección General de Impuestos Internos”, al hacer esta afirmación dichos jueces incurrieron en una interpretación y aplicación errónea del indicado artículo 24.2. a) del Código Tributario que regula la figura de la suspensión en materia tributaria; ya que al considerar que la notificación de dicho pliego de modificación sucesoral había operado a favor de la Administración la suspensión del curso de la prescripción por el termino de dos años, como lo indica dicho artículo, dichos jueces no observaron que esta disposición no aplicaba al caso de la especie, ya que según consta en la propia sentencia, la presentación de la declaración jurada del Impuesto Sucesoral se produjo en fecha 26 de junio de 2008, por lo que conforme a lo previsto por el artículo 21 del Código Tributario, a partir del día siguiente de esta presentación es que se iniciaba el punto de partida de la prescripción tributaria de tres años en contra del fisco para reclamar dicha obligación, que quedaba perfeccionado en fecha 27 de junio de 2011, sin embargo, y tal como consta en la propia sentencia, la notificación del pliego de modificación fue efectuada por la Dirección General de Impuestos Internos en fecha 27 de marzo de 2013, cuando evidentemente se había cumplido el término de la prescripción del derecho del fisco para exigir dicha obligación y por tanto, contrario a lo establecido por dichos jueces, la notificación del referido pliego no produjo el efecto suspensivo sobre el curso de la prescripción, ya que al momento de producirse esta notificación dicho curso había quedado aniquilado por la llegada del tiempo de tres años previsto como prescripción por el indicado artículo 21; de ahí que resulte materialmente imposible pretender que dicha notificación haya operado la suspensión de un plazo que ya resultaba inexistente al haber sido afectado por la prescripción extintiva del derecho del fisco para exigir dicha obligación, tal como ha sido alegado por la parte recurrente, pero que no fue advertido por dichos jueces; (...)

Sobre este particular hicimos referencia en la obra *Procesos en el Contencioso Administrativo* de abril de 2021, en cuyas págs. 55-56 constan sendas decisiones dictadas por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo donde destaca un criterio bastante controversial en el sentido de que dicha Corte asume que la falsedad

de la declaración jurada implica una transgresión al principio de buena fe, por lo que, en vista de que no existían pruebas correspondía al Tribunal comprobar esa situación, en otro orden también señaló que la suspensión o ampliación del plazo por suspensión del plazo, no opera de forma automática ver obra comentada:

Existen opiniones de expertos en la materia que abogan por la ampliación definitiva del plazo de tres (3) a cinco (5) años dejando como sacrificio las causas de suspensión y prescripción (que es donde descansa el origen conflictivo en nuestro Derecho). Lo cierto es que, al tratarse de una mecanismo o instrumento jurídico que si bien es legal resulta **inmoral** en sentido concreto, lo ideal sería asumir dicha postura con el objeto de agilizar no sólo el recaudo sino también la seguridad jurídica y el clima de inversiones como también el ejercicio de las operaciones comerciales de contribuyentes ya establecidos pues, si mayor es la precisión menores serán las posibilidades de perjuicios de parte y parte -Administración Tributaria y contribuyente-, veamos.

Ante el escenario actual, y nos referimos no sólo a los avances en términos de respuesta a lo interno de esa institución recaudadora *-a los que se suman la aceptación de solicitudes de prescripción en sede administrativa vía fase de reconsideración-* sino también de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la solicitud de adopción de medida cautelar y su **verdadera efectividad** son realidades palpables luego de la implementación del Plan de Descongestionamiento aprobado por el Consejo del Poder Judicial mediante Actas números 003 y 008[2] cuyo propósito fue brindar solución a un total de 6,108 expedientes en seis (6) meses; es menester destacar un ambiente de garantía ante un contribuyente que considere se ha vulnerado ese plazo de prescripción, incluso si la adopción de medida cautelar **no es la vía para validar o desestimar** la prescripción por prejuzgar el fondo (carácter instrumental).

Todo lo anterior pone de relieve la necesidad de que este tema sea objeto de revisión en un sentido u otro, sea por la ampliación del plazo o la modernización del régimen de aplicación de prescripciones orientado a la **realidad de la República Dominicana** cuya economía predominante es **informal**.

Referencias:

1. VASQUEZ CASTRO, Yorlin L. nos indica en su obra *Derecho Tributario Sustantivo y Administrativo*,
2. Sentencia núm. 846 de fecha 5 de diciembre de 2018; caso Sylvio Gilles Julien Hodos vs DGII. Número Interno: 2017-1294
3. Sentencia núm. 95 de fecha 26 de septiembre de 2018 dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ); caso Marlyn Rosario Peña y compartes vs DGII
4. Ley No. 11-92 del 16 de mayo del año 1992 y sus modificaciones (Código Tributario Dominicano).
5. *DGII va en serio contra la mora administrativa, hay 16 mil expedientes acumulados* <https://acento.com.do/actualidad/dgii-va-en-serio-contrala-mora-administrativa-hay-16-mil-expedientes-acumulados-8868017.html> (Consultado el 29/01/2022).

[1] Misma que hoy día demuestra importantes resultados en el dictado de Resoluciones de Reconsideración , tal como se puede advertir en el artículo de opinión *DGII va en serio contra la mora administrativa, hay 16 mil expedientes acumulados* <https://acento.com.do/actualidad/dgii-va-en-serio-contrala-mora-administrativa-hay-16-mil-expedientes-acumulados-8868017.html> (Consultado el 29/01/2022) y si bien estas acciones no son las que reflejan acciones oportunas respecto de la suspensión o interrupción de la prescripción son una muestra del empeño de los servidores públicos de una institución que ha cobrado protagonismo durante el desarrollo de la crisis sanitaria y el consecuente impacto en la economía

[2] Ver aviso publicado en la Página Oficial del Poder Judicial con fecha del 8 de abril de 2021, <https://poderjudicial.gob.do/poder-judicial-pone-en-marcha-plan-de-descongestion-del-tribunal-superior-administrativ>

Delincuencia económica 2.0 y el rol de la fiscalía europea

Víctor A. León Morel^[1]

“...Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia y la corrupción (...)”^[2] Kofi Annan, secretario general de las Naciones Unidas (1997-2006).

Introducción

La *sociedad del riesgo*, término acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck, se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una creciente producción social del riesgo. Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En resumen, la globalización, que ha traído tantos beneficios a la sociedad, también introduce una serie de riesgos, que tomaron a la mayoría de las naciones desprevenidas en términos de prevención y de normativas desactualizadas a tiempos modernos.

Entre estos, y como parte de la expansión del derecho penal relatada por el profesor Jesús-María Silva Sánchez, se encuentran delitos financieros cometidos por bancos, evasión tributaria, fuga ilícita de capitales al exterior, lavado de activos, delitos de funcionarios públicos (sobornos, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, entre otros), y muchas otras formas de delincuencia económica, que varían dependiendo de la legislación interna de cada Estado.

Lo cierto es que la delincuencia económica se caracteriza por generar un daño social considerable, ya que no solo afecta directamente a las instituciones democráticas, sino que socava el financiamiento estatal producto de la reducción de recursos disponibles para la implementación de políticas públicas. A modo de ejemplo y para fines ilustrativos, la Ley General de Educación dispone que el 4% del PBI debe destinarse al sector Educación. Esto, sin embargo, no va a generar una mejora si como parte de un entramado delictivo, se impide que esos fondos se inviertan correctamente y lleguen a sus destinatarios de manera eficiente. Este ejemplo podríamos replicarlo con cualquiera de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) consagrados en nuestra Constitución.

A nivel mundial, la creación de órganos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**) y el Grupo de Acción Financiera, (**GAFI**) con sus 40 recomendaciones han contribuido en buscar soluciones en contra de la delincuencia

económica transnacional. Sin embargo, la **OCDE** solamente tiene 35 miembros, y las recomendaciones del **GAFI** y **GAFILAT** son, como su nombre lo indica, recomendaciones que forman parte del softlaw de los Estados.

Igualmente, es importante resaltar que la impunidad de la delincuencia económica genera una pérdida de recursos importantes que nunca van a ser recuperados por el Estado. En ánimos de combatir este tipo de delitos, el Consejo de la Unión Europea ha aprobado la creación de un órgano de persecución con jurisdicción territorial plena en esos Estados denominado como la **Fiscalía Europea**.

Nuestro objetivo es analizar esta interesante figura, sus funciones y su marco regulatorio, frente a estos delitos transnacionales que, en el plano doméstico muchas veces gozan de cierta impunidad por una persecución selectiva e ineficiente a discrecionalidad del Ministerio Público de turno.

El rol de la Fiscalía Europea frente a la delincuencia económica

La **Fiscalía Europea** fue nombrada por primera vez por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de fecha 30 de marzo de 2010, que en su artículo 86 establece que para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una **Fiscalía Europea**, que trabajara de la mano con **EUROPOL**[3] y **EUROJUST**[4], para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. También indicó que dicha entidad ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

Posteriormente, en fecha 12 de octubre del 2017, el Consejo de la Unión Europea emite el Reglamento **2017/1939**, mediante el cual se establece una cooperación reforzada para la creación de la **Fiscalía Europea**.

El marco de sus competencias se rige por el principio de subsidiariedad, en el sentido de que sólo podrá actuar, conforme el artículo 3B del Tratado de la Unión Europea, en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. De modo que no se trata de sustituir el órgano encargado de la persecución penal en cada Estado miembro, sino más bien de crear otro órgano con mejores competencias a fines de investigar y perseguir la delincuencia económica transnacional, con la cooperación de los órganos internos de los Estados miembros.

En ese sentido, el Reglamento **2017/1939** establece que tanto la Unión como los Estados miembros de la UE tienen la obligación de proteger los intereses financieros de la Unión de delitos que cada año causan daños financieros significativos. En la

actualidad y como ya hemos indicado, las autoridades nacionales de justicia penal no siempre investigan ni persiguen suficientemente esos delitos.

Sobre la justificación de proteger los intereses financieros, según el Consejo de la Unión Europea, los países de la UE perdieron en 2018 unos **140,000 millones de euros** de ingresos en concepto de impuesto sobre el valor añadido (IVA) como consecuencia del fraude transnacional. Asimismo, resaltan que las cifras correspondientes a 2020 podrían ser superiores, debido a los efectos de la pandemia de COVID-19 en la economía de la UE.

Es en esos casos, donde según la **Directiva (UE) 2017/1371**, se justifica la creación de la **Fiscalía Europea**, debido a la movilidad de quienes perpetran estos actos y del producto de las actividades ilegales en detrimento de los intereses financieros de la Unión, así como a la complejidad de las investigaciones transfronterizas que esto implica, pues no podemos ofrecer soluciones nacionales a problemas globales.

Por esto, muchos afirman que las grandes soluciones a los problemas criminales de los Estados, no provendrá de sus mejores mentalidades, sino, de las experiencias compartidas y la vigilancia constante entre Estados a través de grupos, independientemente de la técnica empleada[5]. Igualmente se precisa que ante fenómenos de fuerte carga moral, como los juicios de corrupción o los procesos contra organizaciones delictuales transnacionales-donde las frustraciones procesales y probatorias están a la vuelta de la esquina- lo ideal es apostar a fórmulas universales, que más allá de centrarse en las consecuencias delictivas, oteen los mecanismos más radicales para prevenirlas[6].

Por eso Silva Sánchez explica que en la actualidad existen nuevos bienes jurídico-penales que responden a los intereses colectivos y difusos que poco han sido desarrollados por la legislación interna penal de muchos Estados. Estas carencias, aunadas a la creciente tecnificación de la corrupción y sus patologías, las prácticas del narcotráfico internacional, las ramificaciones del terrorismo y la debilidad institucional de muchos Estados para controlar sus recursos fiscales y la violencia de ciertos grupos corruptos, resuelven a pensar soluciones consensuadas a través del Derecho de los Tratados Internacionales[7].

Aunque no podemos evaluar plenamente la labor realizada hasta la fecha por la Fiscalía Europea debido a su corto tiempo de funcionamiento, desde junio de 2021, el 20 de enero del presente año fue conocida la primera acusación por parte de la Fiscalía Europea, en un caso donde se acusa de soborno a un funcionario de Agricultura del Estado de Bulgaria[8].

De modo que somos de opinión que esta integración en bloque que enfrenta la delincuencia económica por parte de la Unión Europea resultará positiva para esos Estados, en la medida en que la Fiscalía Europea pueda contribuir en la persecución objetiva de estos delitos con condenas proporcionales que no solo disuadan al infractor, sino también que puedan devolver los capitales sustraídos a los Estados Miembros, y

en caso de hacerlo, no nos quedan dudas que será un organismo histórico en la lucha contra la delincuencia económica moderna.

Conclusiones

La Fiscalía Europea parecería ser un órgano fundamental en el derecho constitucional común europeo al que hacía referencia el profesor Peter Häberle, expresando que existen un conjunto de principios constitucionales particulares que resultan comunes a los diferentes Estados nacionales europeos. Si los intereses económicos de los Estados Miembros de la Unión Europea están alineados a un mismo fin, era cuestión de tiempo esperar la creación de un órgano idóneo que pueda combatir con la delincuencia económica transnacional, que actualmente afecta gravemente estos Estados.

Este novedoso órgano nos invita a reflexionar respecto de si fuera posible, bajo las condiciones adecuadas, una entidad similar para el sistema interamericano, que también se encuentra gravemente afectados por la delincuencia económica y la corrupción, exceptuando algunos Estados como Chile y Costa Rica. Un Fiscal Interamericano, que pueda perseguir la delincuencia económica, con independencia suficiente para ejecutar sus labores de manera objetiva.

Esta teoría, suena interesante, pero poco factible bajo el sistema de integración de los Estados de América, ya que implicaría aprobar tratados en contra de estos delitos, fijar las normas y procedimientos, y lo más importante, ceder parte de la soberanía de los mismos. Todo lo anterior toma tiempo y mucho consenso.

Pero no es descabellado pensar que esta integración que propicia el numeral 5 del artículo 26 de nuestra Constitución se encuentre en proceso de materialización, con los códigos modelo de Iberoamérica, lo cual han advertido autores como Jorge Carpizo^[9], así como Edgar Corzo Sosa, referente a un *derecho público común latinoamericano y derecho común latinoamericano*, que implica hablar de las generalidades que pueden encontrarse en la región latinoamericana y ahí surgen no sólo aspectos constitucionales sino también de derecho público o inclusive de Derecho civil, penal o administrativo^[10].

El professor García Beláunde sostiene que el espacio público común latinoamericano no existe pero puede existir, ya que están dadas las condiciones para que ello sea así, existiendo elementos como unidades económicas regionales, órganos de control jurisdiccional de la legalidad y de la constitucionalidad, y documentos supranacionales en materia de derechos humanos, pero no más^[11].

Lo cierto es que en algunos años veremos si ha valido la pena la creación de la Fiscalía Europea y podremos evaluar la experiencia comparada con resultados concretos, que seguro nos podrá servir como base para adoptar las medidas necesarias en contra de la delincuencia económica moderna.

Mientras tanto, la República Dominicana se mantiene con un Código Penal del siglo XIX combatiendo la delincuencia económica moderna con ciertas legislaciones especiales a modo de parches, y ocupando el lugar 128 de 180 países del mundo, en el índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, mientras que las naciones europeas ocupan los primeros lugares.

Para concluir, queremos citar al magistrado Wilson Camacho, quien publicó un tuit desde su cuenta expresando lo siguiente:

“Los corruptos no solo se roban el dinero de tod@s, se roban nuestra salud, educación, nuestras oportunidades de desarrollo, nuestra calidad de vida, nuestro tiempo. Pueden robarnos hasta las esperanzas. Hay que procesar y castigar a los corruptos. Hay que poner fin a la impunidad[12].”

Los Estados de América deben crear los mecanismos para facilitar la lucha contra la delincuencia económica moderna, a fin de evitar lo que el profesor Silva Sánchez denomina como “**paraísos jurídico-penales**, en alusión a aquellos Estados que solo poseen en su legislación penal, conceptos de la dogmática clásica[13].

Bibliografía

- [1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL.
- [2] Declaraciones ofrecidas en el año 2004, en el marco de la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- [3] EUROPOL ayuda a las autoridades policiales y judiciales nacionales a combatir la delincuencia internacional y el terrorismo.
- [4] EUROJUST ayuda a las autoridades a cooperar en la lucha contra el terrorismo y las formas graves de delincuencia organizada que afectan a más de un país de la UE.
- [5] MATUS ACUÑA, J.P., 2007, “La política criminal de los Tratados Internacionales”, Ius et Praxis, Vol. 13, No. 1, Pág. 270.
- [6] JIMENEZ TAPIA, Rafael S., URBINA MENDOZA, Emilio J., “El marco jurídico-internacional de la lucha contra la delincuencia” “El Comiso Autónomo y la Extinción de Dominio en la Lucha contra la Corrupción”, Argentina, 2021, P. 40-41.
- [7] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales” Euro Editores, Buenos Aires, P. 65.
- [8] Traducción propia, disponible en línea: <https://www.eppo.europa.eu/en/news/first-eppo-indictment-bulgaria-bribery-state-fund-agricultures-official>
- [9] “Jorge Carpizo y el proyecto hacia un ius commune latinoamericano en derechos humanos”, en El constitucionalismo contemporáneo..., ob. cit., pp. 35 a 38
- [10] CORZO SOSA, Edgar, “Derecho común y espacio común latinoamericanos”, UNAM, 20 de septiembre 2012.
- [11] Belaúnde, Domingo, ¿Existe un espacio público latinoamericano?, en Estudios Constitucionales, Talca, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 61 a70.
- [12] Tuit publicado desde la cuenta @WilsonCamachoP, en fecha 8 de diciembre de 2020.
- [13] Op. Cit. 8.

Las competencias orgánicas ¿parte de la libertad legislativa o limitada a la reserva legal?

Nikauris Báez Ramírez

En la sentencia TC/0508/21 el Tribunal Constitucional conoció sobre una acción directa de inconstitucionalidad, declarando las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad inexecutable y dictando una sentencia manipulativa en la que, concretamente, suprime la atribución del Tribunal Superior Electoral para conocer de los delitos y crímenes en materia electoral, relegándola a la jurisdicción penal ordinaria.

Si bien celebramos la antedicha decisión por el diseño orgánico del Tribunal Superior Electoral vulnerar groseramente principios elementales del debido proceso penal, disintimos o guardamos ciertas discrepancias con el criterio esgrimido por la mayoría del plenario respecto a la reserva constitucional de ley como límite a la facultad del legislador para otorgar competencias a órganos de la Administración Pública o extrapoder y en la que figura, a ese respecto, incorporado un interesante voto salvado del magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury.

A juicio del Tribunal Constitucional, el legislador no puede atribuir competencias a un órgano que, estando enunciadas tales [las competencias] en la Constitución, el Constituyente no disponga una “reserva de ley” para ampliarlas. De ahí que los legisladores no pueden ni atribuir más funciones ni suprimir las ya dadas por el Constituyente. De modo que la reserva legal no es restrictiva a su disposición por el Constituyente para “regular” el ejercicio de derechos fundamentales, sino también la competencia orgánica, ya que se trata de poner en pugna auténticos derechos fundamentales, conforme sostiene la jurisdicción de lo constitucional.

Antes de abordar tal casuística, es dable hacer dos precisiones importantes del caso en comento: primero, el Tribunal Superior Electoral, órgano al que se le suprimen competencias, es un órgano con autonomía reforzada; y, segundo, un órgano con autonomía reforzada jurisdiccional, de modo que la competencia la aúna el Tribunal Constitucional con los derechos fundamentales que solo pueden estar limitados si existe reserva de ley, al toda persona tener derecho a “ser juzgada por un juez competente”, cuando se trata de la competencia jurisdiccional hablamos de una garantía del debido proceso a favor de los justiciables.

¿Por qué las antedichas precisiones son importantes? la respuesta que ello sugiere pudiera conducirnos a dos razonamientos, uno que soporta la hipótesis del TC -siempre que se entienda *in concreto*- es decir, el criterio solo irradie supuestos como los conocidos por el TC en ese caso o, dos, que de todas formas descartemos la hipótesis, por considerar que la naturaleza orgánica del Tribunal Superior Electoral no es un elemento para arribar a la conclusión a la que al parecer llegó el Tribunal Constitucional. Veamos:

Si consideramos la naturaleza del TSE, órgano constitucional autónomo, los cuales son “*creados directamente por la Constitución*”; se ubican en la “*vértice del Estado con los tres poderes clásicos*” y dada la “*autonomía reforzada*” de la que se encuentran revestidos y, justamente por tal, para que sus funciones no invadan el ámbito de competencia de otro poder público y conservar la garantía del principio de separación de poderes y de frenos y contrapesos, ¿todas sus competencias deben estar necesariamente establecidas por el Constituyente, *so pena* de que -en ausencia de reserva legal expresa- el legislador incurra en un “exceso” en sus atribuciones al legislar adicionando competencias?

¿Constituye una distinción sustancial entre los órganos extrapoder y los órganos que pertenecen a la Administración Pública que los primeros son creados directamente por la Constitución por lo que el diseño de sus competencias debe ser directamente de rango constitucional? Si consideramos que sí, ¿sería válido aludir a que, en razón de ello, todas y cada una de sus competencias deben estar establecidas por la Constitución, suponiéndole al Constituyente un requisito adicional de previsión y visión para instituir todas las competencias a órganos de esta naturaleza en la Constitución?

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional nada dice al respecto, no aludió a la referida característica para el criterio que esbozó, también resulta, dada la escasa doctrina local y la diferencia de la naturaleza jurídica de los órganos con autonomía reforzada en la región en cuanto a su origen y contexto político-jurídico, un intento de mi parte en reparar en que ¿si deben ser creados por la constitución, esto significa que todas sus competencias estén en ella y por ello la reserva legal sea imperativa? La naturaleza jurídica de los órganos extrapoder se continuará construyendo y delineando paulatinamente, y las sentencias pedagógicas del Tribunal Constitucional constituyen la principal doctrina constitucional en la materia, aunada con las desarrolladas por los profesores Flavio Darío Espinal y Eduardo Jorge Prats.

Volviendo a nuestro punto, consideramos, en principio, que la naturaleza orgánica del Tribunal Superior Electoral, como órgano con autonomía reforzada creado directamente por la Constitución, si bien supone un límite a una creación extraconstitucional, es decir, no podría el legislador orgánico u ordinario diseñar o instituir nuevos órganos extrapoder, no menos cierto es que ello no es óbice para que pueda adicionarle competencias legales, siempre que no colida o desnaturalice su esencia orgánica.

Ejemplificando lo anterior, un órgano con competencia para pelar chinas constitucionalmente, el legislador le atribuya la competencia de ensamblar carros, ello se traduciría en desnaturalizar su esencia orgánica; máxime, si además la competencia de ensamblar carros está atribuida a otro órgano se vulneraría el principio de la separación de poderes, cuestiones que, en todo caso, también debe observarse en la atribución de competencias a cualquier órgano de la Administración Pública o extrapoder, y que podrán someterse al control de la jurisdicción constitucional, sin tener que menoscabar la libre configuración legislativa.

El magistrado Castellanos en su voto salvado, precisa -citando a Eduardo Jorge Prats- que el legislador puede extender su poder normativo a cualquier clase de objetos, de modo que, a su juicio, la cláusula abierta sobre la libertad de los legisladores para la configuración normativa, consagrada en el artículo 93.1.q) constitucional, pone de relieve que en nuestro derecho la función legislativa con miras a la producción normativa comporta una facultad discrecional sumamente dilatada que sólo se encuentra limitada por la Constitución, en tanto que el producto final —la ley— no sea arbitrario, caprichoso, irrazonable, desproporcional, lesivo de los derechos fundamentales de las personas ni contrario a cualquier disposición constitucional.

Continúa sosteniendo Castellanos que existe una cláusula general que reserva tanto la organización como estructuración a una norma legal de naturaleza orgánica; por lo que, en cierto modo, es posible inferir que el constituyente derivó todo asunto ligado al desarrollo de las competencias de estos al legislador orgánico, de modo que no se precise la exigencia de una reserva previa de ley, concluyendo con que desnaturaliza la esencia de la reserva legal y, peor aún, inadvierten la afectación que ello representa para el ejercicio de la libertad de configuración legislativa otorgada al Congreso Nacional desde el artículo 93.1.q) de la Carta Política.

Concordamos con el magistrado Castellanos. Consideramos que la atribución de competencias a órganos de la Administración Pública o extrapoder es parte de la facultad de configuración legislativa de los legisladores y legisladoras, de modo que su ejercicio no debe limitarse a que exista reserva de ley constitucional, más bien, en todo caso, el legislador debe observar otros espectros, como: **(i)** la competencia que se adicione converja con la naturaleza orgánica; **(ii)** no esté atribuida a otro órgano; **(iii)** no menoscabe o suprima las ya dadas por el Constituyente, cuestiones que podrán ser sometidas al control constitucional para determinar su juridicidad.

La simplificación de los trámites digitales, un derecho de todos

Nicole Mateo

Algunas personas solemos afirmar que somos amantes de lo que contribuye a que vivamos una vida más tranquila y menos complicada. Sin embargo, simultáneamente jugamos con los ritualismos jurídicos del pasado y con trámites engorrosos que se convierten en eternos. La simplificación (en sentido llano) procura que todo sea más sencillo para los ciudadanos (sin dejar de ser eficaz y oportuno, porque con la simplificación no se debe perder la rigurosidad que caracteriza a los procesos judiciales y administrativos).

Pero, hay que reconocer que no es coincidencia o peccata minuta la célebre frase “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, frase que no deja de tener presencia en los escenarios virtuales (con la realización de diversos trámites a través de las plataformas digitales empleadas por las instituciones públicas, en beneficio de la celeridad, de la eficiencia de los procesos y de la población).

Por eso es que, el servicio público o, mejor dicho, la vocación de ser verdaderamente servidores públicos trasciende el plano físico y unifica fronteras, puesto que también debe manifestarse dentro del espacio virtual. De hecho, la Ley 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030 propone siete políticas transversales a todos los proyectos que se realicen en pro del desarrollo del país. Una de esas políticas trata sobre: *“Promover el uso de las tecnologías de la información y comunicación como instrumento para mejorar la gestión pública y fomentar una cultura de transparencia y acceso a la información, mediante la eficientización de los procesos de provisión de servicios públicos y **la facilitación del acceso a los mismos**”*.

Asimismo, la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, en su primer artículo, párrafo único, indica que “la ley contiene además medidas de modernización administrativa y simplificación burocrática (...)”. En esa misma línea, dicha ley incluye el principio de facilitación (como uno de sus principios pilares), el cual establece que: *“Las personas encontrarán siempre en la Administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a conocer al funcionario responsable, a obtener copia sellada de las solicitudes, a conocer el estado de tramitación, a enviar, si fuera el caso, el procedimiento al órgano competente, a ser oído y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición”*.

Por consiguiente, ya vemos que desde el Estado dominicano se ha establecido como prioridad no solo promover el acceso a las nuevas tecnologías (que no se concretiza pura y simplemente con la habilitación de plataformas digitales para los usuarios), sino y al mismo tiempo, la reducción de trámites que solo aumentan la burocracia estatal y retardan el avance de los procesos judiciales y administrativos. No hacemos nada al crear programas y políticas públicas tendentes a garantizar la modernización de las instituciones públicas (mediante el uso de las nuevas tecnologías), si el Estado continúa

replicando viejas prácticas dilatorias y poco eficientes en términos de avances institucionales y tecnológicos. Con la simplificación de los trámites digitales ganamos todos. En definitiva, la simplificación de los trámites digitales es un derecho de todos.

Elementos de la reforma electoral para la construcción de un sistema electoral favorable al género

Juan E. Ulloa[1]

El 25 de agosto del año pasado la Junta Central Electoral (JCE) presentó formalmente a las organizaciones políticas, sociedad civil y otros actores sociales la propuesta de modificación a las leyes 15-19 de Régimen Electoral y la 33-18 de Partidos, Movimientos y Agrupaciones Políticas acompañado de un documento de 300 páginas contentivo de las motivaciones que sustentan cada una de las propuestas[2].

Las mismas consisten en un abordaje integral del sistema electoral. No se trata de un mero capricho, sino la consecuencia de un arduo trabajo de investigación, estudio y diagnóstico de ambas leyes por parte de un grupo de profesionales con varios años de experiencia en temas electorales. Así lo demuestra el documento de las motivaciones, donde se explica de manera detallada el porqué de cada propuesta, sustentado en jurisprudencia y doctrina tanto local como extranjera.

Resulta ser un ejercicio pedagógico que busca incentivar el debate por parte de académicos, periodistas, organizaciones políticas y la ciudadanía en sentido general. El organismo de gestión electoral está consciente de que una reforma exitosa debe partir del convencimiento compartido por las fuerzas políticas de su necesidad y pertinencia.

Como la propuesta impacta tantos tópicos, analizarlos todos en el presente escrito resultaría ser una tarea utópica. En ese sentido, hemos decidido concentrarnos únicamente en uno de ellos y que a nuestro juicio resulta ser de los más importantes e innovadores de la propuesta de reforma: *la construcción de un sistema electoral favorable al género*.

La representación femenina en los espacios de decisión política ha sido históricamente una tarea pendiente en América Latina y República Dominicana no ha sido la excepción a dicha realidad. Si bien la mayoría de nuestras repúblicas obtuvieron sus independencias en la primera mitad del siglo XIX, no es hasta mediados del siglo XX que empezamos a reconocer los derechos políticos electorales de las mujeres. En ese sentido, Ecuador fue el primer país latinoamericano en reconocer el derecho al sufragio a las mujeres en 1929, es decir, luego de haber transcurrido 120 años de reconocimiento a favor de los hombres. En el caso de República Dominicana, el derecho al sufragio de la mujer se concretiza en 1942, una diferencia de 98 años con relación al hombre.

Desde entonces, los avances han sido notorios, pero insuficientes. Conforme datos de la Unión Inter-Parlamentaria[3] (IPU por sus siglas en inglés) hasta el 1ro de enero de 2021 América Latina era la región del mundo con el mayor porcentaje de mujeres integrando el Poder Legislativo ubicándose en 32.4%, un incremento de 12.7% con relación al año 1995. Por su lado, el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA por sus siglas en inglés) publicó recientemente un estudio

sobre Sistematización de Buenas prácticas y Experiencias en América Latina y el Caribe en materia electoral[4], en el cual se indica que las mujeres representan únicamente el 28.5% de los puestos en gabinetes ministeriales, el 28% de los cargos en las cortes supremas, el 23% de los puestos en las cortes electorales, el 15.5% de los puestos como alcaldesas y el 33% de las dirigencias partidarias.

Estos porcentajes -se insiste- demuestran un gran avance con relación a las últimas décadas, pero siguen siendo muy pobres de cara a la representación descriptiva, es decir, que los órganos de representación popular sean en alguna medida un espejo de la nación que debe parecerse, sentir y actuar de una forma que refleje a la población en su conjunto[5]. En resumidas cuentas, si en nuestro país las mujeres son el 51% de la población, el Poder Legislativo y los Concejos Municipales deben tener una composición lo más parecida a ese número. Como ya hemos señalado, la situación dominicana con relación a la representación de mujeres no es distinta a la de América Latina y así lo demuestran los números cómo veremos en el desarrollo del presente escrito.

Ante dicha realidad el organismo de gestión electoral dominicano no podía quedarse de brazos cruzados y atendiendo a las experiencias exitosas a nivel comparado ha presentado una reforma al sistema electoral compuesto por los siguientes 8 elementos: (i) migrar desde el modelo de cuotas y/o proporción de género a la aplicación del principio de paridad de género; (ii) establecer listas cerradas y bloqueadas; (iii) mandato de encabezamiento o paridad horizontal; (iv) mandato de alternancia o paridad vertical; (v) conformación de listas de candidaturas con titulares y suplentes del mismo género; (vi) instruir un mecanismo de sustitución de vacancias que tome en cuenta el género; (vii) el establecimiento de un porcentaje específico del financiamiento público para la capacitación y promoción de mujeres candidatas; y (viii) tipificar y sancionar la violencia política en razón de género. A continuación, pretendemos explicar brevemente la utilidad y pertinencia de algunos de estos elementos, los cuales resultan ser sumamente novedosos para nuestra clase política.

Principio de paridad

A partir de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las mujeres en 1979 y las Conferencias Mundiales sobre la mujer de 1985 y 1995, donde se propusieron estrategias para promover a las mujeres en los procesos políticos, en América Latina se inició un proceso de implementación de acciones o medidas afirmativas en los ordenamientos jurídicos nacionales que lideró Argentina en 1991 con la promulgación de su ley de cuotas. Dichas medidas se expandieron por toda la región incluyendo a la República Dominicana que en 1997 adoptó su primera acción afirmativa a favor de la mujer, obligando a las organizaciones políticas a conformar sus listas de candidaturas con un mínimo de 25% de mujeres. Posteriormente dicho porcentaje aumentó a 33% en el año 2000 y recientemente en el 2018 adoptamos el modelo de *proporción de género*, el cual indica que las listas deben estar compuestas por no más de 60% ni menos de 40% de hombres y mujeres.

Estas acciones tuvieron indiscutiblemente un impacto positivo en la cantidad de mujeres que accedieron a puestos de elección popular. Por ejemplo, en 1994 las mujeres representaban únicamente el 14.4% de las regidurías, mientras que, en las elecciones siguientes, aplicando la cuota de 25%, las mujeres se ubicaron en un 24.5%. Posteriormente, con la cuota del 33%, la representación de mujeres en los Concejos Municipales aumentó hasta un 29.9% para las elecciones de 2002.

Hoy día dichos porcentajes se han quedado estancados, ubicándose en apenas un 30.2% para las pasadas elecciones del 2020 el por ciento de mujeres que ganaron una curul municipal. Esto se debe, en parte, a que las cuotas no son más que medidas que tienen como objetivo aumentar el nivel de *participación* en las candidaturas. La lógica es que, entre más mujeres colocamos en las boletas, habría una mayor posibilidad de que estas sean escogidas.

Sin embargo, esta acción afirmativa no permite necesariamente alcanzar *la igualdad de resultados*, pues como ha expresado nuestra jurisdicción electoral, cuando se acude a un certamen electoral, ya sea de carácter nacional o a lo interno de una organización política, y se habla de cuota, esta debe ser entendida en el sentido de garantizar la participación, pero en modo alguno esto puede ser interpretado como garantía de un resultado en favor de aquel que no obtenga el voto de la mayoría, independientemente de que sea hombre o mujer[6].

En ese sentido, la Junta Central Electoral (JCE) ha propuesto que migremos hacia la paridad, no como una cuota sino como un principio constitucional inherente al principio de igualdad, en virtud del cual se debe garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público. De esta manera las listas de candidaturas deberán estar compuestas por un 50% de hombres y un 50% de mujeres y en aquellas demarcaciones donde el número a escoger sea impar, garantizar que la diferencia no sea mayor que 1 a favor de un género.

Ahora bien, la *paridad* debe estar acompañada de una serie de elementos *sine qua non*, para que no resulte ser una cuota más y acabemos obteniendo los mismos resultados de siempre. El objetivo debe ser lograr la representación descriptiva anteriormente definida lo cual nos llevará a la *dimensión sustantiva* de la representación, es decir, que una mayor presencia de mujeres en los puestos de decisión política se traduzca en la introducción de prioridades y políticas públicas de acuerdo a los intereses de sectores históricamente relegados como el de la mujer[7]. Es aquí cuando entra en acción la paridad vertical y horizontal.

Listas cerradas y bloqueadas con paridad vertical y horizontal

La doctrina comparada coincide en el hecho de que la efectividad de las acciones afirmativas está condicionada por las características del sistema electoral en su sentido estricto, entendido este como el conjunto de reglas según las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas en votos y según las cuales los votos pueden

convertirse en escaños o en cargos de gobierno[8]. En otros términos, resulta ser el conjunto de elementos mediante los cuales se convierten los votos en puestos de elección popular. Estos elementos, que combinados entre si determinan el resultado de la elección, son en sentido general los siguientes: i) la distribución de las circunscripciones/distritos electorales; (ii) la forma de la candidatura; (iii) la modalidad del voto; y (iv) la transformación de los votos en escaños.

En ese sentido, se propone modificar *la forma de la candidatura y la modalidad del voto* -elementos que están estrechamente relacionados- de manera que se pase de listas cerradas y desbloqueadas mediante las cuales el elector puede marcar la cara del candidato de preferencia, a listas cerradas y bloqueadas, con orden de alternancia y colocación. Es decir, listas que deberán estar compuestas por un 50% de hombres y mujeres, ordenados en orden numérico de manera secuencial, sin que en ningún momento dos candidaturas del mismo género estén inscritos de manera sucesiva y con la obligación de que un 50% de las mismas la candidatura inscrita como número 1, sea ocupada por una mujer. Este tipo de lista implica que el elector no vote a favor de un género en específico, sino por una “candidatura” completa, la cual, si está conformada por un 50% de hombres y mujeres, ordenados conforme la paridad vertical y horizontal, sin lugar a dudas reflejará *paridad* en la integración de los órganos de representación popular[9].

Para comprender la utilidad de estos *elementos* debemos tener claro cómo se produce la selección de las regidurías en el sistema electoral dominicano. Estas posiciones de elección popular son escogidas bajo el sistema de representación proporcional, de manera que en cada una de las 164 demarcaciones electorales existentes las organizaciones políticas depositan una lista que puede estar compuesta por 5 y hasta 19 candidaturas, dependiendo del tamaño de la demarcación respectiva.

Una vez se lleva a cabo la jornada electoral y los colegios electorales realizan el escrutinio correspondiente, la adjudicación de los puestos se hace de la siguiente manera:

1) una primera fase a través de la cual se utiliza una fórmula de reparto -acá entra en juego el elemento *transformación de los votos en escaños*- que en nuestro caso es la denominada fórmula D'hondt, la cual determina cuantos regidores se le asigna a cada organización política; y

2) una segunda fase en la que, una vez se determine el número anterior, se contabilizará cuantos votos obtuvo de manera preferencial cada candidatura. De manera que, si al partido A se le asignaron tres regidores, los seleccionados serán las tres candidaturas más votadas dentro de su propia lista, independientemente del lugar donde la organización política respectiva los haya colocado en el orden numérico descendente y de los votos preferenciales que obtuvieron las candidaturas registradas en otras listas.

Bajo el modelo de listas cerradas y bloqueadas, el cambio se produce en la segunda fase anteriormente descrita. Una vez se determina cuantas regidurías se le asignará a cada

organización política, las candidaturas electas dependerán del orden en el cual fueron presentadas en la lista respectiva, no de los votos preferenciales, pues el elector solo vota por la lista. De esa manera, si al partido B se le asignaron 2 regidurías, las candidaturas electas serán aquellas que fueron inscritas en los lugares número 1 y número 2 en la lista.

Veamos las anteriores explicaciones de manera práctica en una demarcación pequeña donde se escogen 5 regidores conforme resultados reales de las pasadas elecciones municipales:

Organización política	Votos validos	% sobre votos validos
Partido A	2,777	53.90%
Partido B	2,258	43.83%
Partido C	10	0.19%
Partido D	12	0.23%
Partido E	95	1.84%

En la primera fase, conforme la fórmula de repartición de escaños denominada D'hondt, se determina cuantos regidores se le asigna a cada organización política. Se dividen los votos totales de cada organización a través de distintos divisores (5 en total debido a que se escogen 5 regidurías en la demarcación). Los 5 números más altos serán sombreados, lo que determinará cuantas posiciones se le asignará a cada organización. Según la tabla que veremos a continuación, el Partido A tiene 3 de los 5 números más altos, de ahí que se le asignen 3 regidurías, mientras que el Partido B tiene 2 de los 5 números más altos, lo que se traduce en 2 regidurías.

Partidos	Votos totales	División conforme la fórmula D'hondt				
		1	2	3	4	5
Partido A	2,777	2,777	1,388.5	925.6	694.2	555.4
Partido B	2,258	2,258	1,129	752	564.5	451.6
Partido C	10	10	5	3.3	2.5	2
Partido D	12	12	6	4	3	2.4

Partido E	95	95	47.5	31.6	23.7	19
-----------	----	----	------	------	------	----

En la segunda fase, se verificarán los 3 candidatos más votados de manera preferencial en la lista del Partido A y los 2 candidatos más votados en la lista del Partido B, por ser estas las únicas organizaciones con regidurías adjudicadas. Conforme la tabla que veremos a continuación, los candidatos inscritos en los lugares 1, 2, y 3 dentro de la lista del Partido A y los candidatos inscritos en los lugares 1 y 4 de la lista del Partido B, son los escogidos debido a que resultaron ser los más votados en sus respectivas listas.

Partidos Votos preferenciales

	Candidato #1	Candidato #2	Candidato #3	Candidato #4	Candidato #5
Partido A	610	802	481	309	266
Partido B	677	293	288	461	316

Con las listas cerradas y bloqueadas, en el Partido A resultarían escogidos las candidaturas inscritas en las primeras 3 posiciones, por haber obtenido 3 regidurías, mientras que, en el caso del Partido B, los electos serían las 2 primeras posiciones, por haber obtenido 2 regidurías.

El ejemplo anterior corresponde a los resultados de las elecciones municipales del año 2020 en el municipio de Vallejuelo, provincia San Juan. Conforme la relación general definitiva del cómputo electoral, todas las regidurías escogidas en dicha demarcación corresponden a **hombres**, lo que demuestra en parte el punto que queremos demostrar.

Bajo sistemas electorales con listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial se produce lo que se conoce como *el síndrome del candidato más ampliamente aceptado*, lo que afecta las posibilidades de las mujeres de ser electas debido a que con frecuencia son menos susceptibles de ser seleccionadas por estructuras de organizaciones políticas dominadas por hombres[10]. Las listas cerradas y bloqueadas, con orden de alternancia y colocación habrían producido, como mínimo, 2 mujeres electas en la demarcación ejemplificada, debido a que, en el caso de que las listas ganadoras estuvieran encabezadas por hombres, el orden de alternancia hubiera obligado a tener una mujer como candidata inscrita en la posición número 2, garantizando así una mujer escogida por partido, como podemos ver a continuación:

Listas ganadoras

Número en la lista	Partido A	Partido B
1	Hombre	Hombre

2	Mujer	Mujer
3	Hombre	Hombre
4	Mujer	Mujer
5	Hombre	Hombre

Ahora bien, en el caso de que ambas listas hayan estado encabezadas por mujeres o que la lista del Partido A hubiese estado encabezada por una mujer, el número de electas aumentaría hasta 3, potenciando aún más la representación femenina en dicha demarcación.

Listas ganadoras

Número en la lista	Partido A	Partido B
1	Mujer	Hombre
2	Hombre	Mujer
3	Mujer	Hombre
4	Hombre	Mujer
5	Mujer	Hombre

En este punto es importante destacar que las acciones denominadas *paridad vertical* y *paridad horizontal* solo tienen cabida y efectividad en los sistemas electorales que utilizan listas cerradas y bloqueadas, pues como bien ha establecido nuestro Tribunal Superior Electoral, bajo nuestro sistema de listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial, el orden en que son presentados los candidatos en las listas no condiciona la posibilidad de cada uno de los candidatos de obtener los votos suficientes para alcanzar el escaño al cual aspira. Una vez incluidos en la lista, sus oportunidades de resultar electos no dependen del lugar que les asigne el partido, sino de la cantidad de votos que logren obtener, pues se adjudican los escaños en disputa de conformidad con la preferencia de los votantes^[11].

Dicho en otros términos, de poco serviría establecer la paridad vertical y horizontal como elementos para potencializar *la igualdad de resultados* en nuestro sistema electoral si continuamos utilizando un tipo de lista donde el elector -que no vota por mujeres- tiene la posibilidad de alterar el orden de la misma. La lógica de estas acciones afirmativas es que las organizaciones políticas se vean obligadas a colocar a las mujeres -en igual condiciones que los hombres- en lugares que garanticen su elección.

Pues como indica parte de la doctrina autorizada en la materia, la existencia de listas cerradas y desbloqueadas -incluso abiertas como tienen en El Salvador- no proporcionaría, en principio, una mayor presencia de mujeres en la esfera política, debido a que, la confección paritaria de listas no implica que esa paridad se refleje en los puestos que finalmente se ocupan. Lo anterior se debe, en definitiva, a que la última palabra la tienen los votantes, quienes deciden si eligen a una candidata mujer o un candidato hombre de entre las listas que se les ofrece, habida cuenta de que se vive en una sociedad con un alto componente *patriarcal*, donde una gran cantidad de personas consideran que los hombres desempeñan de mejor forma las tareas ligadas al ámbito público y/o político, por lo que una parte del electorado seguirá escogiendo en mayor porcentaje candidaturas con el rostro de un hombre[12].

Con relación a la constitucionalidad de medidas afirmativas que tienen como objetivo aumentar la representación femenina, nuestra jurisdicción constitucional ha precisado que, en adición a la procura de una igualdad absoluta entre dominicanas y dominicanos, en la que las diferencias sólo resulten de sus talentos y virtudes, se exige además al Estado promover las condiciones jurídicas y administrativas para que dicha igualdad sea notoria, en virtud de la desigualdad fáctica manifestada en una sociedad en la que prevalece la hegemonía masculina, reafirmando el estado de vulnerabilidad sociocultural que padece la mujer frente al hombre[13].

Se trata de medidas de *acción positiva* que sirven como garantía para evitar o corregir la discriminación indirecta entendida esta última como aquella que se presenta cuando una norma legal, formalmente neutra, tiene un efecto desigual sobre grupos particulares debido a las condiciones sociales que las caracterizan[14]. Lo anterior es perfectamente identificable al visualizar los porcentajes de mujeres electas como regidoras a partir de la 3ra ola democrática que inició justamente en República Dominicana en 1978. En un contexto de aplicación de una norma *formalmente neutra*, la mujer apenas logró ser el 14.4% de las regidurías en nuestro país como vemos a continuación:

Año	Regidurías		
	Hombres	Mujeres	% de mujeres
1978	423	61	12.6%
1982	561	23	3.9%
1986	598	39	6.1%
1990	561	64	10.2%

1994	555	93	14.4%
-------------	------------	-----------	--------------

Elaboración propia a partir de recopilación de datos estadísticos de JCE e IDEA Internacional.

Por otra parte, en un contexto de aplicación de una norma con *acciones positivas* bajo el modelo de cuotas que imperó en la región desde principios de los años 90 hasta inicios de la segunda década del siglo XXI, la mujer logró ser el 33.2% de las regidurías en nuestro país como vemos a continuación:

Año	Regidurías		
	Hombres	Mujeres	% de mujeres
Cuota de 25%			
1998	571	185	24.5%
Cuota de 33%			
2002	553	236	29.9%
2006	704	259	26.9%
2010	767	382	33.2%
2016	788	376	32.3%
Proporción de genero 60/40			
2020	812	352	30.2%

Elaboración propia a partir de recopilación de datos estadísticos de JCE e IDEA Internacional.

Con la aplicación del principio de paridad en la nueva norma electoral y los distintos elementos complementarios que la potencian, la administración electoral tiene la certeza de que, para las elecciones del año 2024, el porcentaje de mujeres regidoras alcanzaría niveles históricos, acercándonos aún más a la conformación de Concejos Municipales paritarios, donde tanto hombres como mujeres se sientan debidamente representados en sus demarcaciones. Ha sido de esta manera que Perú, Costa Rica y

México lograron un 40%, 42% y 50% respectivamente, de mujeres en sus últimas elecciones legislativas.

Estas medidas anteriormente explicadas -y las demás que por cuestiones de espacio no hemos abordado- dependerán de igual forma de la voluntad política de los actores que inciden en el proceso electoral, de organismos que ejercen la función electoral del Estado comprometidos con la construcción de un sistema electoral favorable al género, una Junta Central Electoral que garantice el registro de candidaturas conforme a las exigencias de género y un Tribunal Superior Electoral -como segundo filtro- que ejerza un control de legalidad sobre las actuaciones de la administración y los sujetos políticos, y por último, pero no menos importante, un movimiento de mujeres -que incluya toda la sociedad civil- que vigile activamente la aplicación e implementación de la paridad con sus distintos elementos.

La doctrina ha sido enfática al señalar que una fiscalización permanente de los movimientos de mujeres fuertes y dinámicos -acompañada de académicos, periodistas y la sociedad civil en sentido general- han sido claves para presionar en el avance de los derechos políticos de las mujeres en la región, de manera que las elites políticas aprueben acciones afirmativas tendentes a aumentar su representación y que una vez incorporadas al cuerpo normativo, se cumplan como es debido[15].

[1] Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursó maestría en Derecho Electoral y Procesal Electoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), profesor de Derecho Electoral y con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral.

[2] Para ver documento acceder al siguiente link: <https://t.co/Y8NikYoswm>

[3] Para ver la publicación acceder al siguiente link: <https://www.ipu.org/women-in-parliament-2020>

[4] Para ver la publicación acceder al siguiente link: <https://www.idea.int/es/news-media/news/es/grupo-de-expertas-y-expertos-electorales-elecciones-y-covid-19>

[5] Andrew Reynolds, Ben Reilly y Andrew Ellis. Diseño de sistemas electorales: El nuevo manual de IDEA Internacional. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA). 2006.

[6] República Dominicana. Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-010-2014, de fecha 28 de febrero de 2014, p. 23.

[7] María Antonia Martínez y Antonio Garrido. Representación descriptiva y sustantiva: la doble brecha de género en América Latina. Revista Mexicana de Sociología 75, núm. 3. 2013.

[8] Dieter Nohlen, Leonardo Valdés y Daniel Zovatto. Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo., — 1ª ed. — México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Fondo de Cultura Económica, 2019, p. 373.

[9] María del Pilar Molero. Luces y sombras de las cuotas electorales en la experiencia española contemporánea. 1ª ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2021, p. 28.

[10] Andrew Reynolds, Ben Reilly y Andrew Ellis. Ob cit, pp. 67-68.

[11] República Dominicana. Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-011-2020, de fecha 8 de enero de 2020.

[12] María del Pilar Molero. Ob cit, p. 28.

[13] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/159-2013, de fecha 12 de septiembre de 2013.

[14] Karolina Gilas. Con las cuotas no basta. De las cuotas de género y otras acciones afirmativas. Serie temas selectos de Derecho Electoral, primera edición. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 36.

[15] Flavia Freidenberg y Sara Lajas García. Observatorio de Reformas Políticas en América Latina. De la cuota a la paridad: las reformas para mejorar la representación política de las mujeres en América Latina, 2015, p. 3

¿Cuándo una acción de amparo resulta notoriamente improcedente?

Luis Francisco de Jesús Reyes

La acción de amparo es una figura jurídica contenida en nuestra Constitución, cuyo propósito es la protección de manera inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad pública o particulares. Su admisibilidad depende de ser contra todo acto u omisión realizada por alguna autoridad pública o cualquier particular, que de manera manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace derechos de raigambre constitucional, restringiendo los derechos salvaguardados por *el Habeas Corpus y el Habeas Data*.

Lo anterior responde a los preceptos consagrados en nuestra Carta Magna y la Ley núm. 137-11, siendo esta última, la disposición legislativa que rige de manera procesal este cause judicial, la cual dispone, en su artículo 70, las causales para su inadmisibilidad, siendo el determinado en el numeral 3, el abordado en este material, en efecto: **“Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente”**. Ante todo, resulta oportuno indicar que, esta causal de inadmisión ya era conocida con antelación en la doctrina nacional, pues se encontraba consagrada en la Ley núm. 437-06, (que establecía el Recurso de Amparo) y la resolución de fecha 24 de febrero del 1999, emitida por la Suprema Corte de Justicia, resultando en esta última disposición, el uso de concepto enunciativo diferente, pero con el mismo propósito, siendo el de **“ostensiblemente improcedente”**.

Al observar la composición de los términos *notoriamente e improcedente*, los mismos irradian ser un concepto compuesto que trata de una definición mixta, donde se delata el acontecimiento manifestante de un hecho que no se ajusta a los preceptos legales o la presencia de una carencia de sentido tan evidente que la inoportunidad de su procedencia no amerita discusión. Igualmente, definimos la notoria improcedencia de la acción de amparo como una situación factico-procesal donde de manera palmaria se determina que el reclamo pretendido por esta vía es contrario a las reglas de lógica procesal existentes en el ordenamiento jurídico, especialmente cuando a simple vista el objetivo de lo reclamado resulta irrazonable o absurdo.

Inclusive las situaciones indicadas, pueden ser ejemplificadas mediante el hecho de que, un nadador profesional alegue que puede llegar nadando a la vecina isla de Puerto Rico, resultando esto, algo absurdo a simple vista, porque, a pesar de que nadador ostente la condición de especialidad en el ejercicio de la función procurada, sus capacidades humanas limitan que este la realice con éxito, sucediendo lo mismo, entonces cuando una acción de amparo es declarada notoriamente improcedente, pues, lo imposible de que el juez de amparo tutele el reclamo del amparista es evidente debido a una incongruencia contraria a la lógica que no permite la materialización de lo pretendido.

Vistas las anteriores circunstancias, advertimos que la obtención del acontecimiento que revele la notoriedad de la improcedencia nace de un examen a los hechos del asunto, en efecto, un test de admisibilidad, por medio del cual el tribunal al analizar el

objeto del caso, determina que, lo pretendido por el amparista, satisface sí o no los requisitos contemplados en la normativa, pero al acontecer la improcedencia indicada, el juez de amparo establece la inadmisión por ocurrir una situación fáctica o jurídico-procesal que se aleja distantemente de la protección de un derecho de raigambre fundamental. Asimismo, una particularidad de este medio de excepción es que debido a su naturaleza, el fondo del reclamo puede ser tocado de manera precaria, debido a su carácter de sustantividad declarativa, porque no se puede indicar que algo está mal llevado sin que se precise la razón de este.

En esas atenciones y ante la vaguedad conceptual de este medio de inadmisión, nuestro Tribunal Constitucional ha fijado sendos criterios, en donde orientan, concretizan y clasifican, la presencia de la notoria improcedencia en una acción de amparo, determinando su obtención a través de la manifestación de las siguientes situaciones:

- **No se verifique la vulneración de un derecho fundamental (Sentencias TC/0047/14, TC/0359/15 y TC/0659/17):** Esta orientación trata de que, en la especie no se verificó la vulneración de un derecho fundamental porque las pretensiones del amparista tienen como fundamento indemnizaciones complementarias, además, la ejecución de pago de salarios, lo cual deviene en cuestiones que escapan de la naturaleza del amparo.
- **El accionante no indique cual es el derecho fundamental supuestamente conculcado (Sentencias TC/0086/13 y TC/0283/16):** Mediante estos precedentes la Alta Corte advierte que, al accionante no identificar el derecho fundamental vulnerado o amenazado es impreciso establecer si las aducidas faltas se produjeron, lo que se traduce en una causal de inadmisibilidad por ser notoriamente improcedente.
- **Toda acción que se interponga con la finalidad de proteger derechos que no sean fundamentales (Sentencia TC/0031/14):** Aquí señala el Tribunal Constitucional que, una acción de amparo deviene en notoriamente improcedente cuanto se interpone con la finalidad de proteger derechos subjetivos. Además, conviene indicar que esta jurisprudencia establece que: *Lo anterior evidencia situaciones procesales que, sin precisar análisis del fondo de la cuestión principal, escapan del ámbito de atribuciones del juez de amparo por existir otros mecanismos legales más idóneos o claramente identificados por el legislador para la efectiva tutela de los derechos y que, entonces, hacen al amparo notoriamente improcedente.*
- **La acción se refiera a una cuestión de legalidad ordinaria (Sentencias TC/0017/13, TC/0187/13, TC/0307/14):** Este criterio es similar al anterior, debido a que versan cuestiones de legalidad ordinaria, pero aquí, nuestra Alta Corte dispone que, la determinación del hecho, interpretación y aplicación del derecho, son competencias que corresponden al juez ordinario por lo que el juez de amparo está limitado a comprobar si en aplicación del derecho se ha producido una vulneración a un derecho fundamental.

- **La acción se refiera a un asunto que ya se encuentre en jurisdicción ordinaria (Sentencias TC/0074/14, TC/0699/16, TC/0411/19, entre otras):** Estos criterios advierten que, incoar vía de amparo a un asunto que ya está apoderada la jurisdicción ordinaria, supone la presencia de un supuesto fáctico análogo que imposibilita su conocimiento de manera simultánea ante el juez de amparo, debido a que este estaría invadiendo la jurisdicción que ya ha sido apoderada, por lo tanto, resulta notoriamente improcedente.
- **La acción se refiera a un asunto que ha sido resuelto judicialmente (Sentencias TC/0254/13, TC/0276/13, TC/0258/20, entre otras):** La declaración de notoria improcedencia aquí es sencilla, a razón de que, si es comprobado por el tribunal en funciones de amparo que, la pretensión del accionante ha sido previamente resuelta de manera jurisdiccional, la misma es inadmisibles, máxime a que la aludida decisión sea irrevocable y definitiva.
- **Mediante la acción se pretendía la ejecución de una sentencia (Sentencias TC/0147/13, TC/0009/14, entre otras):** En esta inadmisión, se indica que, la ejecución de una decisión judicial escapa al propósito de la figura de amparo, la cual está reservada exclusivamente a la protección de los derechos constitucionales, además, la Alta Corte indicó que, en el derecho común se establecen los mecanismos pertinentes para que una sentencia sea ejecutada.

Finalmente, a nuestro entender, resulta ser la notoria improcedencia es un medio de inadmisibilidad idóneo, pues, con este se evita la desnaturalización del amparo, dado que, en algunos momentos, se pretende incoar mediante este vehículo procesal, la protección de un derecho subjetivo o se pretende usar como instrumento de nociones cautelares ordinarias. Devengando esto, una afectación directa al sistema judicial, el cual sus tribunales resultan abarrotadas de acciones de amparos, donde en su mayoría repercuten por su especie y contenido un medio de dilatación procesal que no versa sobre una garantía meramente constitucional, pero ante esto indicamos el eficaz criterio del profesor Jorge Prats el cual expresa lo siguiente: *“La inadmisibilidad del amparo por su notoria improcedencia debe aplicarse con suma cautela y prudencia, de modo que se declaren inadmisibles los amparos manifiestamente improcedentes”*.

El financiamiento político público ¿una disyuntiva histórica?

Nikauris Báez Ramírez[1]

El financiamiento político puede ser público, privado o mixto. En República Dominicana el financiamiento político es mixto: público y privado. El financiamiento público, que se refiere a las contribuciones del Estado a las organizaciones políticas para, en nuestro caso, el sostenimiento de su vida interna y las campañas ha estado marcado por distorsiones y/o ambivalencias. Hay diferentes causas por las que me permito hacer esta afirmación, sin embargo, en el presente artículo -por razones de espacio- solo abordaré dos: *i)* la distorsión creada por el legislador del método proporcional a la fuerza electoral; y *ii)* el carácter de los actos emitidos por el órgano administrativo electoral por medio de los cuales se distribuyen los fondos o contribuciones públicas a las organizaciones políticas una vez intervenidas las asambleas electorales o comicios, constituyendo estas, naturalmente, un hecho consolidado.

El método proporcional a la fuerza electoral establecido por el legislador orgánico dominicano es *sui generis* en tanto la distribución de la contribución económica del Estado a las organizaciones políticas por su fuerza electoral debe considerar cada voto válido obtenido individualmente por la organización política respectiva, sin embargo -contrariamente- tenemos una fórmula apoyada en niveles o porcentajes de votación para establecer el monto de apoyo económico público, lo que constituye una distorsión del método. Más concretamente, no se considera cada voto emitido por los ciudadanos y ciudadanas a favor de las organizaciones políticas, sino que se aplican porcentajes para categorizarlas, produciendo desigualdades en la contribución económica pública.

Si bien el artículo 61 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos padece de la referida distorsión[2], lo cierto es que este diseño le precede: se concretiza en la derogada Ley 289-05, pero tiene su origen en el transitorio del artículo 50 de la derogada Ley Electoral 275-97, que es la que instituye legalmente por primera vez el financiamiento político público en República Dominicana. A ese respecto se ha sostenido que una fórmula apoyada en porcentajes de votación para establecer el monto de apoyo económico público puede: a) generar tensiones políticas entre partidos afectados; b) motivar la proliferación artificial de partidos políticos sin respaldo social; y c) erosionar la competencia democrática por la vía de una influencia excesiva del dinero en la actividad política.

En esa misma línea agregamos que el ejercicio del sufragio activo o derecho a votar de la ciudadanía dominicana no solo legitima el mandato de los y las representantes electos/as por voto popular, sino que debe articular la dinámica de la asignación de la contribución económica del Estado a las organizaciones políticas pues este *dinero* pertenece originalmente al patrimonio del Estado: cada voto ejercido por un ciudadano y una ciudadana representa o tiene un valor económico que debe reeditar a favor de la organización política a cuyo favor emitió sufragó o emitió su voto.

El actual diseño, sin embargo, no permite estimar de forma equitativa el valor económico del voto individual de cada ciudadano y ciudadana dominicana, inversamente segmenta y categoriza por porcentajes de votación: consintiendo, por ejemplo, que un voto emitido por un ciudadano valga más que otros, en razón de que siendo categorizados partidos dentro de un mismo nivel porcentual y asignándose en su favor la misma contribución pública, no obstante haber obtenido una cantidad de votos que los divide sustancialmente en cuanto a respaldo ciudadano, no así en cuanto a los montos a recibir, permitiendo que organizaciones políticas con menor cantidad de votos accedan en igual medida que otras a la contribución económica del Estado, desarticulando una contienda justa e igualitaria.

Para ilustrar lo hasta aquí sostenido me apoyo en la tabla de proyección utilizada por la Junta Central Electoral, extraída de un informe rendido por la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES) sobre el financiamiento de las organizaciones políticas en nuestro país. La tabla presenta una simulación de resultados electorales y los fondos públicos que les corresponderían a los partidos políticos contendientes según su votación. Los porcentajes de los votos que se incorporaron en la simulación no representan proyecciones electorales, el objeto es resaltar que las distorsiones que puede suscitar la fórmula contenida en el artículo 61 de la Ley 33-18 son contundentes. Veamos:

MONTO TOTAL: RD\$ 1,260,400,000.00
VOTACIÓN VALIDA EMITIDA: 4,103,362

Rango	Partido	Votación	Financiamiento público total (RD\$)	Financiamiento público por voto (RD\$)
80% de financiamiento para partidos con votación superior al 5%	Partido 1	38%	144,045,714	92.4
	Partido 2	24%	144,045,714	146.3
	Partido 3	10%	144,045,714	351.0
	Partido 4	8%	144,045,714	438.8
	Partido 5	7%	144,045,714	501.5
	Partido 6	6%	144,045,714	585.1
	Partido 7	5.01%	144,045,714	700.7

12% de financiamiento para partidos con votación entre 1% y 5%	Partido 8	1.08%	151,248,000	3,412.9
8% de financiamiento para partidos con votación entre 0.1% y 1%	Partido 9	0.6%	50,416,000	2,047.8
	Partido 10	0.31%	50,416,000	3,963.4
Total	—	100%	1,260,400,000	—

En el ejercicio de simulación anterior, sostiene el órgano de la administración electoral a partir de lo disertado en el indicado informe, que se pueden observarse tres (3) grandes distorsiones:

- 1) El partido más votado en la elección con 38% de los sufragios, recibe la misma contribución económica del Estado que aquellos partidos que obtuvieron entre el 5% y el 8% de votos;
- 2) la contribución económica del Estado más alta es asignada a un partido que sólo rebasó el 1% de la votación, ubicándose en el segundo rango de financiamiento; y
- 3) el financiamiento público por voto para el partido más votado fue de apenas RD\$ 92.4 pesos por elector; mientras que el financiamiento público por voto para el partido menos votado fue de RD\$ 3,952.1 pesos por elector (40 veces más alto).

Es oportuno precisar que ha insistido la doctrina política en que el financiamiento político público se debe regular conforme a los objetivos políticos del país; el modo en que los ciudadanos y las ciudadanas consideran la política en el sistema democrático y, en particular, el modo en que se deberán organizar los partidos políticos, de ahí que la fórmula para la distribución económica de los recursos del Estado responda a los fines constitucionalmente previstos que redundan en elecciones libres, transparentes, equitativas y objetivas (art. 211 constitucional), tomando en cuenta los principios que deben regir la asignación y gasto del financiamiento público, tales como: *legalidad, rendición de cuentas, máxima publicidad, transparencia, racionalidad y anualidad.*

La Junta Central Electoral haciendo uso de su facultad constitucional de iniciativa legislativa, ha propuesto corregir la falencia histórica de un método o fórmula con distorsiones e implicaciones que menoscaban principios inherentes al Estado democrático. Sugiere que se instituya una fórmula que permita la configuración de un método combinado: *piso igualitario y fuerza electoral*, en el que una parte se distribuya equitativamente entre todas las organizaciones políticas y la otra en proporción a su fuerza electoral. Concretamente plantea un aporte económico igualitario de treinta por ciento (30%) en favor de todos los partidos políticos que conserven personalidad jurídica indistintamente de su resultado electoral, incluyendo los de nuevo reconocimiento; y otro porcentaje siguiendo el criterio de proporcionalidad pura entre votos y dinero de un setenta por ciento (70%) en razón de los votos válidos obtenidos de forma individual por las organizaciones políticas en los niveles presidencial, senatorial, de diputaciones y municipal.

Por tanto -y para fines pedagógicos-, el ejemplo que sigue constituye una proyección de contribución económica del Estado conforme el criterio y fórmula propuesta. A saber:

Los montos totales por cada entidad política en el año poselectoral serían los siguientes:

MONTO TOTAL	30% DEL MONTO	70% DEL MONTO
1,260,400,000.00	378,120,000.00	882,280,000.00

Distribución del monto correspondiente al 30% en partes iguales para todos los partidos políticos independientemente de sus votos, incluyendo los de nuevo reconocimiento

PARTIDOS QUE MANTIENEN PERSONERÍA JURÍDICA Y PARTIDOS DE NUEVO RECONOCIMIENTO	CONTRIBUCIÓN ECONÓMICA
	RD\$ 378,120,000.00
Partido A	RD\$ 14,004,444
Partido B	RD\$ 14,004,444
Fuerza C	RD\$ 14,004,444
Partido D	RD\$ 14,004,444
Partido E	RD\$ 14,004,444

Alianza F	RD\$ 14,004,444
Partido G	RD\$ 14,004,444
Partido H	RD\$ 14,004,444
Partido I	RD\$ 14,004,444
Partido J	RD\$ 14,004,444
Partido K	RD\$ 14,004,444
Partido L	RD\$ 14,004,444
Partido M	RD\$ 14,004,444
Partido N	RD\$ 14,004,444
Partido N	RD\$ 14,004,444
Partido O	RD\$ 14,004,444
Partido P	RD\$ 14,004,444
Partido Q	RD\$ 14,004,444
País R	RD\$ 14,004,444
Partido S	RD\$ 14,004,444
Partido T	RD\$ 14,004,444
Partido U	RD\$ 14,004,444
Partido V	RD\$ 14,004,444
Partido W	RD\$ 14,004,444
Partido X	RD\$ 14,004,444
Partido Y	RD\$ 14,004,444
Partido Z	RD\$ 14,004,444

A. Distribución del monto correspondiente al 70% de manera proporcional a los votos válidos obtenidos por cada partido, agrupación y movimiento político de manera individual, en los niveles de elección presidencial, senatorial, de diputaciones y municipal.

B.1. Sumatoria de todos los votos válidos emitidos en la elección presidencial, senatorial, de diputados y municipal, excluyendo los votos válidos obtenidos por aquellas organizaciones que hayan perdido personalidad jurídica.

Votos válidos emitidos en el nivel presidencial	Votos válidos emitidos en el nivel senatorial	Votos válidos emitidos en el nivel de diputaciones	Votos válidos emitidos en el nivel municipal	Votos válidos obtenidos por organizaciones políticas que perdieron reconocimiento	Total de votos válidos emitidos
4,103,362	3,909,324	4,003,159	3,502,217	-24,422	15,493,640

B.2. Sumatoria de los votos válidos obtenidos de manera individual por cada partido, agrupación y movimiento político en cada uno de los niveles de elección.

Entidad política	Nivel Presidencial	Nivel Senatorial	Nivel de Diputaciones	Nivel Municipal	Sumatoria votos validos
Partido A	1,998,407	1,768,588	1,636,599	1,371,357	6,774,951
Partido B	1,352,842	1,267,168	1,262,971	1,184,222	5,067,203
Partido C	233,538	141,836	171,376	122,326	669,076
Partido D	97,655	111,476	221,151	174,813	605,095
Partido E	73,913	116,353	166,026	143,626	499,918
Partido F	39,458	54,209	72,003	36,658	202,328
Partido G	31,511	48,365	45,270	49,731	174,877
Partido H	16,571	48,124	37,321	49,208	151,224
Partido I	24,626	36,030	39,632	32,974	133,262
Partido J	29,231	15,963	42,642	40,059	127,895
Partido K	27,270	24,863	30,521	33,806	116,460

Partido L	26,166	23,093	33,422	29,784	112,465
Partido M	19,973	55,057	27,667	9,650	112,347
Partido N	22,286	27,745	32,771	30,718	104,520
Partido N	15,664	20,868	26,640	27,713	90,885
Partido O	---	25,276	15,652	30,229	71,157
Partido P	12,060	18,817	20,888	16,431	68,196
Partido Q	9,379	14,537	17,696	21,716	63,328
Partido R	26,617	11,136	15,404	9,846	63,003
Partido S	13,133	17,125	19,456	12,892	62,606
Partido T	10,769	12,392	18,271	19,561	60,993
Partido U	8,098	14,485	10,986	9,243	42,812
Partido V	4,001	9,568	10,648	16,184	40,401
Partido W	3,460	9,628	12,414	9,287	34,789
Partido X	3,250	7,651	12,539	7,547	30,987
Partido Y	---	---	---	4,506	4,506
Movimiento 1	---	---	---	1,592	1,592
Movimiento 2	---	---	---	1,570	1,570
Movimiento 3	---	---	---	509	509

B.3. Porcentaje que le corresponde a cada partido, agrupación y movimiento político respecto al 70% repartido de manera proporcional a la fuerza electoral

**Partidos que mantienen personería
jurídica y partidos de nuevo
reconocimiento**

Contribución económica

Total general	29	RD\$ 882,280,000.00
	Porcentaje	
Partido A	43.7273%	RD\$ 385,797,254
Partido B	32.7050%	RD\$ 288,550,131
Partido C	4.3183%	RD\$ 38,100,302
Partido D	3.9054%	RD\$ 34,456,926
Partido E	3.2266%	RD\$ 28,467,658
Partido F	1.3058%	RD\$ 11,521,498
Partido G	1.1287%	RD\$ 9,958,310
Partido H	0.9760%	RD\$ 8,611,398
Partido I	0.8601%	RD\$ 7,588,558
Partido J	0.8254%	RD\$ 7,282,936
Partido K	0.7516%	RD\$ 6,631,774
Partido L	0.7258%	RD\$ 6,404,280
Partido M	0.7251%	RD\$ 6,397,561
Partido N	0.6745%	RD\$ 5,951,855
Partido N	0.5865%	RD\$ 5,175,415
Partido O	0.4592%	RD\$ 4,052,010
Partido P	0.4401%	RD\$ 3,883,397
Partido Q	0.4087%	RD\$ 3,606,191

Partido R	0.4066%	RD\$ 3,587,684
Partido S	0.4040%	RD\$ 3,565,077
PartidoT	0.3936%	RD\$ 3,473,225
Partido U	0.2763%	RD\$ 2,437,914
Partido V	0.2607%	RD\$ 2,300,621
Partido W	0.2245%	RD\$ 1,981,047
Partido X	0.1999%	RD\$ 1,764,544
Partido Y	0.0290%	RD\$ 256,592
Movimiento 1	0.0102%	RD\$ 90,655
Movimiento 2	0.0101%	RD\$ 89,403
Movimiento 3	0.0032%	RD\$ 28,984

Distribución total de los fondos

Partidos, agrupaciones y movimientos políticos	Monto correspondiente al 30%	Monto correspondiente al 70%	Total
Partido A	RD\$ 14,004,444	RD\$ 385,797,254	RD\$ 399,801,698
Partido B	RD\$ 14,004,444	RD\$ 288,550,131	RD\$ 302,554,576
Partido C	RD\$ 14,004,444	RD\$ 38,100,302	RD\$ 52,104,747
Partido D	RD\$ 14,004,444	RD\$ 34,456,926	RD\$ 48,461,371
Partido E	RD\$ 14,004,444	RD\$ 28,467,658	RD\$ 42,472,102
Partido F	RD\$ 14,004,444	RD\$ 11,521,498	RD\$ 25,525,942
Partido G	RD\$ 14,004,444	RD\$ 9,958,310	RD\$ 23,962,755
Partido H	RD\$ 14,004,444	RD\$ 8,611,398	RD\$ 22,615,843

Partido I	RD\$ 14,004,444	RD\$ 7,588,558	RD\$ 21,593,003
Partido J	RD\$ 14,004,444	RD\$ 7,282,936	RD\$ 21,287,381
Partido K	RD\$ 14,004,444	RD\$ 6,631,774	RD\$ 20,636,219
Partido L	RD\$ 14,004,444	RD\$ 6,404,280	RD\$ 20,408,725
Partido M	RD\$ 14,004,444	RD\$ 6,397,561	RD\$ 20,402,005
Partido N	RD\$ 14,004,444	RD\$ 5,951,855	RD\$ 19,956,299
Partido N	RD\$ 14,004,444	RD\$ 5,175,415	RD\$ 19,179,859
Partido O	RD\$ 14,004,444	RD\$ 4,052,010	RD\$ 18,056,455
Partido P	RD\$ 14,004,444	RD\$ 3,883,397	RD\$ 17,887,842
Partido Q	RD\$ 14,004,444	RD\$ 3,606,191	RD\$ 17,610,635
Partido R	RD\$ 14,004,444	RD\$ 3,587,684	RD\$ 17,592,128
Partido S	RD\$ 14,004,444	RD\$ 3,565,077	RD\$ 17,569,521
Partido T	RD\$ 14,004,444	RD\$ 3,473,225	RD\$ 17,477,669
Partido U	RD\$ 14,004,444	RD\$ 2,437,914	RD\$ 16,442,359
Partido V	RD\$ 14,004,444	RD\$ 2,300,621	RD\$ 16,305,065
Partido W	RD\$ 14,004,444	RD\$ 1,981,047	RD\$ 15,985,492
Partido X	RD\$ 14,004,444	RD\$ 1,764,544	RD\$ 15,768,988
Partido Y	RD\$ 14,004,444	RD\$ 256,592	RD\$ 14,261,037
Partido Z (NUEVO RECONOCIMIENTO)	RD\$ 14,004,444	N/A	RD\$ 14,004,444
Movimiento 1	N/A	RD\$ 90,655	RD\$ 90,655
Movimiento 2	N/A	RD\$ 89,403	RD\$ 89,403

Movimiento 3

N/A

RD\$ 28,984

RD\$ 28,984

Como se aprecia con la fórmula propuesta, se corrigen las distorsiones que genera la fórmula actual, en tanto:

1)El partido más votado en la elección con 43.7273% de los sufragios, recibe una contribución económica en proporción a su fuerza electoral;

2)la contribución económica del Estado así cifrada no representa el riesgo de que un solo partido se ubique dentro de una categoría porcentual, pudiendo recibir una contribución mayor a la de partidos con más cantidad de votos, dado que se suprime la categorización por niveles porcentuales de votación;

3)Se corrige la falta de regulación normativa[3] en cuanto a la distribución de fondos públicos a las agrupaciones y movimientos políticos, a los cuales se les calcula una fórmula distinta no prevista por el legislador dado su alcance electoral que se limita a un determinado municipio. En la actualidad no acceden a la contribución en proporción a sus votos válidos obtenidos de forma individual, sino del porcentaje de votación que obtuvo dentro de una demarcación a la que se extiende su alcance político-electoral[4]; y

4)el valor económico del voto individual de cada ciudadano y ciudadana dominicana es el mismo respecto a cada organización política.

De ser aprobada la propuesta se estaría más cerca de que el Estado dominicano materialice los principios de equidad y proporcionalidad en la contienda, con una fórmula de distribución del dinero público que incentiva la pluralidad política sin menoscabar la estabilidad del sistema de partidos. La pelota estará en la Cancha del Congreso, corresponde a nuestros legisladores y legisladoras no solo propiciar, por la vía legislativa, la confección de un sistema que garantice elecciones equitativas a través de un *piso igualitario* que distribuya iguales montos entre partidos políticos de nuevo reconocimiento y todos aquellos que conserven personalidad jurídica, sino la protección de los efectos del ejercicio del sufragio activo, en cuanto tanto cada ciudadano y ciudadana dominicana incide -o debería incidir- en la distribución de la contribución económica del Estado, constituyendo su voto un mecanismo para endosar la presencia y permanencia democrática de la organización respectiva dentro del ecosistema político-partidista: mayor respaldo ciudadano = mayor contribución económica en proporción a la fuerza electoral.

Llegado a este punto, es importante referirnos a la segunda cuestión, esto es al carácter de los actos emitidos por el órgano administrativo electoral por medio de los cuales se distribuyen los fondos o contribuciones públicas a las organizaciones políticas una vez intervenidas las asambleas electorales o comicios, constituyendo estas, naturalmente, un hecho consolidado, subsecuentemente abordaremos las elecciones intervenidas en dos mil dieciséis (2016) y las asignaciones o contribuciones realizadas desde dos mil diecisiete (2017) hasta dos mil veinte (2020).

Antes de abordar la hipótesis que sostengo en el artículo -y justo para sostenerla- considero oportuno dejar constancia, de entrada, de las características de la actividad administrativa electoral desplegada para asignar los fondos públicos a las organizaciones políticas, así como el carácter de este acto que califico -a contrapelo de lo asumido por la jurisdicción constitucional[5]- como un *acto administrativo electoral*[6].

Los recursos presupuestarios destinados al financiamiento público de las organizaciones políticas no forman parte del patrimonio de la Junta Central Electoral, por lo que esta no podrá alterar el cálculo para su determinación ni los montos que del mismo resulten conforme a la ley, ello significa que si bien pesa sobre la administración la obligación de emitir un acto jurídico o más propiamente dicho, un acto administrativo, en el cual -conforme la legislación vigente- se consigne el por ciento de votación que alcanzó cada organización política de forma individual; y en razón de ese por ciento, cuál categoría le corresponde para acceder a la contribución de ahí que se especifique el monto que le debe ser desembolsado por partidas en cada año, no es atribución de esta segmentarlo de su presupuesto anual sino que -se insiste- le es entregado a estos fines de forma predeterminada. Dicho esto, es importante precisar cuál es la característica del acto intervenido, aludiendo a las calificaciones doctrinarias -para lo que aquí interesa- del acto administrativo constitutivo y declarativo[7].

Así las cosas, para García De Enterría los actos constitutivos son los que crean, modifican, extinguen relaciones o situaciones jurídicas subjetivas en otros sujetos, los destinatarios, o en la propia Administración, en cambio los declarativos acreditan un hecho o situación jurídica, sin incidir en su contenido[8]. Preceptúa el autor que no todos los actos constitutivos son discrecionales, afirma que con toda frecuencia lo son también los actos reglados que constatan la situación construida por la Ley como supuesto de hecho del efecto preceptivo general que dicha Ley impone cuando ese efecto se condiciona a la constatación administrativa previa (actos de constatación o fijación -*accertamenti*, en la doctrina italiana; *Feststellungen*, en la alemana- constitutivos)[9].

Para el magistrado chileno, Iván Aróstica Maldonado, el acto administrativo meramente declarativo es el que se limita sólo a reconocer un derecho preexistente, que tiene su fuente en la ley, en una sentencia o en un reglamento anterior (un tal acto administrativo declarativo se justifica por razones de certeza, para marcar con nitidez la titularidad del derecho y para facilitar el cumplimiento de la obligación que pesa sobre la Administración). A menos que la ley o el reglamento diga otra cosa, debe entenderse que el derecho se incorpora al patrimonio del interesado desde que éste cumplió los requisitos y condiciones previstas en dicha ley o reglamento.[10]

Somos de opinión que las condiciones requeridas para acceder a la contribución económica del Estado parten de un hecho generador del derecho: la celebración de elecciones, además de este hecho o, -si se quiere- condición jurídica, el legislador orgánico preceptúa los criterios para categorizarlas partiendo de los derechos que se

generan a partir de la celebración de elecciones. Por tanto, consideramos que el acto que emite la Junta Central Electoral distribuyendo los fondos es reglado, tiene un carácter declarativo con cierto efecto constitutivo, que se refuerza más cuando el órgano administrativo lo adopta ejercitando una potestad con cierto grado de discrecionalidad. Esto en tanto en el acto se limita, en principio, a determinar algo que ya de *lege lata* está en vigor, no obstante, asentarlos con fuerza vinculante. En todo caso, es un acto favorable revestido de presunción de estabilidad.

Dicho lo anterior, abordemos la hipótesis: las elecciones de dos mil dieciséis (2016) tuvieron lugar bajo el paraguas legal -en cuanto al criterio para la distribución del financiamiento político público- del artículo 1 de la derogada Ley No. 289-05 que modificó a su vez el artículo 50 y el párrafo de la Ley Electoral No. 275-97 -derogado a su vez a partir de la entrada en vigencia de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos-.

El mencionado artículo 1 de la Ley 289-05 (que modificó el artículo 50 de la Ley núm. 275-97 de la Ley Electoral) pone de manifiesto que el legislador de entonces se decantó por establecer, si se quiere, dos niveles de categorización por porcentajes, esto es: *i)* 80% distribuido en partes iguales entre los partidos que obtuvieron más de un cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos en los últimos comicios; y, *ii)* el restante ocho por ciento (8%) distribuido en proporción a los votos válidos obtenidos por cada uno de los partidos que obtuvieron menos del cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos en las últimas elecciones. Vale decir que contemplaba un doce por ciento (12%) distribuido en partes iguales entre los que obtuvieron menos de un cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos en las elecciones previas y los de nuevo reconocimiento si los hubiere. Es decir, existía en la anterior legislación el método combinado: *fuerza electoral* [insistimos, con la distorsión de porcentajes] y “*piso igualitario*”.

Este criterio de segmentación porcentual fue aplicado por la Junta Central Electoral -al margen de las controversias litigiosas respecto al nivel de elección a utilizar, pues lo importante a los fines de la hipótesis que pretendo sostener son los criterios porcentuales para la distribución, no así el o los niveles de elección que se tomaron en consideración para la aplicación del por ciento[11], una vez intervenidos los comicios, por primera vez en dos mil diecisiete (2017)[12]. Se reitera que los actos emitidos por la Junta Central Electoral realizando la distribución presupuestaria poseen: la cantidad de votos válidos obtenidos individualmente por la organización política respectiva[13] y, consecuentemente, el porcentaje que alcanzó; habida cuenta de ese porcentaje, cuál categoría le corresponde para acceder a la contribución, a los fines de la Ley 289-05, si entra dentro del 80% o del 8% en razón de su “*fuerza electoral*”.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, la Junta Central Electoral varió la base legal para la aplicación de la distribución económica del Estado a las organizaciones políticas[14]. El art. 61 de la Ley 33-18 establece que le corresponde a las asociaciones políticas el ochenta por ciento (80%), distribuido en partes iguales entre los partidos que hayan alcanzado más del cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos en la última elección; un doce

por ciento (12%) distribuido entre todos los partidos políticos que hayan alcanzado más del uno por ciento (1%) y menos del cinco por ciento (5%) de los votos válidos en la última elección; y un ocho por ciento (8%) distribuido entre los partidos que hayan alcanzado entre cero 0.01% y 1%.

La nueva disposición cambió sustancialmente el criterio para la distribución, en tanto suprimió el derecho de las organizaciones políticas de nuevo reconocimiento a acceder a la contribución económica del Estado; creó nuevos porcentajes para categorizar en razón de la “fuerza electoral”; y eliminó la distribución en partes iguales entre las organizaciones políticas que obtuvieron menos del cinco por ciento (5%) de los votos y, no obstante ello, la Junta Central Electoral aplicó la nueva disposición legal modificando los efectos derivados de una situación jurídica consolidada que fue, lógicamente, las elecciones celebradas en dos mil dieciséis (2016), que produjeron derechos adquiridos que no debían -o no debieron- ser modificados o alterados por la entrada en vigencia de otra norma cuando ya el hecho estaba consumado.

Al respecto ha explicado la jurisdicción constitucional[15] que el principio de irretroactividad es la máxima expresión de la seguridad jurídica. Conviene precisar, a la par, que el concepto de derechos adquiridos, para lo cual debe considerarse que toda disposición normativa está constituida por dos elementos: uno material y otro formal. El primero se refiere al supuesto o hipótesis de hecho, previsto en la disposición de que se trate; el segundo, a la conclusión jurídica surgida como consecuencia directa de la ocurrencia de aquellos supuestos e hipótesis fácticas. Comprobado el hecho, nacen los efectos jurídicos que la ley le asigna, y que son, precisamente, los derechos adquiridos. Así, estos derechos deben ser entendidos como las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley.

De lo anterior se concluye que: el artículo 1 de la Ley 289-05 derogada, establecía, para generar derechos a los fines de acceder a la contribución económica del Estado por parte de las organizaciones políticas, que hayan intervenido elecciones (hipótesis formal); el supuesto factico como condición de acceso tuvo lugar en dos mil dieciséis (2016), esto es las asambleas electorales celebradas (hipótesis material); y, en razón de ello, la contribución económica del Estado si bien se realiza cada año de forma prorrateada -en ese momento mensualmente, salvo en años electorales-, lo cierto es que se debió hacer en razón del mismo criterio erigido inicialmente, en tanto el *derecho adquirido* no se genera o actualiza a través del acto administrativo electoral, sino a través de la norma legal que lo condiciona a la celebración de elecciones, por tanto el criterio debe permanecer sin alteraciones que impliquen un menoscabo a derechos adquiridos derivados de hechos consumados al amparo de una norma que, en ese momento, se encontraba vigente.

De ahí que la aplicación de las disposiciones relativas al financiamiento político público que instituyó la Ley 33-18, debió entrar en vigor o, más propiamente, regular la asignación de la contribución económica del Estado a las organizaciones políticas una vez intervenidas las elecciones de 2020 y no antes, como sucedió, dado que por mandato del artículo 110 constitucional, en ningún caso los poderes públicos o la ley

podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

En sentido analógico, El Tribunal Constitucional[16] tuvo la oportunidad de pronunciarse desestimando la promoción de un medio de inadmisión fundando en la falta de objeto en el que se argüía que el acto emitido por la Junta Central Electoral asignando los fondos había surtido o desplegado sus efectos jurídicos. A juicio de la jurisdicción constitucional como la asignación del presupuesto se produce en actos sucesivos la solicitud de suspensión formulada no perdía vigor en cuanto a las pretensiones perseguidas, de ahí que no devenía en inadmisibles. Esto pone de relieve que la visión del órgano constitucional converge con lo hasta ahora expuesto, en el sentido de que si bien intervienen distintos actos dado que el presupuesto es anual y se prorratea la asignación, lo cierto es que se producen en razón del mismo hecho generador del derecho: las elecciones que una vez consumadas se convierten en hechos consolidados. Los actos dictados por la administración electoral sobre el particular no pueden alterar la previsibilidad, la certeza y seguridad jurídica, traducida en este caso en la vulneración de derechos adquiridos en detrimento de las organizaciones políticas.

En conclusión, sobre el segundo aspecto y para dotar de características al acto administrativo electoral de asignación de fondos, es dable retener que: *i)* es -o debería ser- un acto reglado nacido al amparo de una Ley; *ii)* es un acto favorable revestido de una presunción de estabilidad; *iii)* pesa sobre la administración su emisión para concretar los *derechos adquiridos* nacidos en razón de las disposiciones legales; *iv)* que las asignaciones presupuestarias se realicen cada año -dado el principio de anualidad de la contribución- en un cuatrienio después de celebradas las asambleas electorales, y por tanto se requiera la emisión de un nuevo acto administrativo electoral, no significa en modo alguno que la Junta Central Electoral pueda modificar los derechos adquiridos, el criterio está atado al primer acto emitido después de intervenidos los comicios, nacido naturalmente de la disposición legal.

Esta hipótesis cobra vigencia en razón de la propuesta realizada por la Junta Central Electoral que modifica los criterios de acceso de las organizaciones políticas a la contribución económica del Estado que, de no corresponderse con las causas previstas constitucionalmente, deberán necesariamente regir una vez intervenidas las elecciones de dos mil veinticuatro (2024) y no antes. Los derechos adquiridos no deben modificarse cuando el hecho generador se ha consumado, desplegando todos sus efectos jurídicos, incluido, lógicamente, las condiciones de acceso al financiamiento político público.

[1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD); Maestranda en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), con experiencia laboral tanto en la jurisdicción contenciosa electoral como en la administración electoral, correo electrónico: nikaurisbaez10@gmail.com

[2] En la actualidad el artículo 61 de la Ley 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos dispone tres tipos de porcentajes para calificar la cantidad de votos válidos obtenidos individualmente por cada organización política y, consecuentemente, tres porcentajes de distribución de la contribución económica del Estado.

[3] Las disposiciones normativas contenidas en el artículo 61 de la Ley 33-18 están destinadas o dirigidas a tres (3) sujetos o la colectividad de organizaciones políticas, esto es a los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, no

obstante en cada uno de sus numerales se refiere a los “partidos políticos”, máxime, cuando se dispone “última elección” -y al ser estas las presidenciales, senatoriales y de diputaciones- el legislador excluye a los movimientos políticos[3] los cuales de conformidad con la *Ley son de alcance local y un ámbito de carácter municipal, incluyendo los distritos municipales que les correspondan y el Distrito Nacional. Los movimientos políticos pueden presentar candidaturas en un municipio, sus distritos y en el Distrito Nacional*, es decir su alcance es solo municipal y no en todos los municipios del territorio nacional, sino únicamente en el que se extiende su alcance que podría ser, por ejemplo, únicamente Boca Chica.

[4] Se recuerda en este punto que como el método de distribución es una distorsión de la fuerza electoral, el cálculo para categorizar en porcentajes (y no en proporciones de votos) pudiera producir que cuando un movimiento político postula candidatos en solo un municipio, el total de los votos válidos que obtuvo en ese municipio -y solo considerando tal municipio-, en términos porcentuales pudiera ser igual a la de un partido político que postuló candidatos en todos los municipios del territorio nacional -y a su vez en todos los niveles de elección- y cuyo total de votos válidos pudiese ser mayor, de modo que por eso en la actualidad la JCE se decanta por establecer una fórmula distinta para este tipo de asociaciones políticas.

[5] Véase sentencia TC/0611/19 dictada por el Tribunal Constitucional en fecha veintiséis (26) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

[6] En razón de que es un acto susceptible de vulnerar derechos políticos electorales.

[7] Pese a consignarse que se trata de un acto administrativo electoral, se alude a las construcciones doctrinales dadas por el derecho administrativo, a los fines de construir respecto a este acto específico un concepto.

[8] Otros autores lo catalogan como un acto “neutral” (ni favorable ni desfavorable) en tanto no modifica o crea ninguna situación jurídica, sino que se limita a certificarla.

[9] Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo. I* (Madrid: Civitas Ediciones, 2004).

[10] Iván Aróstica Maldonado, “Una clasificación de los actos administrativos”, *Revista Actualidad Jurídica* 34 (julio 2016)

[11] Mediante la Resolución No. 02/2017 la Junta Central Electoral, estableció un criterio distinto para la determinación de la distribución de la contribución económica del Estado a los partidos políticos reconocidos, que había establecido mediante el Acta No. 31/2016. Dispuso que la categorización de los partidos políticos para los fines de la distribución de la contribución económica del Estado, sería el resultado de la sumatoria de los votos válidos emitidos por los electores y obtenidos de manera individual por todos los partidos políticos en todos los niveles de elección disputados en las elecciones generales del 15 de mayo de 2016. El Tribunal Superior Electoral mediante sentencia TSE-013-2017, anuló la resolución predicha por considerarla violatoria a los artículos 69.5 y 110 de la Constitución de la República, declarando, en consecuencia, que el criterio a ser aplicado para la categorización de los partidos políticos será el establecido en el Acta Núm. 31/2016, adoptada por la JCE, es decir, los votos obtenidos a nivel presidencial. No obstante, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia TC/0611/19 anuló la Sentencia dictada por el TSE, y ordenó el envío del asunto litigioso por ante el TSA, por entender el TC que el TSE no tenía competencia para decidir al respecto.

[12] Véase Reglamento dictado por la Junta Central Electoral [https://jce.gob.do/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?EntryId=7791&Command=Core_Download&language=es-ES&PortalId=1&TabId=190]

[13] Los cuales se hacen en razón de actos previos considerados por la doctrina como “actos calificadores de elecciones”.

[14] Véase Reglamento dictado por la Junta Central Electoral [https://jce.gob.do/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?EntryId=12470&Command=Core_Download&language=es-ES&PortalId=1&TabId=190]

[15] República Dominicana, Tribunal Constitucional; sentencia TC/0013/2012, de fecha diez (10) de mayo de dos mil doce (2012).

[16] Véase sentencia TC/0218/18 de fecha diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Límites al control de legalidad en la discrecionalidad técnica de la Administración Pública: los concursos decentes

Víctor A. León Morel[1]

“Tal vez la pregunta más difícil sea cuanto se pueda decidir por la norma y cuanto se pueda dejar a discreción[2].” John Maynard Keynes.

Introducción

El artículo 139 de la Constitución Dominicana, establece que *los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública*. Esto es así, en palabras del profesor Olivo Rodríguez debido a que un presupuesto básico de la cláusula constitucional del Estado de derecho lo constituye el control jurisdiccional de las acciones y omisiones de los órganos y entes que ejercen la función administrativa del Estado. La Constitución dominicana inserta de manera específica en la parte dedicada a la Administración Pública (en lo adelante, por su nombre o “AP”, indistintamente”) la atribución otorgada a los tribunales para ejercer el control de la legalidad, esto es, el respeto o sumisión de la Administración al entero ordenamiento jurídico del Estado[3].

Ahora bien, en otro escenario tenemos la **discrecionalidad** definida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como *la potestad atribuida a los órganos administrativos por las leyes sin predeterminar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones, por lo que el titular de las potestades o competencias queda habilitado para elegir dentro de las diversas opciones decisorias que se le presentan[4]*. Asimismo, se define la **discrecionalidad administrativa** como *el ámbito o margen de libertad de acción concedido por el legislador a quien ejerce la potestad ejecutiva, para que pueda adoptar la decisión más idónea ad casum para el cumplimiento de la ley[5]*. Por último, se define la **discrecionalidad técnica** como *la manifestación de la discrecionalidad administrativa en la que se incrementa la libertad de apreciación que tiene el órgano administrativo competente para adoptar una determinada resolución por basarse esta en criterios o fundamentos de carácter técnico[6]*.

Muchos autores catalogan estas figuras, **discrecionalidad y legalidad**, como *dos conceptos decisivos en la historia de la organización pública cuando se contempla desde la perspectiva jurídica. Con la particularidad, además, de que están íntimamente relacionados uno y otro, no pocas veces, con carácter recíprocamente excluyente, como la luz y la oscuridad: lo que uno avanza, lo disminuye el otro. Si bien su valor y alcance no sean inmutables, ofreciendo sensibles oscilaciones según los períodos históricos[7]*.

Partiendo del control de legalidad que contempla el citado artículo 139 de la Constitución, todas las actuaciones ejercidas por la AP podrían ser impugnadas ante los Tribunales de la República, quienes decidirán si cumplen con el marco de legalidad establecido en la Constitución y demás normas. Sin embargo, como la discrecionalidad implica en cierta forma un margen de libertad en la actuación de la AP, y este margen es aumentado en la discrecionalidad técnica, debido a que los fundamentos para la

actuación son de carácter técnico, analizamos si realmente existe un control de legalidad pleno.

Nuestro objetivo en el presente artículo es desarrollar una visión comparada respecto a la contradicción entre control de legalidad de la AP y sus límites frente a discrecionalidad técnica, tomando como ejemplo el caso de los concursos docentes celebrados por el MINERD.

Consideraciones generales sobre la discrecionalidad técnica.

Solo a comienzos del siglo XX, en la mayor parte de los países, la discrecionalidad administrativa deja de considerarse un ámbito de actuación excluido “per se” del control judicial. En Francia, hasta finales del siglo XIX, los actos discrecionales (o de “pure administration”) no eran susceptibles de recurso contencioso. En España, hasta la emisión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, los actos discrecionales no podían ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa, y los jueces ejercieron un control limitado de la discrecionalidad administrativa[8].

En términos generales, el devenir de la discrecionalidad técnica a lo largo de la historia del derecho administrativo se ha forjado entre posturas doctrinales difícilmente reconciliables: por una parte, un sector entendía que no era objeto de revisión por los órganos jurisdiccionales y, por otra, otro sector que concebía que dicha decisión sí estaba sujeta a control y, por lo tanto, expuesta a una posible anulación por un juzgado o tribunal[9].

Uno de los mayores críticos de esta figura lo ha sido el profesor Tomás-Ramón Fernández, quien en su artículo denominado “*la discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece*”, expresa lo siguiente:

*Como la mala hierba, que brota y rebrota año tras año y no hay modo de desarraigar definitivamente, así pervive en nuestra cultura jurídica el viejo y ominoso fantasma de **la discrecionalidad técnica**, un auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega, porque un técnico, sea cual sea su especialidad, es, en cuanto tal, esclavo de la técnica que maneja, que puede, ciertamente, no ser unívoca, pero que en absoluto le otorga la libertad de apartarse de ella porque, si llegara a hacerlo, dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político[10].*

El profesor Jose Carlos Laguna, en su artículo denominado *El control judicial de la discrecionalidad administrativa* entiende que la discrecionalidad administrativa no está fuera del control judicial, expresando lo siguiente:

El control judicial de la discrecionalidad administrativa es una exigencia del Estado de Derecho. El límite está en el principio de separación de poderes, que no

*permite que los jueces tomen decisiones de gobierno, que constitucionalmente corresponden a la Administración. En algunos casos, los conceptos jurídicos indeterminados confieren un margen de apreciación o valoración, que debe ser respetado por el juez. Lo mismo sucede cuando **la constatación de los hechos se realiza con ayuda de conocimientos científicos o técnicos**, siempre que se mueva dentro del margen de opinabilidad propio de cada rama del saber. Con estos límites, los principios generales del Derecho permiten un control judicial efectivo del ejercicio de la discrecionalidad. Si la actuación es ilegal, el juez debe anularla. Solo podrá reconocer el derecho o determinar el contenido del acto, si - en las circunstancias concretas- no existiese ya margen de decisión[11].*

En el caso de Estados Unidos de América se da una situación muy particular, pues se han dictado varias decisiones respecto del poder de las agencias estatales externas, como el caso de la doctrina Chevron que establece que, dentro de ciertos límites, los jueces también deben ser deferentes con la interpretación del Derecho realizada por la autoridad administrativa. De acuerdo con esta jurisprudencia, cuando un tribunal controla la legalidad de una actuación administrativa, (i) debe preguntarse si la cuestión ha sido claramente resuelta por la ley, en cuyo caso debe aplicarla; y (ii) si la ley no resuelve la cuestión o es ambigua, el juez no puede imponer su propia comprensión, sino que debe limitarse a verificar si la interpretación de la Administración es razonable. En estos casos, la función del juez es controlar, **pero no suplir a la Administración en el ejercicio de sus tareas de gobierno[12].**

Esto ha sido ampliamente analizado por Cass Sunstein y Adrian Vermeule en su obra "*Ley y Leviatán, redimiendo el Estado Administrativo*", quienes en palabras del profesor Eduardo Jorge Prats, han reivindicado los precedentes claves de la jurisprudencia norteamericana en materia de deferencia judicial, la cual vendría a colocarse más lejana de la tesis de un Eduardo García de Enterría y un Tomás Ramón Fernández, para quienes no hay nada de las decisiones administrativas que escape al control jurisdiccional, pudiendo incluso sustituir las decisiones de los jueces, y más cercana a la de los juristas que entienden que hay ciertas zonas exentas de este control, no pudiendo en ningún caso el juez sustituir la actividad de la Administración[13].

Para Tomás-Ramón Fernández, el término "*discrecionalidad técnica*" no es correcto y "la culpa la tiene el empleo del término discrecionalidad para designar lo que en uno y otro caso no es más que una valoración técnica, algo que los juristas, sean jueces o abogados, estamos bien familiarizados desde siempre y que solo se vuelve problemático por la razón señalada en el ámbito del derecho administrativo, en el que todavía se siente el eco de la vieja equiparación de lo discrecional con lo no contencioso[14]".

La sentencia **STS 324/2019** del Tribunal Supremo Español, realiza una distinción interesante entre el juicio técnico que escapa del control jurisdiccional y la obligación de motivar dicho juicio, la cual siempre debe existir, expresando lo siguiente:

“Una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate[15].”

En el caso dominicano, nuestro Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones a las facultades discrecionales de la AP a nivel general, como en la **sentencia TC/0635/17** de fecha 3 de noviembre de 2017, donde reiteraba el precedente contenido en la **sentencia TC/0048/12**, al indicar que *la facultad discrecional de la Administración Pública no puede confundirse con arbitrariedad.*

Igualmente se ha referido a la discrecionalidad en las actuaciones de la AP y al control de legalidad. Así, en la **sentencia TC/0456/17**, de fecha 26 de septiembre de 2017, el TC precisó lo siguiente respecto a la discrecionalidad del presidente de la República para destituir los miembros de la Policía Nacional:

11.13. Ahora bien, tratándose el que analizamos, de un acto administrativo asumido por el presidente de la República en el ejercicio de una facultad discrecional, facultad que, como ya ha establecido este tribunal constitucional, no puede de ninguna manera ser cuestionada ni reducida, la motivación del mismo, como exigencia del debido proceso, debe estar en correspondencia con la naturaleza jurídica de tal facultad discrecional.

11.14. Debe descartarse la exigencia de que tal motivación recaiga en las razones que tuvo el presidente para adoptar la medida en respuesta a los hechos que la generaron, porque precisamente la facultad discrecional que ostenta, que en el caso de la institución policial está dirigida a garantizar el mejor funcionamiento del servicio mediante el debido cumplimiento de su misión, le otorga la libertad de adoptar, prudencialmente, las decisiones que entienda más apropiadas para la consecución de los fines indicados.

Así, otras sentencias del Tribunal Constitucional se han referido a la discrecionalidad de la AP, pero no hemos encontrado ninguna respecto a la discrecionalidad técnica, del posible choque entre Poderes del Estado, Ejecutivo y Judicial, y de la posibilidad de que los jueces sustituyan la decisión técnica de la AP, lo que nos motiva a reflexionar sobre las futuras interpretaciones que puedan tener los tribunales nacionales sobre el tema.

Discrecionalidad técnica de la AP en los concursos de oposición docentes.

El caso de los concursos docentes resulta de alto interés jurídico, pues se otorga una discrecionalidad técnica a la AP para definir los parámetros y metas de la referida evaluación, así como para calificar los resultados de dicha evaluación. Es entendible entonces que, al tratarse de un servicio público de gran importancia para cualquier

sociedad civilizada, la preparación de los docentes es uno de los requisitos fundamentales para cumplir lo dispuesto en el artículo 63 de nuestra Constitución, relacionado al derecho de una educación de calidad.

Asimismo, el artículo 63.5 de la Constitución, dispone que el Estado reconoce el ejercicio de la carrera docente como fundamental para el pleno desarrollo de la educación y de la Nación dominicana y, por consiguiente, es su obligación propender a la profesionalización, a la estabilidad y dignificación de los y las docentes. Asimismo, el principio de igualdad consagrado en el artículo 39 de la Constitución condena toda situación desigual que derive de algún tipo de discriminación, y que no sea consecuencia de sus talentos o de sus virtudes.

A los fines de materializar las referidas disposiciones, los concursos de oposición docentes se encuentran regulados en la Ley General de Educación 66-97, la cual, en su artículo 139, dispone claramente que para ingresar en cargos administrativo-docentes y técnicos-docentes en los diversos niveles del sistema educativo público, se requerirá aprobar un concurso de oposición, consistentes en pruebas y exámenes.

Las bases técnicas del concurso de oposición se encuentran en el Decreto No. 639-03, que establece el Estatuto Docente, contemplando en el primer requisito, en su artículo 12.a, lo siguiente:

Idoneidad para el cargo, esto es poseer los conocimientos y competencias requeridas para el ejercicio de la función, acreditada mediante regímenes de selección que en cada caso se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función educativa.

Igualmente, el artículo 16 del referido Decreto establece que *el ingreso a la carrera docente, cualquiera sea la clasificación, cargo y categoría, se efectuará mediante concurso de oposición de antecedentes profesionales, prueba de oposición y entrevista personal que a1 efecto establezca la Secretaría de Estado de Educación sin discriminación por razones de edad, credo, raza, sexo o afiliación política...* Esta evaluación será realizada por las Comisiones Calificadoras de Concursos quienes tendrán cierta discrecionalidad técnica para evaluar los puntajes de los participantes.

Dicha evaluación de desempeño docente estará orientada por varios criterios, entre ellos la objetividad, que permitirá *una evaluación imparcial a1 utilizar estrategias e instrumentos conforme a los **requerimientos técnicos establecidos**[16].*

Hemos visto que cada cierto tiempo estos concursos de oposición docentes generan controversia respecto al proceso de transparencia y evaluación de estos. El caso más reciente, detallado por la prensa nacional, nos evidencia un informe elaborado por la comisión de observadores del Concurso de Oposición Docente que confirma que hubo filtración, por lo menos de parte de las pruebas realizada el 8 y 9 de septiembre del presente año, lo que justifica que no puedan ser utilizadas para evaluar a los demás profesores pendientes por examinación[17].

La pregunta que intentamos responder en el presente escrito es si la discrecionalidad o valoración técnicas de la AP para los concursos públicos, y en el caso específico de los concursos docentes, escapa el control de legalidad o si, por el contrario, se aplica en toda su extensión el citado artículo 139 de la Constitución.

En nuestra opinión, aunque dicha discrecionalidad técnica otorga un margen de apreciación que pudiera atenuar el control jurisdiccional pleno, lo cierto es que todo acto administrativo debe estar debidamente motivado, pues como indica el precedente citado por la sentencia **TC/0048/12**, *la facultad discrecional de la Administración Pública no puede confundirse con arbitrariedad* y un acto administrativo sin una motivación adecuada no puede ser válido, conforme la Ley 107-13, artículo 4.2. Ahora bien, este deber de motivación debe ser analizado conforme citado precedente **TC/0456/17** que dispone expresamente que *la motivación como exigencia del debido proceso debe estar en correspondencia con la naturaleza jurídica de la facultad discrecional*.

No podemos pretender que la motivación de un acto administrativo dictado dentro de una facultad técnica discrecional, como en el caso de los concursos de oposición docentes, tenga la misma motivación que un acto administrativo sancionador, pero sí debe ofrecer una explicación suficiente, que permita excluir cualquier sospecha de actuación arbitraria.

Otro límite importante al control de legalidad de la discrecionalidad técnica del acto administrativo de la AP es el principio de separación de poderes, pues como bien afirma el profesor Laguna Paz, el control judicial debe ser tan intenso como sea posible, pero sin que el juez pueda sustituir a la Administración.

En este caso, los jueces deben llevar a cabo un control de juridicidad de la actuación administrativa hasta el límite que permitan los principios jurídicos, pero respetando el ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa. Los límites al control judicial no están en el principio democrático, que no sitúa a las autoridades administrativas por encima del Derecho, sino en el principio de separación de poderes, que protege el ámbito de actuación de la AP.

En España y en otros países de Europa, se han creado órganos administrativos de revisión de legalidad de la actuación pública, dotados de autonomía funcional, que refuerzan las garantías del sistema frente al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, y a diferencia de los jueces, estos órganos puedan revisar decisiones discrecionales, sustituyendo el criterio del órgano competente por el suyo propio^[18].

Esto, representaría ciertas ventajas en temas de costes, rapidez y especialización, sin embargo, algunos cuestionan la independencia de estos órganos administrativos de revisión.

En el caso concreto planteado, el artículo 51 del Decreto No. 639-03, que establece el Estatuto Docente, dispone que los docentes inconformes con los resultados de su

evaluación tendrán como recurso la apelación ante el Tribunal de la Carrera Docente quien requerirá los resultados y los instrumentos aplicados y cualquier otro antecedente vinculado con la evaluación si así lo considerara pertinente. Este Tribunal, conforme la Ley 66-97, en sus artículos 153 y siguientes, será el órgano encargado de dirigir los conflictos y apelaciones que tengan que ver con los deberes y derechos del personal docente, y estará formado por representantes de las autoridades correspondientes, incluyendo un representante de la organización mayoritaria de los docentes.

Para el profesor Laguna Paz, estos órganos administrativos pueden ser eficaces en dos escenarios:

- Cuando la escasa cuantía económica del asunto no compense a los interesados a acudir a la vía judicial; o
- Cuando la decisión administrativa comporte un elevado grado de discrecionalidad[19], que es nuestro caso;

El control de legalidad debe situarse en un punto medio entre la sujeción a la norma y la razonabilidad de la decisión adoptada y por otro lado, la discrecionalidad de la AP para llegar a tal o cual decisión, fundada en aspectos técnicos. Esto, resulta en algunos casos difícil de determinar, pues la mayor parte de las actuaciones administrativas precisan de algún tipo de conocimiento especializado[20].

Conclusiones

La jurisprudencia española ha precisado que la AP está obligada a motivar sus apreciaciones realizadas en base a criterios o conocimientos técnicos, como exigencia del principio de proscripción de la arbitrariedad de la administración, y en concreto, la Sentencia de la Sala Contenciosa del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2008, Recurso 4049/2004, ha indicado que debe cumplir con tres condiciones esenciales:

1. *Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;*
2. *Consignar los criterios de valoración; y*
3. *Justificar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado.*

Estamos de acuerdo con este precedente, ya que la discrecionalidad técnica no puede ser una exigente para que la AP actúe de manera arbitraria, sin un control de legalidad posterior, vulnerando los derechos fundamentales de los administrados. El control de legalidad debe decidir si la decisión adoptada mediante un ejercicio de discrecionalidad técnica vulnera derechos fundamentales, sin que en principio sustituyan la decisión adoptada, porque la Administración dispone de un margen de apreciación para escoger los criterios técnicos necesarios para alcanzar el fin previsto por la norma.

En los tribunales dominicanos, no es inusual ver que los jueces se auxilien de un peritaje para determinar un aspecto técnico que escapa de su conocimiento pleno, pero esa valoración técnica debe ir acompañada de unos criterios propios del juzgador que permitirán una decisión equilibrada, conforme a la máxima de que el juez es perito de peritos, aunque la jurisprudencia española ha reconocido que *lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales*[21]. Asimismo, la sentencia STS 2014-5796 del Tribunal Supremo Español ha indicado que el ordenamiento jurídico ha querido que sea la Administración quien valore lo más conveniente para el interés general.

La discrecionalidad es necesaria en un sistema de derecho, pero el control de legalidad posterior es más necesario aún a fines de controlar la arbitrariedad del Leviatán que constituye el Estado. El profesor Miguel Sánchez Morón precisa, respecto a la discrecionalidad y al margen de apreciación que existe en todo ordenamiento jurídico, lo siguiente:

“la ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (...). De ahí que (...) las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica (...) En esto consiste la discrecionalidad...[22]”.

La discrecionalidad técnica de los actos administrativos resultantes de los concursos de oposición docentes, los cuales generarían un derecho favorable para los concursantes electos, puede limitar el control de legalidad respecto al ámbito material de la elección de los docentes electos, Sin embargo, en el ámbito formal, el acto administrativo siempre es revisable, sobre todo si no cumple con el estándar mínimo de motivación, transformándose en una actuación arbitraria de la AP, y si dicho acto administrativo vulnera el principio de igualdad frente a otros participantes. Por esto, el profesor Laguna Paz correctamente indica que la discrecionalidad deja a la Administración libertad para escoger los medios, pero no los fines, que no pueden ser otros que el servicio objetivo a los intereses generales, con la debida protección de los derechos de los particulares.

En conclusión, el juez debe controlar eventuales desviaciones del ejercicio de la potestad, pero también debe respetar el margen de decisión que la norma reconoce a la autoridad administrativa, ya que en eso consiste la discrecionalidad, y no podemos olvidar que *cualquier problema administrativo, en general, admite una pluralidad de respuestas razonables*[23].

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] KEYNES, John Maynard, “Proposals for an International Clearing Union”, Bretton Woods Conference, 1944, Traducción propia.

- [3] RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo, "Constitución Comentada por FINJUS", 2011, Santo Domingo, P. 275.
- [4] <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad>;
- [5] <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-administrativa>;
- [6] <https://dpej.rae.es/lema/discrecionalidad-t%C3%A9cnica>;
- [7] <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU MjEwsDtbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAHYQqwjUAAAA=WKE>;
- [8] LAGUNA PAZ, José Carlos, "Derecho Administrativo Económico", Segunda Edición, Editorial Aranzadi, 2019, PP. 368.
- [9] HERNANDEZ-GUIJARRO, "Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal", Fernando, Revista digital de derecho administrativo, n.º 25, primer semestre/2021, pp. 405-425.
- [10] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, "la discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", *Revista de la Administración, Pública*, N° 196, Madrid, enero-abril 2015, ps. 211-227.
- [11] LAGUNA PAZ, José Carlos, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Revista española de Derecho Administrativo*, 2017 Núm. 186 (Julio-Septiembre 2017), disponible en línea en: <https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa.PDF>
- [12] VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique "La Deferencia a favor de las Administraciones Públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo", Tesis Doctoral Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, para la obtención del título de Doctor en Derecho, disponible en línea en: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/ManuelVentura.pdf;
- [13] JORGE PRATS, Eduardo, "La moralidad del derecho administrativo", 6 de noviembre 2020, disponible en línea en: <https://hoy.com.do/la-moralidad-del-derecho-administrativo/>;
- [14] Op. Cit. 9.
- [15] Sentencia Administrativa N° 324/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Rec 1797/2016 de 12 de marzo de 2019, disponible en línea: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196d4b27000bc7b5614a430af12696ec75c>;
- [16] Artículo 41.a del Decreto No. 639-03, que establece el Estatuto Docente.
- [17] <https://www.diariolibre.com/actualidad/educacion/confirmado-se-filtraron-las-pruebas-del-concurso-de-oposicion-docente-AK29896886>
- [18] LAGUNA PAZ, José Carlos, "Derecho Administrativo Económico", Segunda Edición, Editorial Aranzadi, 2019, PP. 366.
- [19] Op. Cit. PP. 369.
- [20] Op. Cit. 382.
- [21] STC 219/2004 (RTC 2004,219).
- [22] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 13.
- [23] Op. Cit. 18, P. 401-402.

El mecenazgo deportivo. Reflexiones sobre un proyecto a medio camino

Germania Montás y Francisco Lapouble

En abril de este mismo año, fue recibido en el Senado de la República un proyecto de ley con el objetivo de establecer un régimen de incentivo y fomento del mecenazgo deportivo. Y es que, uno de los grandes retos que tiene el deporte en nuestro país es encontrar mecanismos que permitan establecer posibilidades de recibir financiamiento desde el sector privado, pero, de una manera regulada y que al mismo tiempo representen un atractivo para las empresas que se motiven a respaldarlo. A partir de esta iniciativa legislativa, queremos aprovechar la ocasión para poner de manifiesto cuestiones importantes que tienen que ser necesariamente abordadas para que el mecenazgo pueda ser implementado con éxito.

Acabamos de vivir un verano histórico en términos deportivos. República Dominicana llevó a Tokio su delegación más numerosa a unos juegos olímpicos. Durante la competencia, nuestros atletas obtuvieron cinco medallas, un hecho sin precedentes. Sin embargo, este éxito no fue fruto de la casualidad. El deporte de alto rendimiento exige un trabajo bien organizado que demanda sacrificio, esfuerzo y sobre todo mucho dinero.

En términos económicos, es sabido que el presupuesto que destina el Poder Ejecutivo para el deporte es muy limitado, incluso se ha reducido para el año 2022. Esa realidad, hace que la inversión privada sea más que un complemento, una herramienta fundamental para la construcción de proyectos deportivos cuyos objetivos se sostengan en el tiempo, garantizándonos atletas que puedan competir al más alto nivel en todos los ciclos olímpicos.

Existen muchos mecanismos legales por medio de los cuales las empresas apoyan económicamente al deporte alrededor del mundo. El más recurrido es el patrocinio, esquema comercial y lucrativo, que permite a las marcas acompañar a los atletas a través de contratos que crean la posibilidad no sólo de que el deportista sostenga su carrera deportiva, sino también mejorar sustancialmente su calidad de vida. Sin embargo, en esta oportunidad, desarrollaremos otra figura actualmente muy recurrida, que en el caso particular de nuestro país nos ha regalado muchas satisfacciones, hablamos del mecenazgo.

Una iniciativa que data de los tiempos del Renacimiento, cuyo surgimiento tuvo como objetivo colaborar de manera altruista con la protección y el desarrollo del arte y la cultura. En el deporte, el mecenazgo se entiende como una ayuda económica, sin contrapartida de la parte del beneficiario, que permite a las empresas desplegar sus estrategias de responsabilidad social y enfocarlas para el sostenimiento de atletas, instituciones y proyectos deportivos.

Ha sido tan importante el mecenazgo en el sistema deportivo dominicano, que aún sin tener un marco que lo regule y cree los incentivos necesarios, las más grandes empresas

de nuestros país e importantes empresarios se han motivado a utilizarlo con resultados que superan las expectativas. Ejemplo de esto lo constituyen, el programa CRESO, con su apoyo a nuestros atletas olímpicos, y el caso paradigmático del programa de selecciones nacionales de voleibol femenino. Para entender mejor la trascendencia, vale la pena resaltar que todas las medallas que logramos alcanzar en Tokio 2020 vinieron de la mano de deportistas que forman parte de CRESO.

Viendo como poco a poco son más las empresas que optan por apadrinar por medio de esta figura diferentes iniciativas deportivas, el proyecto de ley que reposa en el Congreso vendría en cierto modo a llenar un poco el vacío sobre la inversión y el apoyo al deporte por parte del sector privado que no fue contemplado en la Ley General de Deportes, No. 356-05, ni en ninguno de los proyectos tendentes a su modificación que a lo largo de estos últimos años han sido depositados en el Congreso.

Sin embargo, la lectura del proyecto que nos ocupa nos invita a reflexionar sobre diferentes aspectos que hemos identificado deben trabajarse enfocados en su mejora, algunos desde el enfoque del Derecho Deportivo, para permitir armonizar los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la ley con los principios y fundamentos que rigen hoy esta rama del Derecho (I). Otros, desde el punto de vista fiscal, pues al hablar de incentivos resulta necesario aterrizar bien los conceptos en materia impositiva para que los mecanismos que se aprueben logren realmente motivar a las empresas, sin importar su tamaño, en invertir en el deporte por medio del mecenazgo, pero además con los controles necesarios para evitar el abuso del mecanismo (II).

El mecenazgo en el Derecho Deportivo

Una de las primeras cosas que nos llamó la atención del proyecto es que arrincona la noción de mecenazgo en el artículo relativo a las definiciones. No lo retoma en ningún otra parte del texto, lo que priva al documento de un desarrollo completo de su concepto, específicamente del tratamiento y estudio de sus características esenciales.

La definición contemplada en el proyecto hace referencia al mecenazgo como una protección con características de donación. Plasmado de esa manera, se podría concluir que se trata de un hecho jurídico y no lo que realmente es, un contrato unilateral con regímenes y condiciones que, en esta ocasión, no han sido tomados en cuenta. Trabajar todo esto en el texto, sobre la base y con el espíritu de una buena técnica contractual contribuiría mucho a que sus efectos puedan materializarse sin confusiones, ni inconvenientes.

En el mismo apartado de las definiciones se introduce también el concepto patrocinio, limitándolo a una transferencia de bienes y servicios con carácter definitivo, dejando de lado que en esencia se trata de un contrato cuyo objeto es dar un soporte material a una manifestación, a una persona, a un producto o a una organización en vista de atraer un beneficio directo. En ese orden de ideas, es la primera vez que una ley desarrolla la definición del patrocinio, pues cabe destacar que la actual Ley de Deportes lo menciona, pero no desarrolla su concepto. Dada la importancia que tiene el patrocinio, siendo hoy

uno de los pilares de financiamiento de la industria del deporte, limitar su tratamiento a un espacio en el marco de una ley que trata otra figura diferente, sería incrementar el arroz con mango, pues le pasa por encima a detalles del patrocinio tales como la calificación del contrato, sus reglas generales y las obligaciones de cada una de las partes.

Uno de los principales problemas que tiene el Sistema Deportivo Nacional, para no salirnos de ese ámbito y terminar refiriéndonos a la administración pública del país, es sin dudas el exceso de instituciones, que muchas de ellas terminan quedándose en el papel, o acrecentando una burocracia que solo sirve para entorpecer los procesos en beneficio de intereses particulares. A pesar de esa triste realidad, el proyecto de ley contempla la creación del Consejo de Mecenazgo Deportivo, como órgano encargado de establecer las políticas públicas para el incentivo del mecenazgo deportivo, órgano que estaría adscrito al Ministerio de Deportes. Sin embargo, entendemos que su creación y funcionamiento, si es que llega a funcionar, complicaría el proceso de implementación del mecenazgo, pues estamos hablando de un ente conformado por diez miembros, con atribuciones poco claras, cuya convocatoria y quórum incluso complican el estudio y la evaluación de los proyectos que puedan ser sometidos para su aprobación. Un departamento en el Ministerio de Deportes, o asignarle la tarea a uno de los tantos viceministerios, sería una salida más viable, menos costosa y más aterrizada.

Los requisitos y el procedimiento para la aprobación del mecenazgo es un aspecto que el proyecto de ley aborda para tener un control sobre las actividades declaradas de interés social deportivo que puedan ser beneficiarias, tomando en cuenta la necesidad de atletas, asociaciones, federaciones y clubes. Este aspecto es muy importante, porque de esta manera se puede evitar que los fondos del mecenazgo sean orientados a actividades que no vayan en concordancia con los objetivos planteados en el proyecto.

Organizar y regularizar la inversión privada en el deporte es algo que desde hace mucho tiempo se ha venido solicitando, sobre todo la creación de incentivos que beneficien a las empresas, aspecto que en términos concretos constituye el atractivo más importante del mecenazgo.

Puntualizaciones sobre los incentivos que establece el proyecto de ley

Desde el punto de vista fiscal deben ser considerados varios aspectos a fin de que la ley sea de provecho para los deportistas, atractiva para aquellos que tienen recursos para estos fines y con mecanismos necesarios para evitar el abuso. Ninguno de los cuales queda expresado con claridad en el proyecto de régimen de fomento e incentivos fiscales al mecenazgo deportivo.

El primero es la claridad de la definición de mecenazgo como actividad esencialmente diferente al patrocinio, a la publicidad o a la inversión lucrativa. Para evitar posteriores problemas en identificar el alcance de los incentivos, debe estar establecido sin lugar a duda, que el mecenazgo puede alcanzar donaciones en dinero efectivo, en bienes, en facilitación de uso de inmuebles, en financiación de proyectos, pago de acreencias,

condonación de deudas, entrega de útiles deportivos, adecuación de infraestructura, etc. Todas estas modalidades, claro está sin fines lucrativos o sin contraprestación.

Esto último tiene particular importancia porque no puede de forma alguna confundirse la actividad empresarial lucrativa de invertir en deporte que las acciones de un mecenas. Este elemento puede hacer una gran diferencia entre convertir la ley en un incentivo a la actividad comercial deportiva o al fomento del mecenazgo deportivo.

El segundo aspecto que debe considerarse es la tipificación para fines tributarios del mecenazgo, a fin de que quede eximido del gravamen como una donación pura y simple.

De igual forma, es relevante redactar de forma correcta las exenciones fiscales que aplicarían para fines del Impuesto Sobre la Renta. Así, por ejemplo, lo más generalizado es que el monto de los gastos por la donación según la definición indicada en la Ley sea considerado total o parcialmente, un crédito del Impuesto sobre la Renta del donante o mecenas, o eliminar el tope del gasto deducible para donaciones establecido en el Código tributario, cuando se trate de una de las modalidades agrupadas como mecenazgo y que generen gastos del mecenas.

Se trata de definir cual modalidad se adoptaría, por ejemplo:

- Que una parte o todo el gasto del mecenas, que cumpla con los requisitos establecidos por la Ley y la reglamentación respecto a la forma y el fondo, se convierta en un crédito del impuesto sobre la renta liquidado. Pero además indicar si este crédito puede absorber totalmente el impuesto o nunca podrá exceder un porcentaje que se indique del mismo.
- Que el gasto del mecenas sea un gasto deducible en su totalidad (hoy para las demás donaciones existe un tope de 5% de la Renta Neta Imponible) de la renta bruta; es decir, que reduzca la renta gravada o base imponible del Impuesto Sobre la Renta.

Cualquiera de las dos modalidades puede utilizarse, lo importante es que se redacte de forma correcta para que no genere dudas de los beneficios que tendrá el mecenas y de cómo el fisco calculará el gasto tributario por este incentivo.

También debe esclarecerse el tratamiento tributario para aquellos casos en que un mecenas transfiera bienes inmuebles o vehículos de motor a un beneficiario, en este caso, convergen varios impuestos de transferencia de patrimonio, cuyo tratamiento debe quedar establecido en la ley. De igual manera, los efectos sobre el impuesto a la propiedad cuando el uso del inmueble corresponda en su totalidad a un beneficiario de la Ley de mecenazgo deportivo.

Asimismo, la ley debería establecer el tratamiento para fines del ITBIS cuando se proveen a título gratuito, bienes y servicios gravados con ese impuesto que independientemente de que sean donados, la ley establece que el proveedor debe pagar el impuesto. Cuando no existe la exención.

El tercer elemento fundamental, es la definición de quien puede beneficiarse de las donaciones que realiza el mecenas y las obligaciones frente a la Administración Tributaria tanto del mecenas, como del beneficiario para optar por el incentivo fiscal. Esta parte es esencial para satisfacer la necesidad de control de la Administración Tributaria y que pueda evitarse el abuso de los beneficios de la ley.

Lastimosamente, el proyecto de Ley depositado en el congreso en abril de 2021 no trata con toda la propiedad y detalle necesarios el tema de los incentivos fiscales, incluso contiene errores como el de citar el impuesto a los ingresos netos, que no existe en el país. Redactar con propiedad y claridad el incentivo, reduce los conflictos en su aplicación y da seguridad a los interesados, por lo tanto, es la mejor garantía para el éxito de la ley.

El proyecto de ley que acabamos de comentar es una iniciativa interesante, que trata de superar las trabas que han impedido el consenso para la creación de una nueva ley de deportes. Legislar de manera particular sobre la figura del mecenazgo para fomentar la inversión privada es tanto posible, como necesario, sobre todo de cara a las medianas y pequeñas empresas locales interesadas en apoyar los proyectos de sus comunidades. Sin embargo, para lograr los aportes que supondrían su aprobación, resulta necesario trabajar las deficiencias jurídicas y fiscales que contiene el proyecto, pues de lo contrario estaríamos frente a otra normativa deportiva inoperante, ineficaz y muy probablemente natimuerta.

“Ley Zaldívar”, un despropósito para la Constitución

Erik Iván Acosta Soto

Promover un control de constitucionalidad contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en contra de actos de autoridad de la actual Administración Federal, en comparación con sexenios pasados, parece una constante. Ya sea porque el quejoso siente una afectación en su esfera jurídica de derechos; porque con sus actos invadió competencias o surgieron conflictos con otros poderes del Estado; porque al crear una norma o disposición de carácter general, contradice al marco constitucional; etc.

La aprobación de la denominada “Ley “Zaldívar” por parte del Congreso General, no es la excepción, por lo siguiente:

Dicho Congreso, conformado tanto por la Cámara de Diputados como la de Senadores, son órganos constitucionales del Estado generadores de las normas con rango de ley, facultad que, entre otras, se encuentran enlistadas en la Constitución Federal.

Dichas normas que emanan de estos órganos, se encuentran revestidas de una presunción de constitucionalidad hasta que las mismas son declaradas inconstitucionales, como lo tuvo en su momento, el artículo Décimo Tercero Transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por medio del cual se pretendía extender el mandato del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, así también, a los integrantes del Consejo de la Judicatura Federal (“Ley Zaldívar”), cuya redacción se contraponen con el marco constitucional.

Ante lo cual, una minoría de Senado Mexicano, promovieron una demanda de acción de inconstitucionalidad con la finalidad en denunciar ante la Suprema Corte, la posible contradicción entre la Carta Magna y una norma de carácter general de menor jerarquía, carácter que tiene la LOPJ. El Máximo Tribunal Constitucional a través del medio jurisdiccional de control constitucional citado (AI 95/2021), en pleno y por unanimidad de 11 votos, declaró la invalidez del artículo en cuestión.

Haciendo un paréntesis y trasladándose al año de 2019, el ahora exgobernador electo Jaime Bonilla junto con el Congreso de Estado de Baja California, a través del decreto No. 351 publicado en el Diario Oficial de esa entidad federativa (“Ley Bonilla”), igualmente y en las mismas condiciones que la “Ley Zaldívar”, pretendían extender su mandato de de 2 a 5 años. Situación que orillo a que ciertos órganos constitucionales y entidades de interés público presentaran una demanda de acción de inconstitucionalidad con el fin de que la Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad de dicho decreto. A lo cual, por medio de la AI 122/2019, la Suprema Corte de Justicia, en pleno y por unanimidad de 11 votos, declaró la invalidez del Decreto No. 351.

Sentando precedente y es un referente sobre los criterios y posicionamientos que tiene el Máximo Tribunal Constitucional por lo que hace al tema de extensión de mandato. Cabe señalar que si bien, tanto la “Ley Bonilla” como la “Ley Zaldívar” no tienen el mismo contexto, guardan entre sí una gran similitud en cuanto a los modos de aprobación por parte del Poder Legislativo, pero sirve de ejemplo. El cual debió serlo para el Congreso General a la hora de aprobar el artículo Décimo Tercero Transitorio de la LOPJ.

Junto con lo anterior, hay principios constitucionales que también se tuvieron que tomar en cuenta, como el Principio de Supremacía Constitucional, previsto en el artículo 133 de la misma Constitución Federal. El cual implica que, las leyes secundarias se encuentran en un plano jerárquicamente inferior a la Carta Magna; en consecuencia, ésta no puede ser modificada por la LOPJ, cuyo artículo en cuestión se aprobó sin ninguna reserva, ni cambios, ni con la menor intención de tratar de adecuarlo al marco constitucional.

¿En qué momento o en qué punto el Congreso General consideró posible el intento de extensión de mandato, teniendo como herramientas presentes dictados por la Corte y principios constitucionales contemplados en la misma Constitución?

Finalmente, y para concluir, comparto un principio de derecho (axioma) que, hoy más que nunca cobra gran relevancia, “Ignorantia juris non excusat”.

La motivación en los actos procesales del juicio contencioso administrativo

Adonis L. Recio

Los motivos o fundamentos de una decisión (administrativa o judicial) legitiman al funcionario; no es coincidencia que este requisito *sine qua non* se contemple no sólo por la legislación especial contenida en la Ley No. 107-13 en su art. 9 que nos indica que estos motivos son causa de invalidez de los actos administrativos *Párrafo II. La motivación se considerará un requisito de validez de todos aquellos actos administrativos que se pronuncien sobre derechos, tengan un contenido discrecional o generen gasto público, sin perjuicio del principio de racionalidad previsto en el Artículo 3 de esta ley.*

En el caso del control jurisdiccional las Sentencias del Orden Judicial y los Tribunales Extra-Poder deben expresar el por qué una decisión ante otra; es allí donde el intelecto del emisor -Tribunal Unipersonal o Colegiado- se lleva al máximo pues debe contraponer intereses públicos vs derechos fundamentales del “particular” **en principio** ya que, el pasado reciente ha demostrado que estos conflictos tienen un radio amplísimo en comparación con la clásica referencia de la litis Estado-persona. Sobre este particular, primero el Código de Procedimiento Civil, art. 141, (supletorio en la materia) prevé la necesaria exposición de las razones que, en la parte considerativa de la decisión, deben residir, veamos: *La redacción de las sentencias contendrá los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados; los nombres, profesiones y domicilio de las partes; sus conclusiones, la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, **los fundamentos** y el dispositivo.*

De manera más específica, el precedente TC/09/13[1] del Tribunal Constitucional Dominicano esclareció las directrices de una correcta motivación de sentencias, como sigue: *“G. En consideración de la exposición precedente, el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales del orden judicial requiere: a. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b. Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c. Manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; d. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que Establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y e. Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional. Págs. 12-13.*

En el presente caso nos referiremos al deber de motivación del acto procesal en lo Contencioso Administrativo a partir del artículo 23 de la Ley No. 1494, también adoptado por el artículo 158 del Código Tributario Dominicano. Si bien estas disposiciones se imponen por su especialidad, es necesario ser reiterativo en que, el Derecho Común también exige que el acto de emplazamiento debe contener, como nos refleja TAVAREZ, Froilan *objeto de la demanda y medios en que se funda* ELEMENTOS

DE DERECHO PROCESAL CIVIL, año 1995, pág. 59, esto a sabiendas del carácter residual de estas exigencias frente al art. 29 de la Ley 1494.

En el quehacer de lo Contencioso Administrativo se exige a **todo reclamante** que su instancia, reclamo o recurso debe contener la transcripción o aporte[2], las conclusiones u objeto de la demanda, y lo más importante que sus fundamentos o *medios de derecho* no se divorcien del caso, como sanciona el artículo 23 de la Ley No. 1494 en su parte *in fine*. Sobre el particular, el tratamiento del Tribunal Superior Administrativo, e incluso la Suprema Corte de Justicia (SCJ) fue tan estricto como ocurría con aquellos tristes recursos elevados por ex servidores públicos que, fueron víctimas del “no ejercicio de los recursos en sede administrativa” mismo que posteriormente se dejó sin efecto no solo por disposición de la Ley No. 107-13, sino por la variación de criterios de estas altas cortes dejando en una situación de desigualdad injustificada a los casos que ya tenían la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada por la aplicación rígida de los artículos 73-74 de la Ley No. 41-08.

En la actualidad, toda norma debe superar el filtro del *test* de razonabilidad emulado por el Tribunal Constitucional Dominicano mediante precedentes TC/066/18, TC/722/17, TC/445/19 y TC/230/14, y en esa virtud debemos cuestionarnos ¿es útil dicha disposición contenida en el artículo 23 de la Ley No. 1494 respecto de los medios de derecho?

El Tribunal Superior Administrativo -sin realizar el referido *test* o de manera implícita- ha manifestado que estos requisitos no son tan estrictos como fueron antes, es así como se puede citar la SENTENCIA NO. 030-1643-2021-SSEN-00389, dictada por la Quinta Sala Liquidadora del Tribunal Superior Administrativo en fecha 20 de septiembre del año 2021, en donde señaló que, si bien *su instancia hace ínfima referencia a los hechos y los textos legales sobre los cuales sustenta su recurso, sin embargo, entiende que, con el simple hecho de mencionarlos incluso de manera sucinta, la misma cumple con lo que dispone el texto legal en ese tenor (pág. 6, párrafo 13).*

Esta decisión resulta desacertada, y no por el cumplimiento estricto de una disposición LEGAL sino porque esa interpretación transgrede el derecho de defensa y tutela judicial efectiva de la CONTRAPARTE, es decir, la Administración Pública encausada que, de la transcripción indiscriminada -que usualmente realiza el reclamante- NO puede deducir violación a sus derechos fundamentales u ordinarios, debido proceso y demás; es por ello que se requiere que MINIMAMENTE se oriente al Estrado en qué sentido debe realizar su evaluación a la actuación administrativa, pues el Juez Contencioso Administrativo en materia ordinaria NO cuenta con un papel activo por efecto de la validez del acto administrativo ante reclamos deficientes e infértiles que no cumplen con la indicación si quiera sutil del cómo se infringió sus derechos por acción u omisión.

Referencias:

1. Sentencia núm. 030-04-2018-SSEN-00017 del 30/1/2018, dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo.
2. Sentencia No. 030-1643-2021-SSEN-00389, dictada por la Quinta Sala Liquidadora del Tribunal Superior Administrativo en fecha 20 de septiembre del año 2021.

3. Código de Procedimiento Civil.
4. Ley No. 1494 de fecha 2 de agosto de 1947.
5. Ley No. 107-13 de fecha 6 de agosto del año 2013.

[1] Disponible en línea en la pagina oficial del TCRD, <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000913/>

[2] *La imposición del suministro ante la jurisdicción contenciosa administrativa del acto impugnado por la reclamante a pesar de parecer un requisito obsoleto tomando en consideración lo desfasada que se encuentra la Ley 1494 –en ese aspecto- de las facilidades que ofrecen los medios electrónicos, impresiones, portales web (entre otros) para conocer del contenido de un acto de administración, protege la valoración que podría ofrecer esta Corte que por encontrarse en una imposibilidad material no esté apta para rendir una decisión acorde a los principios constitucionales. Una vez observada la solicitud de recurso contencioso administrativo depositada por la parte recurrente es evidente la inobservancia de la misma al artículo 23 de la Ley núm. 1494, el cual exige ciertos requisitos de forma, dentro de los cuales se encuentra el de anexar o transcribir los actos impugnados ante esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que al tampoco haber sido subsanado en un hipotético escrito ampliatorio o de réplica con el depósito de la 31 resolución núm. 00015-2013, procede la declaratoria de **inadmisibilidad del recurso** que nos ocupa, Sentencia núm. 030-04-2018-SEN-00017 del 30 de enero del año 2018, dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo.*

Sentencia TC/0317/21: ¿es inconstitucional un enunciado no normativo?

Amaury A. Reyes-Torres^[1]

El Tribunal Constitucional dominicano, mediante la reciente Sentencia TC/0317/21, pronunció la inconstitucionalidad del texto previsto en el artículo 41 de la Ley 358-05 de Protección General del Consumidor bajo el argumento que viola el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa. Según los accionantes y el tribunal, “*por contener restricción a la importación o despacho de mercancías en las aduanas dominicanas de productos de consumo importados cuyo etiquetado o rotulado no se encuentre por lo menos, en español, en violación de los artículos 40.15, 46, 50, 217, 218, 219 y 221 de la Constitución de la República.*” (TC/0317/21: 2).

En otras palabras, el texto impone una obligación/prohibición de importar artículos desde el extranjero sin que tenga todo lo relativo a los rótulos en español y no en otro idioma. En este caso, sostuvo, el haberlo traído en inglés e impedirle la liberalización de los bienes, impedía el ejercicio de la empresa y que solo tenía razón de ser el mandato una vez que ya está a punto de ser comercializado. La reciente decisión del Tribunal Constitucional respecto al artículo 41 de la Ley 358-05 presenta varios aspectos interesantes. Entre los tantos para un juicio crítico está sobre la disposición o texto jurídico cuestionado.

Sobre normas y proposiciones: ¿es el artículo 41 de la Ley 358-05 una norma o una proposición?

La pregunta importante para lo que nos concierne es ¿realmente el artículo 41 de la Ley 358-05 un mandato? ¿es realmente dicha disposición una prohibición u obligación? Veamos el texto:

Art. 41.- La Dirección Ejecutiva de Pro Consumidor, en coordinación con la Dirección Ejecutiva de Normas y Sistemas de Calidad (DIGENOR) establecerá mediante reglamento, los plazos mínimos previos a la fecha de expiración que deberán ser satisfechos para la internación de los bienes perecederos de origen importado. Este reglamento deberá prever que la Dirección General de Aduanas no autorice el despacho de importación de productos de consumo que no cumplan con este requisito, que no tengan registro sanitario, que no tengan fecha de expiración, cuya fecha de expiración se encuentre vencida, cuyas etiquetas o rotulados no estén por lo menos, en idioma español o que no tengan las advertencias de salud conforme a las normas vigentes, cuando corresponda.

Antes analizar la disposición debemos desarrollar brevemente nuestro marco de análisis. Dentro de las características que identifica al derecho es que el lenguaje jurídico se integra de enunciados prescriptivos, es decir, enunciados que regulan la conducta por medio de mandatos, órdenes, prohibiciones, permisos, habilitaciones y demás (Prieto Sanchís, 2015: 41-44). Dentro de a teoría jurídica este tipo de enunciados expresan un modo deóntico. La modalidad deóntica refiere a aquello que es debido u

ordenado, que prescribe, por ello estos enunciados lingüísticos prescriben algo que debe ser realizado o no realizado (Alexy, 2008: -35-36; Capella, 2008: 67-69), es decir, un determinado mandato (Guastini, 2014: 265). Su contenido no es verificable en términos de falsedad o veracidad sino en términos si se ha cumplido o no se ha cumplido la prescripción o mandato, si se obedeció o no obedeció lo debido u ordenado (Mendoza, 2008: 31).

Tradicionalmente, quizá por intuición, consideramos que toda disposición o enunciado lingüístico jurídico es en sí una prescripción. Pero, esto no es del todo cierto (Moreso, 2000: 107). Ciertamente es que todo sistema normativo para que sea tal tiene que existir, por lo menos, una norma jurídica, pero, no deja de ser un sistema jurídico por el hecho de que existan enunciados no prescriptivos, es decir, enunciados descriptivos. La categoría general de los enunciados descriptivos refiere a las proposiciones, aquellos enunciados que dan cuenta o describen algo y que tanto su veracidad como falsedad puede ser verificada (Mendoza, 2008: 27). Enunciados como “está lloviendo”, “el suelo está mojado” o “hay un accidente en la carretera” comunican algo que está en la realidad o apreciación sobre un hecho o circunstancia, que puede ser cierto o bien falso.

Mientras la expresión “hay poco cambio disponible” es una proposición que puede ser verificado y que intenta describir algo. Ahora, el enunciado “no pague con billetes mayores a RD\$500.00” es un enunciado prescriptivo. Este enunciado prescriptivo es un enunciado normativo. ¿por qué es normativo? Porque refiere a la prescripción; ¿por qué prescriptivo? Porque existe un modo deóntico en dicho enunciado; ¿y qué supone ese modo deóntico? Una orden, una prohibición, permiso, habilitación, impedimento, etc. Por ello que para que un enunciado realmente sea normativo o tenga efectos normativos debe ser prescriptivo, es decir, expresar un modo deóntico o un determinado mandato positivo o negativo.

Como un sistema jurídico tiene tanto proposiciones como normas, no pueden ser equiparados. Esto no significa que, como todo lo que es producto del ser humano, no pueda ser complejo. Entran en escena unos enunciados que son descriptivos, pero, lo que describen – más que una situación, hecho, circunstancia, persona o cosa – es una norma o acto normativo. Este tipo de enunciados se denominan proposiciones normativas. Para la finalidad de este comentario, evitaré las distintas controversias o discusiones sobre la relación entre enunciados proposicionales y las proposiciones normativas; no viene al punto del análisis de la Sentencia TC/0317/21 del Tribunal Constitucional dominicano.

Lo que sí interesa es que las proposiciones normativas dan cuenta de que en el sistema jurídico existe un enunciado normativo o con efectos normativos (Bulygin, 2021: 206; Navarro, 2012: 631; Alchorrón y Buligin, 1976: 171-172). El objeto de la descripción es que existe o puede existir una norma jurídica o un acto con efectos normativos (Alchourrón y Bulygin, 2021: 218). ¿por ser una proposición normativa no es susceptible de verificación en cuanto a su falsedad y veracidad? Sí, si pueden. De hecho, aquello que es cierto o no es si en el sistema existe dicha norma que describe o da cuenta de esto. Por ejemplo: “existe una ley en el sistema jurídico que prohíbe la venta de pizza con

piña”, acá se describe que existe esta ley, pero ¿existe? Al menos en el sistema jurídico no existe, por lo que dicha proposición es falsa. La proposición no es el aspecto normativo sino la norma en sí a la cual hace referencia, en caso de que existiese.

El artículo 41 de la Ley 358-05 es una proposición normativa no susceptible de control concentrado de constitucionalidad

El artículo 41 prevé que Proconsumidor, en coordinancia con DIGENOR, elaborarán un reglamento. Veamos, nuevamente, su texto:

Art. 41.- La Dirección Ejecutiva de Pro Consumidor, en coordinación con la Dirección Ejecutiva de Normas y Sistemas de Calidad (DIGENOR) establecerá mediante reglamento, los plazos mínimos previos a la fecha de expiración que deberán ser satisfechos para la internación de los bienes perecederos de origen importado. Este reglamento deberá prever que la Dirección General de Aduanas no autorice el despacho de importación de productos de consumo que no cumplan con este requisito, que no tengan registro sanitario, que no tengan fecha de expiración, cuya fecha de expiración se encuentre vencida, cuyas etiquetas o rotulados no estén por lo menos, en idioma español o que no tengan las advertencias de salud conforme a las normas vigentes, cuando corresponda

Para lo que nos interesa es lo siguiente: la segunda oración indica que es lo que estará en ese reglamento, qué finalidad tendrá y que regulará y cómo. A primera vista, uno puede traducir esto en una prescripción respecto a los importadores, pero ¿realmente es así?

Es cierto que la disposición se trata de una norma o un enunciado prescriptivo, pero, no exactamente como lo juzga el Tribunal Constitucional, con todo respeto. Es cierto que es una norma porque prescribe la obligación de DIGENOR y Proconsumidor emitir un reglamento; es una norma porque indica que el reglamento que emitirá Proconsumidor con DIGENOR deberá tener ciertos elementos, ya que lo requiere la ley. Pero ¿eso quiere decir que para los importadores existe una prohibición de importar productos sin la debida traducción de los rótulos?

No, de hecho, ninguna parte de la disposición tiene como destinatarios los importadores o demás personas que ejercen el comercio: lo que prevé es un anuncio o descripción a esas personas que: 1) Proconsumidor y DIGENOR emitir un reglamento; y 2) qué es lo que tendrá ese reglamento. En Ningún momento observamos una prescripción contra los importadores y demás, por ende, no tiene efectos normativos hacia ellos sino efectos hacia Proconsumidor y DIGENOR de dictar el reglamento y con un contenido ya indicado.

Si la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido constante, es que solo puede examinar disposiciones normativas (TC/0052/12; TC/0053/12; TC/0054/12; TC/0071/12; TC/0284/14), que como dijimos se refieren a disposiciones prescriptivas. Pero, para los comerciantes o importadores no existe prescripción alguna sino una proposición

jurídica de lo que tiene y vendrá en esa norma reglamentaria, incluso si dicha proposición está en la ley. De hecho, al no existir la norma, podría decirse que no es vigente y aún válida, bajo la visión kelseniana del Tribunal Constitucional dominicano de la norma (Cfr. TC/0169/13). Si la norma reglamentaria existiese, la situación es distinta; pero, si la norma reglamentaria no existe, ¿qué disposición normativa está evaluando el tribunal que provoca una infracción constitucional?

Me parece que ninguna, dado que se trata de un simple enunciado que dará cuenta de que va a existir un reglamento con un contenido dado, por lo que para poder admitir o no la acción directa, el Tribunal Constitucional debió verificar si realmente esa norma reglamentaria existía, de lo contrario la proposición normativa en esa disposición proposicional normativa es falsa y sin efecto normativo alguno. La acción directa de constitucionalidad procede para el control de los actos normativos de los poderes públicos (TC/0052/12; 252/14; TC/0606/25), no para enunciados que no proyecta prescripción o efecto normativo alguno.

Si solo la acción directa procede contra disposiciones normativas y esta es una disposición o enunciado normativo, me parece que existían buenas razones de que el Tribunal Constitucional no admitiese la acción directa de inconstitucionalidad porque no se trata de un enunciado normativo de aplicación general o un acto con efectos normativos que caiga dentro de las excepciones anunciadas por el Tribunal Constitucional. Frente a los distribuidores, importadores y demás comerciantes, no estaban bajo la existencia de una prescripción; entonces, si el modo deóntico se refiere a que se debe emitir un reglamento y que el reglamento debe tener unas características y mandatos, la disposición se refiere a otra situación que no se ha dado, que de materializarse hablaríamos de un reglamento normativo. Pero, el artículo 41, tal como está expuesto en sí es una proposición no susceptible de control de constitucionalidad.

Quizá si el argumento fuera de que se ordena a DIGENOR y Proconsumidor dictar un reglamento y el objeto de este es incompatible con el principio de legalidad o violatoria a la reserva de ley, la situación es distinta porque se ataca directamente la prescripción sobre DIGENOR y Proconsumidor de elaborar un reglamento como lo indica el artículo 41 de la Ley 358-05. Pero, este no es el caso: se trataba de importadores con rótulos no traducidos que no les permitiría la entrada en base a disposición, pero, dicha disposición no prevé el modo deóntico a ese fin, **solo anunciado que el sistema tiene o tendrá una norma con dichas características**, pero, como bien ha sostenido el TC en otros contextos, no puede controlar la constitucionalidad de normas inexistentes. En consecuencia, el TC debió declarar inadmisibile la acción directa por no tratarse de una disposición con efectos normativos sino una proposición normativa.

Por lo regular preguntar porque es importante tener en cuenta el lenguaje jurídico y su construcción no siempre es algo claro, preciso y fácil de determinar, pero, está ahí. No es lo mismo una proposición, norma o proposición normativa; de hecho, ni siquiera no es lo mismo una norma que un acto con efectos normativos en algunos casos. Ahora bien, si la disposición que se cuestiona no supone prescripción o efecto prescriptivo sobre los accionantes, no podemos hablar de una disposición normativo y, por ende, el

Tribunal Constitucional se encontraba imposibilitada a juzgar una disposición que no tenía efectos prescriptivos o normativos sobre los accionantes sino únicamente contra Proconsumidor y DIGENOR. En consecuencia, esta sentencia nos ofrece un interesante ejemplo del por qué la distinción entre norma, proposición y proposición normativa es válida y útil.

Bibliografía:

Carlos Achourrón y Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (1976)

Carlos Achourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (2021)

Daniel Mendoca, *Las claves del derecho* (2008)

Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (2015)

Juan José Moreso, "El lenguaje jurídico" en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, *El derecho y la justicia* (2000)

Juan Ramón Capella, *Elementos de análisis jurídico* (2008)

Riccardo Guastini, *Otras distinciones* (2014)

Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (2008)

[1] Amaury A. Reyes-Torres, abogado, magíster en Derecho de la Regulación Económica (PUCMM-RSTA), magíster en Derecho Constitucional (UNIBE), y magíster en Justicia y Derecho Internacional (Fordham University, NY); diplomado en "Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional humanitario" por la Academia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Washington College of Law, Washington, D.C. Pasante para el Juez Denny Chin en la Corte de Apelaciones Federal en los Estados Unidos para el Segundo Circuito (2016). Ex Presidente del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (COLADIC-RD). Letrado del Tribunal Constitucional dominicano (2012-2017). Socio y gerente de Litigios de la firma De Camps, Vásquez y Valera. Docente en la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en Derecho Constitucional, así como en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), en las materias: Procesos y Procedimientos Constitucionales; Derecho Constitucional e Interpretación Constitucional; y Teoría y Filosofía del Derecho.

El argumento libertario a favor de la vacuna obligatoria

Amaury A. Reyes-Torres

El liberalismo libertario concibe a la libertad individual como un supremo valor. En tal virtud, la filosofía libertaria se inclina hacia la voluntad del individuo de lograr sus propios planes o deseos, así como para cuidarse. Por ello el Estado y su intervención, muy cercano a la filosofía anarquista, no tienen la plena confianza del individuo, pues este considera la legitimidad del Estado como cuestionable para intervenir en la persona, su cuerpo y las decisiones que adopta, no solo respecto a sí mismo, sino también respecto a su propiedad.

En este esquema, no entraré a criticar las fallas del liberalismo libertario (que las tiene), sino determinar si en el contexto actual del COVID-19 ¿puede el libertarismo ser una barrera absoluta frente a los mandatos de vacunación u otros mandatos de salud pública? Aunque el libertarismo critica ciertas instancias del mal llamado “colectivismo”, cuando se trata de situaciones sistémicas e indiscriminadas, como el mandato a la vacunación, puede aceptar que existan buenas razones para su materialización sin que eso suponga una violación a los derechos individuales.

Primero, el libertarismo, entendido en su puridad, persigue la reducción de la partición del Estado o gobierno, excepto en aquellos bienes públicos necesarios. Entendiendo como; dígame, los indispensables o aquellos que son necesarios para la propiedad efectiva de mis derechos individuales o “libertad absoluta” que procuro. Dentro de estos bienes públicos para la promoción de la propia libertad están la salud pública y las medidas contra epidemias y contra enfermedades peligrosas (Samuel Freeman, 2018: 115).

Segundo, ante problemas de dificultad moral grande, donde los principios básicos del libertarismo no parecen dar una respuesta clara, existe una ponderación utilitarista. En efecto, la persona libertaria debe preguntarse sobre el costo-beneficio de la problemática existente y lo que debe tomarse en cuenta ([Levy, 2021](#))

- ¿Tenemos disponibilidad de información sobre las vacunas? Por ahora hay bastante información al respecto, incluso sobre la efectividad, sobre todo para miembros del sistema de salud.
- ¿La información es transparente? HayEs fácilmente accesible acceder a estudios fácilmente accesibles y de hecho ya hay protocolos para uno iniciar estudios propios para determinar la efectividad de las vacunas.
- ¿Es importante la información? Sí, porque permite saber su aplicación, quiénes están incluidos y excluidos, y qué hay que hacer en casos de efectos secundarios y re-contagios sin hospitalización.
- ¿Hasta qué punto habrá o no coerción en la exigencia del cumplimiento de la obligación? No existe, en sentido general, coerción corporal ni chantaje psicológico, sino empujoncitos (*nudges*) de acceso a los medios para poder desarrollar los planes de cada quien.

No está del todo claro cómo las vacunas no representan un acto beneficio respecto a sus costos. Todo parece indicar que existe un consenso de que la mejor vacuna es la que hay y las que existen son buenas, pues reducen las posibilidades de la hospitalización por COVID-19 es la hospitalización y las vacunas ayudan a reducir las posibilidades de que esto ocurra. En consecuencia, la persona libertaria tendrá suficiente información de los beneficios para procurar la vacunación.

Tercero, a esto se suma un valor *pro libertad* -principio de *clean hands* o de manos limpias-, es decir, la prohibición de que el ejercicio de la libertad se una al concurso de voluntades con la intención de provocar daños (Brennan, 2016). Si se es *pro libertad* no hay opción en inclinarse a favor de la vacunación y de las medidas que la promueven, pero ¿por qué existe una obligación a ello? La razón es el elemento colectivo de la libertad en el sentido libertario y es que, si bien como libertario no tengo ninguna obligación hacia lo común, mi obligación reside en la imposición abusiva sobre otros y el daño generado en otros (Brennan, 2016: 3-4). Esto es razón suficiente para que el libertarismo apoye el mandato de vacunación y, a su vez, las medidas vinculadas a estas. Sobre todo, que, si la idea es evitar las cargas indebidas del Estado contra la libertad, con mucha mayor razón hay que oponerse a las cargas o daños indebidos que provoca un ser humano a otros sin su consentimiento.

Cuarto, existe otro principio del liberalismo libertario que da suficientes razones para justificar la obligatoriedad de la vacuna: el de *suficiencia individual*. Este alude a que, si la acción u omisión del individuo es suficiente para causar daño entonces existe una obligación en el individual de no realizar el acto, como de no incurrir en omisión (Blunden, 2018). Procurar este elemento reflexivo sería poner el foco en el sujeto mismo que tomará la decisión, sobre todo si la inmunidad de grupo no pueda alcanzarse o no sea suficiente ante posibles variantes.

Quinto, se suele confundir la prescripción o mandato con la coerción. La coerción es parte importante de la norma, más no condición necesaria. Pueden existir mandatos que tengan consecuencias jurídicas y otros, muy pocos, que requieren cierto nivel de coerción. Este no es el caso. No podemos olvidar algo importante y es que, libertario o no, hay consecuencias; con cada elección habrá consecuencias y deben ser asumidas si suponen crear un daño al otro. Las actividades no coercitivas pero que procuran la efectividad del mandato serán persuasivas para la persona libertaria, de lo contrario, el *no dañarás* libertario carecería de sentido.

Sexto, es importante tener claro que desde la óptica libertaria existe el mandato de ayuda a otros y si esto provoca o no una carga violatoria a mis derechos. Ciertamente, hay un mandato para ayudar a otros, pero esto no significa que nadie tendría una ventaja sobre mí ni poner mi cuerpo al servicio de otros; de hecho, mis propias metas podrían realizarse por el solo acto de constreñimiento: en otras palabras, el mandato no recae sobre mis fines de lo que es el significado de mi vida y mi voluntad sino sobre los medios que utilizo para llegar a ellos (Sarah Conly, 2018: 433).

Séptimo, los libertarios no están en igualdad de condiciones en relación con otros libertarios; esta es una de las críticas que, particularmente yo, se le realizan al liberalismo libertario. Por un minuto, evitemos la inerte discusión de cuál es el grado de igualdad permisible por los libertarios. Ahora, si el libertarismo es una visión del otro en igual condición y respeto, implicaría – presumiblemente – que el otro tiene buenas razones para obedecer el mandato estatal y no por ello pierde su status o renuncia a libertad.

Es decir, si tengo la autonomía o la soberanía necesaria de llevar a cabo mi vida conforme a mis planes y deseos, ¿tengo derecho de influir en los planes y deseos de otros? El significado de la vida que cada persona tiene para moldearla en ocasión del plan que cada quien tiene para sí mismo, pero no implica la posibilidad de que pueda moldearlos para otros (Nozick, 1974, 49-50). De lo contrario admitiríamos que el significado de la vida que tengo está sujeto a la condición de otro. Aceptar la posibilidad de que la libertad no provoque daños a terceros es propio de un sentido amplísimo y estricto del liberalismo, así como del liberalismo libertario.

Por ello que, en casos de salud o epidemias, por ejemplo, un grado de paternalismo es permitido, es decir, un paternalismo que suponga la protección de la libertad al proteger a otros (Cfr. Hayek). Así, el dueño del local, asumiendo que persigue o no una cierta idea del libertarismo, adoptará las políticas necesarias para la efectividad del mandato de las vacunas para evitar afectarse a sí mismo y a otros en el curso de sus actividades y así quedar con las *manos limpias*.

Por último, el paternalismo libertario es una aproximación metodológica del libertarismo que permite tener algunas garantías de que ciertas medidas no se excedan del mínimo tolerable. En su escrito, Thaler y Sustain (2003) son de la opinión de que el liberalismo libertario se basa en los siguientes aspectos, a saber: la aproximación más transparente posible; la aproximación que haría que la gente divulgue sus elecciones; y minimizar la cantidad de “bajas” de las medidas implementadas. Mientras más transparentes y explícitas puedan ser las opciones de la gente, se justifica una especie de paternalismo a favor de sí y de otros. Como darse de baja de la vacuna no es tanto una opción ante la permanencia del virus es posible que el análisis costo-beneficio permita a la persona libertaria inclinarse por la vacuna y presentar, por qué no, su tarjeta de vacunación.

Sea o no el Estado, todo esto iba pasar. ¿La diferencia? Que si no hubiese sido el Estado otro asumiría su rol, quizá con motivaciones distintas y ajenas a prevenir el daño. La salud pública es algo que va más allá del individualismo de personas ajenas a nuestras decisiones personales. Más que todo, pienso que se debe procurar el grado de buena fe con el que el Estado ponga en curso estas medidas, siempre bajo los dispositivos de control para evitar la discriminación, la arbitrariedad y la falta de sanidad en materia de salud. Esto permite que cada uno persiga su significado de vida o no interferir en la búsqueda del otro.

Al ser esto así, siguiendo lo anterior, la pregunta sería ¿Cuál es la mejor forma de maximizar mi libertad? No me considero libertario, pero, el mensaje es el mismo a lo largo y ancho del liberalismo: recuerda que la “libertad” no es posible si supone dañar a otro.

La regulación de publicidad exterior: arbitrios en bienes de dominio privado

Víctor A. León Morel[1]

Introducción

El término regulación es definido por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como *la función pública encomendada a órganos de la administración directa o a comisiones o agencias independientes, que comprende la aprobación de normas relativas a mercados o sectores económicos concretos, la supervisión y vigilancia de su cumplimiento por las empresas que operan en dichos mercados, especialmente para asegurar la libre competencia y la adopción, en su caso, de las medidas correctoras que procedan, incluida la imposición de sanciones*. En ese sentido, los ayuntamientos regulan ciertos aspectos que la Constitución, la Ley 176-07 sobre el Distrito Nacional y los Municipios, y otras normas le facultan en el marco de sus funciones.

Estos entes del gobierno local tienen dentro de sus facultades tienen la potestad de emitir arbitrios para gravar actividades dentro de su demarcación por el uso del suelo y aprovechamiento de espacios públicos, conforme lo establece nuestra Constitución en sus artículos 199 y 200, que expresan lo siguiente:

*Artículo 199.- Administración local. El Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales constituyen la base del sistema político administrativo local. Son personas jurídicas de Derecho Público, responsables de sus actuaciones, **gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa, administrativa y de uso de suelo**, fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes.*

Artículo 200.- Arbitrios municipales. Los ayuntamientos podrán establecer arbitrios en el ámbito de su demarcación que de manera expresa establezca la ley, siempre que los mismos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación ni con la Constitución o las leyes. Corresponde a los tribunales competentes conocer las controversias que surjan en esta materia

Dichas competencias se han visto reducidas drásticamente, en ocasión de que en muchos casos, los arbitrios entran en conflicto con alguna legislación nacional, imposibilitando que estos órganos de gobierno local puedan ejercer su función recaudadora a fines de desarrollar su demarcación territorial y ser económicamente autosuficientes[2].

El doctor Eric Rafal, precisa refiriéndose a los arbitrios municipales y al citado artículo 200 de la Constitución que *la potestad normativa en el contexto de descentralización y de la autonomía municipal en procura de la suficiencia financiera, se articula la capacidad de los ayuntamientos de establecer arbitrios municipales sujetos a las condiciones establecidas por la misma Constitución y las leyes las cuales, básicamente,*

garantizan una armonía con el ordenamiento general del Estado y las competencias de otros municipios. Esta capacidad incluye la creación de tasas así como impuestos locales siempre y cuando no impliquen una doble tributación[3].

El artículo 255 de la Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, establece lo siguiente respecto a la facultad de dictar arbitrios de los ayuntamientos:

Artículo 255.- Autonomía Financiera. Los ayuntamientos tendrán autonomía para establecer y exigir arbitrios de acuerdo con lo previsto en la Constitución y las leyes. Los ayuntamientos mantendrán los ámbitos para la fijación de arbitrios establecidos en las legislaciones anteriores y otros que existan a1 momento de aprobación de la presente ley.

Párrafo. Es competencia de los ayuntamientos, la gestión, recaudación e inspección de sus arbitrios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de otros organismos públicos y de las fórmulas de colaboración con otros municipios.

Asimismo, en el artículo 179 de la referida Ley núm. 176-07, del Distrito Nacional y de los Municipios, se establece que:

Los bienes de dominio público son los destinados por el ayuntamiento a un uso o servicio público.

Párrafo I.- Son bienes de uso público local, los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, plazas (sic), parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y vigilancia sean de la competencia del municipio.

Párrafo II.- Son bienes de servicio público los destinados al cumplimiento de bienes públicos de responsabilidad del ayuntamiento, tales como palacios municipales y, en general, edificios que sean sede del mismo, mataderos, mercados, hospitales, hospicios, museos y similares.

Párrafo III.- Para los fines de este artículo se consideran bienes de dominio público los espacios destinados para áreas verdes en los proyectos de urbanizaciones, sin alterar los derechos de los vecinos por otras legislaciones con el objetivo de garantizar la máxima protección jurídica de los mismos.

Habiendo establecido la base legal y constitucional para que los ayuntamientos dicten arbitrios, procedemos a analizar en el desarrollo del presente artículo si los mismos tienen la facultad de hacerlo respecto al espacio aéreo en la publicidad exterior cuando la misma se encuentra fijada en un bien de dominio privado, como es el caso de algunas vallas publicitarias o letreros, partiendo de los precedentes del Tribunal Constitucional Dominicano.

Naturaleza jurídica de los arbitrios

La doctrina pacífica ha precisado algunas diferencias entre los arbitrios municipales y los impuestos nacionales, asimilando los primeros a una tasa, en razón de que su cobro

y recaudación va ligado a la contraprestación de un servicio. Esto ha provocado que el Tribunal Constitucional exprese, en varias de sus sentencias, que en virtud de la necesaria contraprestación de los arbitrios, los ayuntamientos no pueden gravar bienes de dominio privado. Así, la sentencia **TC/0418/15** expresa lo siguiente:

“El impuesto es una clase de tributo caracterizado por no requerir una contraprestación directa o determinada por parte de la Administración o acreedor tributario. Su creación se debe a la ley, en razón de la potestad tributaria del Estado, y es una carga obligatoria que las personas y empresas deben pagar para contribuir al financiamiento de los gastos públicos. El impuesto es un cobro forzoso de carácter general, basado en un hecho imponible y su reglamentación y aplicación constituye el sistema fiscal de un país.”

Mientras que *“Los arbitrios municipales son pagos realizados por los contribuyentes como contraprestación de un servicio público ofrecido por parte de las municipalidades, cuya imposición está delimitada al ámbito territorial de la autoridad que la impone, por lo que carecen de alcance nacional y no pueden colidir, ni con la constitución, ni con la ley.”*

Otra sentencia importante respecto a los arbitrios municipales es la **TC/0067/13**, de fecha 18 de abril del año 2013, donde el Tribunal Constitucional precisó que corresponde al Concejo de Regidores la facultad para dictar arbitrios, estableciendo lo siguiente:

En virtud de lo dispuesto en el literal b), del artículo 271, de la Ley núm. 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, los arbitrios municipales deben ser establecidos por ordenanzas municipales, las cuales, deben emanar de los concejos de regidores de los municipios por ser la entidad jerárquica de la administración y gobierno local de los ayuntamientos, y que tiene la facultad para dictar las normas y directrices generales que serán implementadas en los municipios y distritos municipales que están dentro de su ámbito de competencia territorial.

La sentencia **TC/0055/13**, de fecha 9 de abril del año 2013, presenta un cuadro comparativo para diferenciar las tasas e impuestos, el cual citamos:

11.2. Será necesario, para determinar la alegada inconstitucionalidad, establecer la diferencia entre el impuesto y la tasa. En este sentido, en el marco de los regímenes impositivos, la diferencia existente entre tasa e impuesto “es que las tasas son la contraprestación de un servicio obtenido del Estado o de los poderes locales, mientras los impuestos son contribuciones generales pagadas para servicios públicos indispensables”. Estas diferencias conceptuales se encuentran plasmadas en el siguiente cuadro comparativo:

Cuadro Comparativo entre Tasas e Impuestos

Es la contraprestación de un servicio que el individuo usa en provecho propio

Es una contribución de los individuos al mantenimiento del Estado considerado como institución necesaria a la subsistencia de la vida colectiva

El sacrificio tiene en vista el interés particular y en forma mediata el interés general.

El sacrificio tiene en vista el interés general y en forma mediata el interés particular.

En principio no son obligatorias. Nadie puede ser obligado a utilizar los servicios ni perseguido porque prescinda de ellos; aunque al monopolizar el Estado ciertos servicios públicos que imponen tasas, su empleo es forzoso como consecuencia del monopolio y la necesidad. Esta forma indirecta de coacción es muy distinta a la coacción legal que presiona para el cobro del impuesto.

La coacción jurídica es categórica, general y uniforme. Todo individuo debe pagarlo; si se resiste y el Estado lo advierte, se le obliga por conminación administrativa al comienzo y por acción judicial después, pudiendo llegarse a la violencia material en caso de rebelión, como lo recuerdan diversos hechos históricos. La coacción jurídica actual tiene una base muy firme, en la forma democrática, representativa del Estado y en el sentido económico y social de las leyes.

Corresponden en su mayor parte a una organización del Estado formada con la base del dominio semipúblico, integrado con ciertos capitales, para prestar servicios con la idea predominante del interés colectivo.

Derivan del derecho que la Constitución asigna a las autoridades para constituir los fondos públicos.

De modo que, los arbitrios municipales requieren necesariamente que exista una **contraprestación** de un servicio por parte del gobierno local correspondiente, como por ejemplo, el pago por un permiso para uso de suelo, el pago de una tasa por publicidad exterior en aprovechamiento de un espacio público, entre otros. En términos generales, Fernanda Frías precisa que *los arbitrios municipales son tributos que las alcaldías aplican dentro de su jurisdicción mediante ordenanzas, como una contraprestación por los servicios dados a sus munícipes o por el aprovechamiento que éstos les den a uno de sus bienes, sin tomar en cuenta su capacidad contributiva*[4].

La cuestión a analizar entonces es, si los ayuntamientos están facultados para gravar la publicidad exterior, como en efecto lo están haciendo en la práctica todos los ayuntamientos, a fines de recaudar fondos para su municipio, sin realizar la distinción entre un espacio público o privado, o por el contrario, excedería sus facultades.

Facultad de los ayuntamientos para dictar arbitrios gravando la publicidad exterior en bienes de dominio privado

El proyecto de reglamento de publicidad exterior del Ayuntamiento del Distrito Nacional define la misma como el *medio masivo de comunicación, permanente o temporal, fijo o móvil, que se destine a llamar la atención al público a través de leyendas, o elementos visuales en general como signos o símbolos, dibujos, fotografías, estructura representativa o cualquier otra forma de imagen que pueda ser percibida en o desde la vía pública, con fines comerciales, culturales, turísticos, políticos de promoción o difusión, como también aquellas actividades destinadas a esos fines*[5].

Asimismo, la mayoría de las páginas web de los distintos ayuntamientos disponen de un servicio para el pago de publicidad exterior explicando que el mismo *consiste en otorgar los permisos correspondientes a la instalación para a diferentes elementos publicitarios, tales como: letreros, vallas, rampa, entre otros*[6].

Partiendo de lo anterior, no vemos mayores controversias en el caso de vallas y elementos publicitarios colocados en los espacios públicos del municipio, como por ejemplo un parque, una acera o parte de la calle, pues se cumple con el requisito de que exista una contraprestación entre el bien público aprovechado y la tasa, a modo de arbitrio a pagar, siempre y cuando no colide con un impuesto nacional.

El problema, desde nuestro punto de vista se encuentra cuando las vallas, letreros, rampas, y demás elementos publicitarios se encuentran en bienes de dominio privado. En esos casos, ¿Están facultados los ayuntamientos para gravar ese tipo de publicidad exterior? Nuestra respuesta es negativa y explicamos más adelante nuestros argumentos, basándonos en razonamientos de distintos precedentes del Tribunal Constitucional Dominicano.

En la sentencia **TC/0456/15**, de fecha 3 de noviembre del año 2015, el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución los artículos 2, 3, 7 letras b, c y d; 9 letras b y d; 11 letra a; 21, 27, 33, 35 letras a, b, c, d, f, h, i, j, k y l de la Resolución núm. 271905, que aprueba la propuesta de reglamento municipal de publicidad exterior para la ciudad y el municipio Santiago; y la Resolución núm. 2859-08, que establece las tarifas de rampas en el municipio Santiago, por violentar, respectivamente, el principio de legalidad tributaria municipal y el derecho de propiedad dispuesto en los artículos 200 y 51.2 de la Constitución, argumentando lo siguiente:

*12.2 Al respecto de tal situación, este órgano de justicia constitucional especializada debe señalar que de la aplicación combinada de los artículos 85 de la Ley núm. 6232, sobre Planificación Urbana, y 1796 de la Ley núm. 176-07, los ayuntamientos sólo tienen la potestad de regular lo relativo a la autorización y establecimiento de los requisitos para la instalación de los rótulos o anuncios **que se hagan o afecten bienes públicos municipales.***

*12.3 Tal atribución responde al hecho de que los ayuntamientos son los entes encargados de la administración, conservación y vigilancia de la utilización y explotación que den los munícipes a los **bienes pertenecientes a su municipio**.*

En la sentencia **TC/0418/15** de fecha 29 de octubre del año 2015, el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución los artículos: 1) 35, literal f) de la Resolución núm. 2719-05, dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del municipio Santiago el trece (13) de setiembre de dos mil cinco (2005); 2) 25.2 de la Resolución núm. 46-99, dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional el doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999); y 3) 15, literal f) de la resolución sin número dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del municipio Puerto Plata el once (11) de febrero de dos mil cuatro (2004), precisando lo siguiente:

El impuesto es una clase de tributo caracterizado por no requerir una contraprestación directa o determinada por parte de la Administración o acreedor tributario. Su creación se debe a la ley, en razón de la potestad tributaria del Estado, y es una carga obligatoria que las personas y empresas deben pagar para contribuir al financiamiento de los gastos públicos. El impuesto es un cobro forzoso de carácter general, basado en un hecho imponible y su reglamentación y aplicación constituye el sistema fiscal de un país.

Los arbitrios municipales son pagos realizados por los contribuyentes como contraprestación de un servicio público ofrecido por parte de las municipalidades, cuya imposición está delimitada al ámbito territorial de la autoridad que la impone, por lo que carecen de alcance nacional y no pueden colidir, ni con la constitución, ni con la ley.

En la sentencia **TC/0139/18**, de fecha 17 de julio del año 2018, el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución los artículos 25 y 26, literales a), c) y d), de la Resolución núm. 46/99, del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999) y la Resolución núm. 6/2004, del catorce (14) de enero de dos mil cuatro (2004), ambas dictadas por el Concejo de Regidores del Ayuntamiento del Distrito Nacional, estableciendo lo siguiente:

*10.2.15. Para lo que **no se encuentra facultado el municipio es para gravar, por lo indicado precedentemente, el establecimiento de publicidad exterior en bienes de dominio privado**. Sin embargo, esto no es óbice para que los ayuntamientos puedan regular la contaminación visual producto de un uso abusivo de la publicidad exterior —cualesquiera fueren sus fines— en esta clase de bienes —al igual que en aquellos del dominio público o patrimoniales—, pues conforme al párrafo I del artículo 79 de la Ley núm. 64-00, General sobre Medio Ambiente, dichos entes edilicios pueden —y, de hecho, deben— emitir normas —con aplicación exclusiva en el ámbito territorial de su competencia— para resolver situaciones especiales, siempre que las mismas garanticen un nivel de protección al medio ambiente, la salud humana y los recursos naturales, mayor que la provista por las normas nacionales, pues uno de sus fines principales ha de ser la conservación —libre de contaminación visual— de los paisajes municipales, como*

recursos naturales renovables que son, atendiendo a los criterios de racionalidad previstos para su aprovechamiento en el artículo 17 de la Constitución.

En la sentencia **TC/0121/20**, de fecha 12 de mayo del año 2020, el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución las: A) Resolución núm. 02-2007, de fecha 11 de enero de 2007, dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento de la Provincia y Municipio de San Cristóbal; B) Resolución núm. 004/2011, dictada por la Sala Capitular de la Junta Municipal La Guayiga, Provincia Santo Domingo veintinueve (29) de abril de dos mil once (2011); C) Resolución núm. 005, dada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Municipal El Cedro, Provincia El Seibo el dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012); D) Resolución núm. 03-2012, dada por el Concejo Municipal del Ayuntamiento del Distrito Municipal de las Lagunas de Nisibon, provincia La Altagracia el catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012); E) Resolución núm. 024-2007, dictada por la Junta Municipal de Cumayasa del Municipio de Villa Hermosa, provincia La Romana; F) Ordenanza núm. 01-2012-2013, dictada por el Concejo Municipal del Municipio de Consuelo, Provincia San Pedro de Macorís el veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), y G) Ordenanza núm. 07-2011, dictada por el Concejo Municipal del Municipio de Bajos de Haina, indicando lo siguiente:

*En este sentido se puede verificar que los arbitrios municipales son cargas que las alcaldías aplican dentro de su territorio como una forma de que **los servicios dados a los munícipes o el uso que estos le den a los bienes que pertenecen a los ayuntamientos sean compensados** con una contribución de parte del usuario del bien o del servicio municipal sin tomar en consideración su capacidad tributaria.*

Por último pero no menos importante, en la sentencia **TC/0535/20**, de fecha 29 de diciembre del año 2020, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Resolución núm. 21/96, librada por el Ayuntamiento del Distrito Nacional el 8 de febrero de 1996, que establece las tarifas de rampas en el Distrito Nacional, en razón de que este tipo de arbitrio debe ser cobrado una sola vez cuando se solicitan los permisos correspondientes y que las tasas cobradas anualmente por el Ayuntamiento del Distrito Nacional a personas físicas y jurídicas que utilicen las aceras de las calles y avenidas principales de la ciudad para penetrar a sus rampas devienen ilegales e inconstitucionales;

En vista de los anteriores precedentes vinculantes, somos de opinión que los ayuntamientos no tienen facultad para gravar bienes de dominio privado, en razón de que no existe una contraprestación del servicio. Esto, en nuestra opinión representa un problema frente a ciudades cada vez más industrializadas y cada vez más arropadas por la contaminación visual. En ese sentido, el profesor Cristóbal Rodríguez precisa que *una de las más difíciles cuestiones a cuya consecución debe propender el Estado es al equilibrio entre crecimiento económico, desarrollo humano y medio ambiente*[7].

Conclusiones

La antigua senadora de la provincia de Santo Domingo, Cristina Lizardo, sometió un proyecto de ley interesante que procuraba regular la contaminación audiovisual, fijando condiciones y requisitos de autorización, supervisados por los ayuntamientos[8]. El problema es que el proyecto que revisamos mantiene la competencia para fijar los arbitrios a favor de los ayuntamientos, cuando ya hemos precisado que si se encuentra en un bien de dominio privado, no puede gravarse mediante un arbitrio.

A nivel comparado, en España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2020 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Celsa Pico Lorenzo) se admite la potestad de los ayuntamientos para dictar arbitrios en bienes de dominio público o privado, estableciendo que es *competencia del Ayuntamiento regular sobre la contaminación visual derivada de la autorización de vallas publicitarias, sea en dominio público, sea en dominio privado, que es cuestionada por la recurrente en la medida en que considera que se trata de un concepto no establecido en el nivel de leyes estatales o autonómicas y que se presta a una apreciación subjetiva no amparada por el derecho.*

Lo correcto, conforme la naturaleza de los arbitrios y los precedentes citados del Tribunal Constitucional sería que el congreso apruebe una ley de contaminación visual que pueda crear un impuesto anual a esa publicidad exterior en bienes de dominio privado, y así mantener las ya reducidas potestades recaudadoras de arbitrios en los bienes de dominio público de los ayuntamientos.

Nuestra opinión es que la publicidad exterior en bienes de dominio privado debe regularse, ya que la contaminación visual debe tener una contraprestación para el Estado, debido a que afecta un derecho fundamental colectivo como lo es el medio ambiente. Es por esto que la Sentencia **TC/0491/17** se refiere a la responsabilidad regulatoria del Estado frente a actividades productivas que conlleven riesgos ambientales. Asimismo, la citada sentencia **TC/0139/18** reconoce la importancia de proteger a la comunidad de la contaminación visual, y la facultad de los ayuntamientos en bienes de dominio público al expresar que *“el municipio se encuentra facultado para gravar la publicidad exterior vinculada a este tipo de bienes con la finalidad de evitar que la contaminación visual afecte la comunidad, por efecto de una colocación —probablemente desmedida— de publicidad exterior.*

En conclusión, citamos al profesor Jose Carlos Laguna de Paz, cuando expresa que la regulación *es necesaria para prevenir los daños que comportan determinadas actividades, deparando protección a terceros, a la parte más débil o al propio interés general* [9], este último justificado por una necesaria regulación frente a una población que es bombardeada a diario con una contaminación visual en crecimiento constante.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Comentada por FINJUS, 2011, Santo Domingo, P. 394;
- FRÍAS, Fernanda, “Arbitrios municipales”, Acento Diario, 9 de abril 2019, disponible en línea: <https://acento.com.do/opinion/arbitrios-municipales-8669489.html>;
- Laguna de Paz, José Carlos, “Derecho Administrativo Económico, Segunda Edición, España, 2019, P. 81;

- REPÚBLICA DOMINICANA, *Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010* [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf>;
 - Proyecto de Reglamento de Publicidad Exterior del Ayuntamiento del Distrito Nacional, Disponible en Línea en: https://www.adn.gob.do/joomlatools-files/docman-files/Pro_discucion/Reglamento%20de%20Publicidad%20Exterior%20DN%20-VERSION%2021MAY2021.pdf;
 - Ver proyecto de Ley de Contaminación Visual de abril del año 2007, disponible en línea en: <http://www.senado.gov.do/masterlex/MLX/docs/1C/2/11/18/1BD1.htm>;
- [1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.
- [2] El artículo 5 de la Ley núm. 12-01 de fecha 7 de enero de 2001, que modificó el párrafo del artículo 341 del Código Tributario indicaba que en servicios de publicidad, la tasa aplicable era de un seis por ciento (6%). Posteriormente, el artículo 21 de la Ley núm. 495-06, derogó el párrafo del artículo 341 del Código Tributario, dejando a los Ayuntamientos la potestad de fijar arbitrios por publicidad exterior.
- [3] RAFUL PÉREZ, Eric, “Constitución Comentada por FINJUS”, 2011, Santo Domingo, P. 394.
- [4] FRÍAS, Fernanda, “Arbitrios municipales”, Acento Diario, 9 de abril 2019, disponible en línea: <https://acento.com.do/opinion/arbitrios-municipales-8669489.html>.
- [5] Proyecto de Reglamento de Publicidad Exterior del Ayuntamiento del Distrito Nacional, Disponible en Línea en: https://www.adn.gob.do/joomlatools-files/docman-files/Pro_discucion/Reglamento%20de%20Publicidad%20Exterior%20DN%20-VERSION%2021MAY2021.pdf
- [6] Ver página Web del Ayuntamiento de Santo Domingo Oeste, disponible en línea: <http://ayuntamientosdo.gob.do/publicidad-exterior/>
- [7] RODRÍGUEZ GÓMEZ, Cristóbal, “Constitución Comentada por FINJUS”, 2011, Santo Domingo, P. 156.
- [8] Ver proyecto de Ley de Contaminación Visual de abril del año 2007, disponible en línea en: <http://www.senado.gov.do/masterlex/MLX/docs/1C/2/11/18/1BD1.htm>
- [9] Laguna de Paz, José Carlos, “Derecho Administrativo Económico, Segunda Edición, España, 2019, P. 81.

Una propuesta de Administración Internacional Provisional para Haití

Luis Antonio Sousa Duvergé

El 11 de junio el secretario general (SG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) presentó un Informe sobre Haití dirigido al Consejo de Seguridad (CdS), identificado con la nomenclatura S/2021/559[1]. En dicho documento, el SG se refirió a los aspectos sociopolíticos y de seguridad interior más preocupantes, en ese momento. Entre esos elementos, destacamos:

i. el fallido intento de celebración de un referendun (aún hoy sin fecha cierta) para la aprobación de un muy controversial proyecto de reforma constitucional, que tampoco goza de consenso político;

ii. la situación creada por el entonces primer ministro, Joseph Jouthe, quien había renunciado a sus funciones, asumiendo de manera interina el entonces ministro de Relaciones Exteriores, Claude Joseph, con la encomienda de lograr la celebración de elecciones legislativas, locales y presidenciales que aún hoy no se han materializado;

iii. la gravísima situación de seguridad interior con una ola de secuestros y homicidios que aumentaron significativamente, tal como se comprueba en el informe presentado este año por la ONG Centro de Análisis e Investigación en Derechos Humanos radicada en Haití, que ha catalogado la situación como de “hegemonía del crimen en Haití”;

iv. aparte de que bandas criminales armadas bien organizadas controlan gran parte del territorio de Puerto Príncipe y otras zonas del país, quienes por demás se han asociado en una especie de confederación criminal, autodenominados como “*G9 an fanmi e alye*” para las bandas aliadas en la capital de Haití y que unidos con las demás bandas armadas existentes en Puerto Príncipe y con las que tienen “relaciones cordiales” se hacen llamar como el grupo “*G20*”;

v. asimismo, el SG también destacó en su informe el surgimiento de “*Fantom 509*”, grupo compuesto por agentes y exagentes de la Policía de Haití descontentos con la dirección de dicho cuerpo del orden, quienes en varias ocasiones salieron a las calles en motocicletas y descargaron sus armas de fuego provocando pánico y caos en la población y, por si fuera poco, asaltaron tres comisarías del Departamento Oeste de Haití y liberaron a 12 agentes que se encontraban detenidos.

Lógicamente, la caótica situación política y de seguridad interior reciente de Haití descrita a muy grandes rasgos en el párrafo anterior, no son más que eslabones de una larga y centenaria cadena de infortunios que azotan a ese país y que se ha visto inmensamente exacerbada por el magnicidio ocurrido el pasado 7 de julio del presente año. Desde enero de este año el Parlamento haitiano se encuentra disuelto y el hoy malogrado presidente estuvo gobernando en base a puros decretos. Resulta que una parte importante de la población haitiana entendía que el gobierno del hoy extinto presidente culminaba el pasado día 7 de febrero del 2021 por mandato constitucional,

pero éste estaba renuente a salir del poder en esa fecha y mantuvo su criterio, hasta el día de su asesinato, de que su salida debía producirse en febrero de 2022. De todas formas, al momento del magnicidio faltaban solo dos meses para la celebración de elecciones presidenciales pautadas para el 26 de septiembre de este año (que ahora han sido pautadas para finales del 2022), en la cuales Jovenel Moïse no podía participar.

Sobre el magnicidio, lo que más claro se tiene es que no se tiene nada claro. Incluso, el proceso de investigación se encuentra cuanto menos “estancado” pues el juez de paz, Carl Henry Destin, quien se encontraba a cargo de un equipo que investigaba el asunto, sufrió numerosas amenazas de muerte, aparte de las limitaciones de acceso al lugar del crimen y de obtención de pruebas no contaminadas. En adición, en fecha 14 de agosto se produce un terremoto de magnitud 7.2 en la escala de Richter, dejando más de dos mil muertos y centenares de desaparecidos. Se ha profundizado aún más la inestabilidad política pues, hace pocos días salió a la luz la supuesta vinculación con uno de los principales sospechosos del magnicidio con el hoy primer ministro interino de Haití, Ariel Henry, quien recientemente acordó junto a los partidos de oposición la creación de un “Gobierno transitorio”, que será “no partidista” y que estará integrado por personas “notorias”.

Ante todas estas calamidades, especialmente, luego del magnicidio, el Estado haitiano solicitó ayuda a la comunidad internacional. Solicitó que se desplegaran tropas militares de apoyo en suelo haitiano tanto a los Estados Unidos como a la ONU, a los fines de asegurar la seguridad en instalaciones claves del país. Ninguno de los dos atendió dicho llamado. Y esto resulta especialmente preocupante, debido a que el principal líder del grupo criminal G9 *an fanmi e alye*, llamado Jimmy Cherizier (alias Barbecue) en junio de este año ha llamado a la “revolución”[2], tratando de organizar a todas las agrupaciones criminales de los barrios obreros del oeste de Haití, como bien se indica en un informe de junio del 2020 de la ONG Fondasyon Je Klere (FJKL)[3]. Este llamado a la revolución de Cherizier no es solo contra el mismo Estado haitiano, sino también contra las más acaudaladas familias del país, de origen principalmente sirio y libanés.

La literatura más socorrida de Derecho Internacional identifica varios elementos que resultan esenciales para considerar la existencia de un Estado. Estos elementos que constituyen un Estado generalmente son: a) una población; b) un territorio; y, c) un gobierno[4]. A lo anterior se agrega el elemento del reconocimiento internacional y la posibilidad de que el Estado tenga la capacidad de exigir sus derechos y de cumplir con sus compromisos internacionales. Haití, lógicamente, tiene una población y un territorio definido, pero no claramente, en la actualidad, no cuenta con un gobierno que imponga y ejerza la soberanía y la fuerza del Estado para dominar, organizar y asegurar los servicios públicos mínimos a esa población en dicho territorio. Por lo tanto, podría afirmarse que Haití hoy adolece de uno de los elementos constitutivos para ser considerado un Estado: Un gobierno que ejerza un control efectivo. En el mejor de los casos, Haití es actualmente un Estado fracasado.

El calificativo de Estado fracasado no es caprichoso ni mucho menos se plantea en tono despectivo, sino que responde a un concepto estudiado en el ámbito del Derecho Internacional Público. En ese sentido, los Estados fracasados, según Jiménez Piernas[5], son aquellos que:

1.No ejercen un control efectivo y que han perdido el monopolio del uso legítimo de la fuerza sobre parte de su territorio, a causa del desafío o suplantación de su autoridad por la violencia.

2.No proporcionan a su población los servicios básicos ni garantiza la seguridad, educación pública, la sanidad e infraestructuras mínimas.

3.No garantizan el imperio de la ley (*rule of law*)

De manera concreta, el referido autor explica que:

“No se interpreta necesariamente como una ausencia o pérdida formal (estrictamente jurídica) de la autoridad del gobierno, sino material; es decir, basta con ausencia o vacío de autoridad por la simple incapacidad del gobierno (...) Se acompaña también de una impugnación de la autoridad del gobierno por parte de grupos armados más o menos organizados e incluso de la pérdida por la fuerza de su autoridad en parte del territorio (...) En América Latina y el Caribe (...) hasta ahora sólo se ha documentado la presencia de un Estado fracasado en ese subsistema regional, que es Haití (...)”[6]

Pero, además, la situación actual de Haití puede convertirlo en un ente destabilizador incluso a nivel de la región, en caso de que sus vulnerabilidades internas sean proyectadas más allá de sus fronteras. Muy especialmente porque el G9 y demás bandas armadas, autodenominados como “revolucionarios” (pero que son más bien extremistas políticos[7]), han tomado el control de facto de parte del territorio haitiano y los poderes del Estado actualmente son allí inexistentes o, por decir lo menos, inoperativos. Por tanto, es muy lógico concluir que, si Haití no puede por sí misma, como se ha verificado, necesitará de la ayuda de la Comunidad Internacional (CI). Pero ¿qué exactamente puede hacer la CI para tratar de encaminar a Haití hacia una solución integral de sus dolencias?

A lo largo de los años, la CI ha reaccionado ante las situaciones de crisis de Haití de distintas formas, pasando desde ayudas humanitarias y asistencias técnicas internacionales hasta el envío de misiones internacionales en el marco de las llamadas Operaciones para Mantenimiento de la Paz (OMP)[8]. Una de las más recientes fue la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH) que se estableció el 1 de junio de 2004, la cual culminó y fue retirada hace pocos años.

Hoy, como parte de la presencia internacional en Haití se encuentra la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Haití (BINUH), cuyo mandato se supone que culmine el próximo 15 de octubre del 2021 (según indica el SG en su Informe sobre Haití del 11 de junio del 2021) y su misión, desde 2019 que fue creada, ha sido “ayudar al Gobierno de

Haití en la promoción y el fortalecimiento de la estabilidad política y la buena gobernanza, la preservación y el fomento de un entorno pacífico y estable y la promoción y protección de los derechos humanos”, según se verifica en su página Web[9]. Claramente, como demuestran los últimos acontecimientos acaecidos en dicho país, esta misión de la ONU puede decirse que ha sido un fracaso.

La realidad es que, ninguna de las misiones de mantenimiento de la paz que la ONU ha desplegado en Haití parece haber conseguido que sus logros perduren en el tiempo (si es que han podido alguna vez alcanzar sus objetivos). Pero una solución habrá que buscar y lo adecuado es que esa solución provenga del seno de la ONU, de lo contrario la seguridad de la región seguirá escalando y el primer afectado será la República Dominicana. De hecho, el presidente de la República manifestó recientemente que: “(...) la inteligencia dominicana, tiene precisamente identificada quiénes son las personas que dirigen esas bandas haitianas que están en Haití y le recomendamos a ellos que no crucen la frontera porque serán enfrentados por la Fuerzas Armadas” Y esta, definitivamente, resulta una muy seria advertencia por parte de un Jefe de Estado.

En esta tesitura, es importante destacar que el presidente dominicano participó el pasado miércoles 22 de septiembre del 2021 en la reunión de la Asamblea General de la ONU, en cuyo discurso se refirió directamente a Haití en los términos siguientes:

“Desde que asumimos el poder, hemos venido anunciando la posibilidad de que la situación haitiana pueda desbordar las fronteras de ese país, incidiendo como un factor de inseguridad en la región. De ahí, la necesidad de que esta comunidad de naciones asuma con urgencia y de una vez y por todas, la crisis haitiana como una de altísima prioridad y de permanente seguimiento.

Hemos notado que recientemente algunos gobiernos han adoptado medidas para afrontar las consecuencias de la crisis haitiana. Por años, cada día, nuestro país ha encarado, prácticamente solo, estas consecuencias. Estamos convencidos que ninguna acción unilateral será suficiente para superar esa dramática situación.

Es imperativo manifestar de la manera más firme y tajante posible que la comunidad internacional no debe, ni puede, abandonar al pueblo haitiano en este momento en que los niveles de inseguridad lo están llevando a su autodestrucción.

Y quiero decirlo hoy de la manera más sincera y fuera del lenguaje diplomático.

Ante la división actual que existe entre el liderazgo haitiano, y la peligrosa presencia de bandas criminales que controlan una buena parte de su territorio, los haitianos por sí solos no podrán pacificar su país y mucho menos garantizar las condiciones para establecer un mínimo de orden.

Consecuentemente, lo más importante e inmediato es la seguridad en Haití.

Solo después de haberlo logrado, pueden llevarse a cabo unas elecciones libres, justas y confiables. Entonces, con un nuevo Gobierno como interlocutor legítimo, se deberá preparar un verdadero plan integral de desarrollo económico y social, con todos los recursos necesarios y apoyado solidariamente por la comunidad internacional, pues ya no se puede pensar únicamente en medidas de carácter humanitario.

A este solemne cónclave le manifiesto que la República Dominicana ha mostrado y seguirá mostrando la solidaridad y la colaboración debidas con el pueblo haitiano, pero también les reitero que NO HAY, NI HABRA JAMAS UNA SOLUCION DOMINICANA A LA CRISIS DE HAITI.”[10]

Estamos totalmente de acuerdo con la postura del presidente dominicano. A tales fines, presentamos una sugerencia concreta sobre cómo podría materializarse, de manera efectiva, una intervención de la CI en la situación haitiana: A nuestro juicio, se debe proponer al CdS, en base al Capítulo VII de la Carta de la ONU, a que, con la anuencia de Haití, se inicie el diseño y puesta en marcha inmediata de una Administración Internacional Provisional (AIP) en dicho país.

Esta AIP, lógicamente, no debe concebirse como una simple OMP de esas que ya han existido en Haití, como la MINUSTAH, por ejemplo. No. Esta AIP debe ser de una magnitud similar, *mutatis mutandi*, a la que fue creada para lidiar con la situación de la guerra de Kosovo en el año 1999, mediante la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad[11]. Es decir, a nuestro juicio, en Haití se necesitan dos tipos de presencias internacionales provisionales: una civil y otra militar.

La presencia civil, podría estar encabezada por un representante especial del SG de la ONU y tendría como objetivos generales:

1. desempeñar las funciones administrativas civiles esenciales;
2. organizar y supervisar el funcionamiento de las instituciones públicas haitianas durante un periodo transitorio;
3. facilitar el proceso político para la realización de elecciones congresuales, municipales y presidenciales transparentes, participativas y seguras,
4. apoyar la reconstrucción de la infraestructura y el socorro humanitario;
5. mantener la ley y el orden público mediante el despliegue de agentes internacionales de policía, hasta tanto se refunde una nueva policía en Haití;
6. promover el respeto de los derechos humanos, principalmente afectados por el azote de las bandas criminales que tienen en vilo a la población haitiana;
7. supervisar la administración de justicia y el poder judicial en Haití;
8. entre otras.

Por otra parte, la presencia militar, debidamente alineada con la presencia civil, debiera estar comandada por observadores militares designados por el Consejo de Seguridad con el apoyo, por ejemplo, de la Junta Interamericana de Defensa, para que se encargue básicamente de:

a) desarticular de manera rápida y definitiva las bandas criminales armadas, autodenominadas como “revolucionarias”, que existen en Haití, encabezadas por el G9 *an fanmi e alye* y su líder Jimmy Cherizier (alias Barbecue);

b) encargarse de la vigilancia y control de la frontera en el lado haitiano; y,

c) asegurar un entorno seguro y de estabilidad tanto para Haití como para la región. Finalmente, resaltamos la gran urgencia en ayudar a Haití a buscar una salida a la terrible maraña de calamidades en las que se encuentra enredada, antes de que sea muy tarde y el extremismo político que profesan las bandas armadas como el G9 que lidera Cherizier (alias Barbecue) encienda una mecha que desarticule la estabilidad de la región.

[1] Dicho informe se encuentra disponible en: <https://undocs.org/es/S/2021/559>

[2] El llamado a revolución se verifica en un video que fue colgado por varias personas en la red social youtube. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=X3DXi22Boxo>

[3] Dicho informe se encuentra disponible en: https://www.fjkl.org.ht/images/doc/FJKL_Situation_de_terreur_au_pont_rouge.pdf

[4] En ese sentido, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, aprobada en la Séptima Conferencia Internacional Americana en Montevideo, en 1933, establece expresamente en su artículo 1 que: “*El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: 1. Población permanente. 2. Territorio determinado. 3. Gobierno. 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados*”. Se destaca que Haití es uno de los Estados firmantes de esa convención internacional, al igual que la República Dominicana, según se puede verificar en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>

[5] Jiménez Piernas, Carlos, *Estados débiles y Estados fracasados*, en “Revista Española de Derecho Internacional”, Vol. LXV/2, julio-diciembre: 2013, págs. 11-49, Madrid.

[6] Jiménez Piernas, Carlos, *ob. cit.*, p. 20.

[7] En cuanto a este concepto, recomendamos ver: Jabardo, Rosario, *Sobre el concepto de extremismo político*, en “Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”, No. 102, octubre-diciembre: 1998, págs. 281-293.

[8] En este sentido, ver: Marín Sambria, Sebastián y Pareja Blanco, Estefanía, *Las misiones de paz en Haití; la búsqueda de desarrollo en escenarios de estado fallido*, en “Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional”, Vol. 11, No. 1, enero-junio: 2018, págs. 91-125

[9] Ver: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/repertoire/political-missions-and-offices>

[10] Ver: <https://www.diariolibre.com/actualidad/politica/discurso-completo-de-luis-abinader-en-asamblea-de-la-onu-BB28928191>

[11] Sugerimos ver: Iglesias Velasco, Alfonso, J., *La Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)*, en “Revista CIDOB d’Afers Internacionals”, No. 56, págs. 115-139; Jara Gómez, Ana M., *Nuevos modelos de soberanía. Kosovo y la soberanía irrelevante*, en “Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia”, Universidad de Almería, España.

Los compromisos de cese en materia de competencia

Merielin Almonte

Un compromiso de cese es una propuesta formulada por un agente económico frente a la autoridad de competencia, mediante la cual se compromete a cesar una práctica anticompetitiva en proceso de investigación y reparar los efectos perjudiciales que haya producido en el mercado, a fin de producir la terminación anticipada del procedimiento de investigación y evitar las sanciones aplicables. Es oportuno señalar que, a criterio del autor Guillermo Cabanellas, en su obra Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia (2005, p. 770):

“la figura aquí analizada no se presta a ser aplicada respecto a conductas que han agotado totalmente sus efectos. Dado que el compromiso está destinado al cese inmediato o gradual de determinados hechos o a la modificación de aspectos relacionados con estos, carecería de consecuencias posibles respecto de los actos ya plenamente consumados.”

De aplicación usual en los sistemas de defensa de la competencia a nivel internacional, incluyendo Europa, Estados Unidos y América Latina, los compromisos de cese han sido introducidos recientemente en la legislación dominicana, con la promulgación del Reglamento de Aplicación de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, mediante el decreto núm. 252-20, de fecha 15 de julio del 2020. El artículo 21 párrafo III de este reglamento (en adelante el “Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08”) establece que: “...el o los agentes económicos presuntamente responsables podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, una propuesta de compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo, a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta investigada.”

Posteriormente, el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), mediante la Resolución núm. 011-2021, de fecha 24 de junio del 2021, dictó el “*Reglamento para el Sometimiento y Aprobación de Compromisos de Cese en el Marco de las Investigaciones por Violación a la Ley General de Defensa de la Competencia*” (en adelante el “Reglamento de Compromisos de Cese”). Este reglamento establece el procedimiento para el sometimiento, evaluación y aprobación de los compromisos de cese en el marco de los procesos de investigación por infracción a las disposiciones de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08 (en adelante la “Ley 42-08”). El presente artículo contiene una síntesis de los aspectos más importantes que recoge el Reglamento de Compromisos de Cese.

Para poner en contexto los compromisos de cese en el marco normativo actual, cabe señalar que el objeto de la Ley 42-08 es “*promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional*” (artículo 1). Para ello, la Ley 42-02: (1º) crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante “Pro-Competencia”)

como organismo especializado, encargado de la aplicación de la Ley 42-08; (2º) tipifica las prácticas que resultan contrarias a la libre competencia, disponiendo las sanciones que resultan aplicables, y (3º) establece el procedimiento administrativo a seguir para la investigación y sanción de dichas prácticas, que son las siguientes:

El abuso de posición dominante, tipificada en el artículo 6 de la Ley 42-08. Consiste en la explotación abusiva del poder de mercado que ostenta un agente económico, mediante la implementación de prácticas que excluyen a otros competidores del mercado, explotan a los clientes y consumidores del producto ofrecido por el agente que incurre en el abuso de posición dominante. Bajo esta categoría, la Ley 42-08 contempla ciertos esquemas de compra y distribución exclusiva, imposición de precios de reventa, ventas atadas, venta sujeta a la condición de no contratar con terceros, negativa de suministro, prácticas discriminatorias, entre otras.

Las prácticas colusorias horizontales, tipificadas en el artículo 5 de la Ley 42-08. Se caracterizan por un comportamiento coordinado entre agentes económicos competidores entre sí para limitar, eliminar o restringir la competencia en el mercado. Dependiendo de cómo se materialicen estas conductas, su repercusión negativa puede afectar a los consumidores, los proveedores del mercado, otros competidores actuales que no formen parte de la práctica colusoria e, incluso, a competidores potenciales que podrían entrar al mercado. En este renglón, la Ley 42-08 tipifica y sanciona la fijación de precios y condiciones de venta, así como también el intercambio de información tendente a ello; la colusión en licitaciones públicas; la repartición del mercado; limitar la producción o abastecimiento del mercado y el boicot colectivo, que constituye un mecanismo para eliminar a competidores del mercado o limitar su acceso al mismo.

La competencia desleal, tipificada en el artículo 11 de la Ley 42-08. Se refiere a aquellos comportamientos contrarios a la buena fe y la ética comercial, cuyo objetivo es provocar un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores, tales como: los actos de engaño, confusión, imitación, denigración, comparación indebida, violación del secreto empresarial, incumplimiento de normas e inducción a la infracción contractual.

En los casos de abuso de posición dominante y prácticas colusorias horizontales, la Ley 42-08 contempla sanciones que oscilan entre 30 a 3,000 veces el salario mínimo oficial aplicable al sector económico en que opera el agente económico infractor; salvo en los casos de colusión en licitaciones públicas, en los cuales la Ley 42-08 dispone que la multa aplicable es de 200 a 3,000 veces el salario mínimo. Para los casos de competencia desleal la Ley 42-08 no contempla ninguna sanción. Este un aspecto deficitario de la Ley 42-08, que le resta eficacia en materia de competencia desleal.

En el ejercicio de sus facultades de investigación y sanción de las prácticas anticompetitivas descritas precedentemente, Pro-Competencia puede dar inicio a un procedimiento de investigación contra aquellos agentes económicos involucrados en este tipo de conductas. En el marco de ese procedimiento de investigación -que la ley pone a cargo de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia- los agentes económicos investigados pueden someter ante dicho organismo los denominados compromisos de

cese. A continuación, veremos los requisitos y el procedimiento para ello, conforme establece el Reglamento de Compromisos de Cese.

I.Ofrecimiento de los compromisos de cese.

Cuando la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia decide abrir un procedimiento de investigación, debe notificar al agente económico investigado la resolución que da inicio a dicho procedimiento. A partir de ese momento, el agente económico investigado tiene un plazo de veinte (20) días para remitir un escrito de contestación, alegando sus medios de defensa contra la referida resolución. Dentro de este mismo plazo, dicho agente económico tiene la oportunidad de presentar ante la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia *“una propuesta de compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo, a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta investigada.”* (Art. 21 párrafo II del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08).

Los requisitos que deben cumplir las propuestas de compromiso de cese para su admisibilidad por parte de Pro-Competencia están establecidos en el artículo 3 del Reglamento de Compromisos de Cese, a saber: a) datos del agente económico y su representante legal; b) objeto de la petición; c) descripción del mercado en que se ha producido la práctica anticompetitiva; d) descripción de la conducta bajo investigación que el agente económico reconoce haber cometido o estar cometiendo, aceptación y reconocimiento de su participación en la misma y el periodo de tiempo durante el cual se ha llevado a cabo; e) medidas correctivas propuestas para restablecer la competencia y revertir los efectos lesivos producidos por la conducta; f) declaración de lealtad procesal de los representantes legales del agente económico en la sustentación de la propuesta de compromiso de cese; y g) ofrecimiento de medidas complementarias (opcionales) que evidencien el propósito de enmienda del agente económico infractor, tales como la implementación de políticas internas de defensa de la competencia, programas de entrenamientos a su personal, entre otros.

II.Tramitación de los compromisos de cese.

La tramitación de una propuesta de compromiso de cese se divide en dos fases, que podríamos denominar la **“fase de evaluación”**, que está a cargo de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia y la **“fase de resolución”**, que corresponde al Consejo Directivo de Pro-Competencia. La aceptación o no de los compromisos de cese (en la fase de evaluación) dentro del marco de un procedimiento de investigación es una facultad discrecional de la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, conforme estipula el artículo 21 párrafo III del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08. Por tanto, una vez recibida la propuesta de compromiso de cese, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia puede aceptarla, rechazarla o proponer al agente económico investigado la adopción de medidas adicionales para garantizar la viabilidad y eficacia del compromiso de cese.

Durante la fase de evaluación, que inicia con la recepción de la propuesta de compromisos de cese, la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia tiene un plazo de treinta (30) días para evaluar si la misma soluciona los efectos nocivos a la competencia que haya producido la práctica anticompetitiva bajo investigación. A tales fines, la Dirección Ejecutiva pondera si los compromisos ofrecidos por el agente económico investigado cumplen los siguientes requisitos, exigidos por el artículo 4 párrafo II del Reglamento de Aplicación de la Ley 42-08, a saber: i. resuelven efectivamente los problemas de competencia que motivaron el inicio de la investigación; ii. pueden ser implementados de manera rápida y efectiva; iii. el grado de eficacia y viabilidad con que podrá ser implementada la vigilancia del cumplimiento de los compromisos de cese y su efectividad; iv. la conducta anticompetitiva no debe producir una afectación grave al mercado y el bienestar de los consumidores.

La facultad discrecional para la aprobación o no de los compromisos de cese recae también sobre el Consejo Directivo de Pro-Competencia durante la fase de resolución, conforme establece el artículo 6 del Reglamento de Compromisos de Cese. En tal sentido, una vez que el Consejo Directivo recibe la propuesta de compromiso de cese y el informe de recomendación de la Dirección Ejecutiva sobre la viabilidad de la misma, el Consejo Directivo tiene un plazo de treinta (30) días para decidir, mediante resolución motivada, si acepta, modifica o rechaza la propuesta de compromiso de cese sometida a su consideración. Veamos a continuación cada uno de los escenarios que pueden presentarse durante la fase de resolución ante el Consejo Directivo.

Aceptación de los compromisos de cese. Según establece el artículo 6 párrafo I del Reglamento de Compromisos de Cese, si el Consejo Directivo estima que los compromisos presentados son adecuados para corregir los efectos lesivos producidos en la competencia, debe emitir una resolución declarando la aceptación del compromiso de cese y disponiendo la terminación anticipada del procedimiento de instrucción llevado a cabo por la Dirección Ejecutiva, respecto al agente económico que haya propuesto el compromiso de cese y obtenido aprobación. Esta resolución aprobatoria del Consejo Directivo convierte el compromiso de cese en obligatorio y vinculante para el agente económico proponente. Asimismo, declara la responsabilidad de este en las conductas investigadas, respecto a las cuales se formula la propuesta de compromisos de cese. Dicha resolución debe establecer, además, las medidas correctivas a ser aplicadas por el agente económico; un cronograma que establezca los plazos de implementación de los compromisos aprobados y el periodo de vigencia de los mismos; el régimen de seguimiento/vigilancia al que estará sujeto el agente económico durante el plazo de un (1) año, contado desde la aprobación de la propuesta de compromisos de cese, para verificar el cumplimiento de los mismos. Una vez expirado ese plazo de vigilancia de un (1) año, prescrito en el artículo 10 del Reglamento de Compromisos de Cese, el Consejo Directivo dispone de un plazo de sesenta (60) días para emitir una resolución, declarando el cumplimiento satisfactorio de los mismos.

Modificación de los compromisos de cese. El Consejo Directivo de Pro-Competencia puede proponer la modificación de los compromisos de cese o la presentación de

nuevos compromisos cuando los que hayan sido presentados por el agente económico investigado resulten insuficientes para resolver los problemas de competencia ocasionados por su conducta. En caso de que el agente económico investigado no presentase nuevos compromisos de cese en el plazo de diez (10) días, se considera que habrá desistido de su propuesta y el Consejo Directivo procede a emitir una resolución ordenando a la Dirección Ejecutiva la continuación del proceso de investigación, en el curso del cual se produjo la propuesta de compromisos de cese.

Rechazamiento de los compromisos de cese. Cuando el Consejo Directivo considere que los compromisos de cese no solucionan adecuadamente los efectos lesivos de la conducta investigada en la integridad del proceso de competencia, procede a emitir una resolución rechazando los mismos y ordenando a la Dirección Ejecutiva reanudar el proceso de investigación.

III. Incumplimiento de los compromisos de cese y sus consecuencias.

El artículo 11 literal e) (sic) del Reglamento de Compromisos de Cese establece explícitamente que el incumplimiento de un compromiso de cese entraña como consecuencia la reanudación -por parte de la Dirección Ejecutiva- del procedimiento de investigación que dio lugar al compromiso de cese. Esto es siempre y cuando el incumplimiento se produzca en el transcurso del plazo de vigilancia previsto en el artículo 10 de dicho Reglamento (un (1) año, contado desde la fecha en que la propuesta de compromisos de cese fuese aprobada por el Consejo Directivo.

Otros escenarios en los que la Dirección Ejecutiva puede reanudar la investigación son los siguientes: (i) cuando se produce un cambio material en los hechos o datos que fueron elementos esenciales de la decisión aprobatoria de los compromisos de cese, adoptada por el Consejo Directivo; y (ii) cuando se determina que la decisión aprobatoria del compromiso estuvo basada en información falsa o alterada, proporcionada por el agente económico a quien le fue aprobada la propuesta de compromiso de cese.

IV. Otros aspectos del Reglamento de Compromisos de Cese a tener en cuenta.

1. La aceptación de una propuesta de compromiso de cese es una facultad discrecional de Pro-Competencia; lo que significa que la sola presentación de la propuesta por parte de un agente económico no implica de pleno derecho la aceptación de la misma.

2. La tramitación de una propuesta de compromiso de cese se realiza ante la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia, mediante un procedimiento *reservado y de naturaleza accesoria* al procedimiento principal de la investigación que haya sido iniciada por la Dirección Ejecutiva.

3. Las declaraciones e informaciones aportadas por los agentes económicos proponentes de una propuesta de compromiso de cese no pueden ser utilizadas por Pro-Competencia en la sustanciación del expediente relativo al procedimiento de

investigación de la práctica anticompetitiva que hubiese dado origen al procedimiento de investigación.

4. Si las condiciones del mercado relevante cambian sustancialmente con posterioridad a la aprobación de un compromiso de cese y dentro del plazo de vigilancia establecido en la resolución que lo aprueba, el agente económico a quien le haya sido aprobada la propuesta de compromiso de cese puede solicitar al Consejo Directivo la revisión de los compromisos aprobados. En este caso, el Consejo Directivo tiene la facultad discrecional de aceptar o rechazar dicha petición.

5. La presentación de una propuesta de compromiso de cese ante la Dirección Ejecutiva suspende el cómputo del plazo de doce (12) meses que establece el artículo 57 de la Ley 42-08 para la instrucción del procedimiento de investigación de prácticas anticompetitivas, hasta tanto el Consejo Directivo de Pro-Competencia decida la aprobación o rechazo de la propuesta.

Si con posterioridad al vencimiento del plazo de vigilancia de un (1) año, que habrá de disponer la resolución aprobatoria de los compromisos de cese, surgen indicios de que el agente económico a quien le fueron aprobados ha incurrido en las mismas conductas que dieron lugar a la presentación de dichos compromisos, la Dirección Ejecutiva puede ordenar el inicio de un nuevo procedimiento de investigación motivado en la reincidencia. Este es un elemento agravante, previsto en el artículo 61 párrafo II de la Ley 42-08, que conlleva la imposición de *una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda*, conforme a la escala prevista en el artículo 61 de la Ley 42-08.

***Este artículo no es ni está destinado a constituir un juicio de valor de su autora sobre la aplicabilidad a casos específicos del *Reglamento para el Sometimiento y Aprobación de Compromisos de Cese en el Marco de las Investigaciones por Violación a la Ley General de Defensa de la Competencia No. 42-08*.

Las empresas como garantes de los derechos fundamentales

Roberto Medina Reyes

Tras finalizar el período de entreguerras y con la derrota de las dictaduras fascistas se consolida el ideal del constitucionalismo democrático como una forma particular de concebir las reglas que encausan y organizan las relaciones sociales y que coordinan la coexistencia del cuerpo político. Esta forma de concebir las reglas procura, por un lado, la separación y limitación del poder político y, por otro lado, la protección efectiva de los derechos de las personas. Es decir que la idea detrás de este modelo es asegurar el desarrollo del sistema democrático a través de la protección de un conjunto de derechos de carácter liberal, democrático y social que constituyen precondiciones esenciales de la democracia.

Los derechos fundamentales se configuran como uno de los elementos esenciales —si no el principal— de un modelo de democracia constitucional. De ahí que la función esencial del Estado consiste en garantizar los derechos de las personas a través de la adopción de los medios que les permitan desarrollarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, entendiéndose la justicia, a juicio de Rawls, como la distribución equitativa e imparcial de los beneficios y cargas de la cooperación social^[1].

Dicho de otra forma, en un modelo de democracia constitucional el Estado se estructura y organiza en torno a las personas, de modo que su principal función es servirles para garantizar la protección de sus derechos. Es decir que la existencia y legitimación del Estado se fundamenta en esta forma de organización estatal en el goce de los derechos fundamentales.

La posición central de las personas y de sus derechos en el constitucionalismo político trae aparejada una mayor responsabilidad de cara a los particulares. Decimos esto, pues los derechos fundamentales no sólo despliegan su eficacia frente a los órganos que ejercen potestades públicas (eficacia vertical), sino también frente a los particulares (eficacia horizontal), quienes, ya sean personas físicas o jurídicas, están obligados a respetar en sus relaciones privadas el contenido esencial de los derechos de carácter liberal, democrático y social.

Lo anterior, sin duda alguna, obliga a las asociaciones, empresas o a cualquier institución privada a implementar políticas internas para generar una cultura de cumplimiento y, en consecuencia, garantizar los derechos de las personas, tanto en su entorno más cercano (accionistas, asociados y empleados) como en el entorno que las rodea (la sociedad, la comunidad y el medio ambiente). En este artículo, analizaremos el conjunto de deberes y responsabilidades, obligatorias o de cumplimiento voluntario, que deben asumir las empresas como consecuencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Se trata de reconocer que, si bien el Estado es el garante originario de los derechos fundamentales, las empresas comparten la responsabilidad de adoptar medidas idóneas que permitan a las personas gozar efectivamente de sus derechos, tanto a lo interno de la sociedad, es decir, en el entorno relacionado con los recursos humanos (dimensión interna), como en el marco de sus relaciones externas con la sociedad, es decir, acreedores, proveedores, clientes o usuarios y la comunidad en general (dimensión externa).

Los derechos fundamentales y la responsabilidad social corporativa

1.El constitucionalismo democrático y los derechos fundamentales

La idea de concebir las reglas jurídicas como un instrumento para garantizar los derechos de las personas frente a los abusos del poder político parte de la concepción lockeana del Estado como un gobierno limitado. Para John Locke, a diferencia de Thomas Hobbes, quien era un individualista autoritario, el estado de naturaleza es un estado pacífico en el que las personas disfrutaban de un conjunto de derechos naturales (la vida, la salud, la libertad y la propiedad privada) que limitan el poder de los gobernantes. De ahí que estos derechos, lejos de ser objetos de una renuncia total en el contrato social, subsisten para fundar precisamente la libertad, la igualdad y la independencia de las personas.

En otras palabras, las personas conservan todos sus derechos naturales al conformar el cuerpo político, a excepción del derecho de castigar, es decir, de la prerrogativa que todos tienen de proteger y defender al inocente y de reprimir a los que hacen mal. Este derecho es cedido a los gobernantes, a fin de que éstos ejerzan un poder coactivo capaz de asegurar la ejecución de las sentencias que garanticen los derechos naturales individuales.

Es justamente esta concepción lockeana de los derechos naturales como límites del poder político que forma los cimientos para el surgimiento del constitucionalismo democrático. Es decir que el modelo de democracia constitucional se sustenta básicamente en la concepción del ordenamiento jurídico como un conjunto de reglas y principios que tienen como objetivo, por un lado, la organización y separación del poder mediante una mayor participación política de las personas y, por otro lado, la positivización de un conjunto de derechos naturales que fundamentan la existencia del Estado y del contrato social que lo origina.

El ideal del constitucionalismo democrático surge en las revoluciones burguesas (en la Revolución inglesa y su Declaración de los Derechos y Libertades [1689]; en la Revolución francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [1789]; y, en la Revolución americana y su Carta de Derechos [1791]). Ahora bien, estas reivindicaciones fueron rápidamente puesta a prueba con el fracaso de las revoluciones burguesas y el surgimiento de los gobiernos fascistas. De ahí que surge la necesidad de generar un consenso internacional sobre la importancia de proteger y respetar los derechos humanos como un elemento esencial de un Estado democrático. Así pues, la

Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la cual generó posteriormente la adopción del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En síntesis, la Carta Internacional de los Derechos Humanos positiviza un conjunto de derechos que son intrínsecos a la condición humana (derechos naturales) y que obligan a los Estados a adoptar medidas idóneas para asegurar su satisfacción. De ahí que los Estados asumen la condición de garantes originarios de los derechos humanos, siendo su principal función asegurar que las personas accedan a los medios que les permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva y que permitan el goce efectivo de sus derechos.

Los derechos humanos, los cuales son asumidos en los textos constitucionales como auténticos derechos fundamentales, es decir, como derechos que gozan de una protección constitucional reforzada (la reserva de ley, la intangibilidad de su contenido, el principio de razonabilidad y la acción de amparo), poseen una doble dimensión: por un lado, en su dimensión subjetiva, se tratan de derechos subjetivos que imponen un abanico de obligaciones estatales exigibles que van desde obligaciones negativas de «respeto», obligaciones positivas de «promoción» y «satisfacción» hasta obligaciones de «protección»^[2]; y, por otro lado, en su dimensión objetiva, son elementos primordiales de un orden objetivo “de libertad individual y de justicia social”^[3] que irradian todo el ordenamiento jurídico.

2.La eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales

Visto lo anterior, es oportuno indicar que los derechos fundamentales son de aplicación directa e inmediata. Es decir que estos derechos existen por el mero hecho de estar consagrados en los textos del bloque de constitucionalidad, de modo que no requieren de la intervención previa del legislador para poder ser exigidos por sus titulares. En efecto, la teoría de la eficacia inmediata de los derechos humanos implica que, con legislación de desarrollo o sin ella, éstos se aplican como regla de decisión en las relaciones públicas y privadas.

De lo anterior se infiere que los derechos fundamentales no sólo son de aplicación directa e inmediata frente a las actividades administrativas, sino también en el marco de una relación jurídico-privada. Dicho de otra forma, estos derechos no son sólo simples prerrogativas que poseen la personas para controlar el ejercicio de los poderes públicos, sino que además constituyen límites a la propia actuación privada de los individuos. De modo que los derechos humanos despliegan su eficacia tanto frente a los órganos que ejercen potestades públicas (eficacia vertical) como frente a los particulares (eficacia horizontal).

El efecto horizontal de los derechos fundamentales hace referencia a su eficacia en las relaciones jurídicas entre los particulares, es decir, a la necesidad de respetar estos derechos en los acuerdos suscitados bajo la autonomía privada de las personas. Esta

aplicación *inter privatos* de los derechos es defendida por la teoría de la *drittwirkung*, la cual sostiene, en síntesis, que los derechos son directamente exigibles por los individuos que los ostentan frente a sus semejantes. En otras palabras, los derechos humanos tienen una incidencia directa en el tráfico jurídico-privado, de modo que los particulares están obligados a respetar en sus relaciones privadas el contenido esencial de estos derechos.

La doctrina de la *drittwirkung* y del efecto horizontal de los derechos ha tenido una gran expansión en los últimos años en Latinoamérica. Es posible afirmar que esta teoría es una doctrina firmemente arraigada en el ordenamiento jurídico latinoamericano, pues la mayoría de las constituciones latinoamericanas han admitido el amparo o su equivalente en contra de los particulares por acciones que vulneren los derechos humanos. Por ejemplo, entre los países que han adoptado esta doctrina están Paraguay, Venezuela, Perú, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Colombia y República Dominicana. De igual forma, las Cortes Constitucionales del Salvador y Guatemala han admitido amparos en contra de los particulares.

La teoría de la *drittwirkung* también ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el caso *X and Y v. Holanda* (1985) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que, si bien es cierto que el derecho a la vivienda privada (artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) procura esencialmente evitar intromisiones de las autoridades públicas, no menos cierto es que de este derecho se derivan obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto efectivo a la vida privada incluso en las relaciones entre particulares.

El reconocimiento de la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales tiene consecuencias prácticas de cara a los particulares. Decimos esto, pues los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, deben fomentar en sus relaciones privadas el respeto de los derechos positivizados en los textos del bloque de constitucionalidad, de modo que deben adoptar las medidas que sean necesarias para generar una cultura de cumplimiento y, en consecuencia, evitar actuaciones u omisiones contrarias a tales derechos.

En el caso de las empresas, esta obligación constitucional se traduce en la necesidad de adoptar medidas y políticas internas que garanticen la protección efectiva de los derechos de las personas, tanto a lo interno de la sociedad, es decir, en el entorno relacionado con los recursos humanos (dimensión interna), como en el marco de sus relaciones externas con la sociedad (dimensión externa). Estas medidas, tal y como explicaremos a continuación, deben ser incluidas dentro de las políticas de responsabilidad social de las empresas, pues se tratan de obligaciones que se derivan directamente de los derechos fundamentales.

3.La responsabilidad social corporativa

La responsabilidad social corporativa es la integración voluntaria en las empresas de valores para la preservación del medioambiente y las preocupaciones sociales y laborales. Este concepto surge como un enfoque ético a los negocios y su impacto en sus *stakeholders*. En otras palabras, la política de responsabilidad social consiste en el conjunto de deberes y responsabilidades que asumen las empresas en favor de todas las partes que se relacionan directa o indirectamente con su actividad comercial[4]. De hecho, cualquier referencia a la responsabilidad social corporativa implica tomar en consideración los beneficios para los grupos de interés o *stakeholders*, los escenarios ganar-ganar, el aumento de los resultados de la sociedad o la posibilidad de medir el impacto de su actividad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante señalar que, en el sentido tradicional de la responsabilidad social corporativa, no se incluyen dentro de esta figura la obligación de adoptar medidas tendentes a fomentar la protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, una empresa minera puede contar con una política de responsabilidad social corporativa para una adecuada organización de su consejo de administración y a la vez violentar múltiples derechos humanos de las comunidades afectadas con su actividad o exceder los parámetros de explotación sostenible de los recursos naturales de la zona.

Lo anterior se debe básicamente a dos ideas, a nuestro juicio, erradas: por un lado, a la afirmación de que el Estado es el garante originario de los derechos humanos, de modo que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la satisfacción efectiva de estos derechos es una responsabilidad exclusiva de las autoridades administrativas; y, por otro lado, a la idea de que los derechos humanos tienen una eficacia mediata o indirecta, por lo que requieren de la mediación de un órgano del Estado para que puedan ser exigibles en las relaciones jurídico-privadas. Estas ideas inobservan, tal y como explicamos anteriormente, (a) la eficacia horizontal de los derechos humanos y su vinculación directa en las relaciones *inter privatos*; y (b) que los derechos humanos son de aplicación inmediata, de modo que su operatividad no depende de la previa mediación del legislador o de los jueces.

Siendo esto así, y dado que los derechos fundamentales reconocen ciertas prerrogativas en favor de las personas de cara a sus relaciones *inter privatos*, siendo la obligación de garantizar estos derechos una responsabilidad compartida entre el Estado y los particulares, es evidente que la responsabilidad social corporativa, como programa de implementación de valores y principios dentro del desarrollo de la actividad empresarial, representa un instrumento idóneo para sentar las bases del respeto y garantía de los derechos humanos en el marco interno y externo de la actividad comercial de las empresas.

El fomento de los derechos fundamentales debe considerarse como una parte fundamental de la responsabilidad social corporativa. De ahí que, en adición a los temas vinculados con la organización administrativa y la transparencia en el ejercicio de las actividades comerciales, la responsabilidad social corporativa debe jugar un papel mayor desde el punto de vista de la autorregulación de la empresa y de la adopción de

medidas externas, ya sean obligatorias o de cumplimiento voluntario (*nudge*), que garanticen la protección de los derechos fundamentales, tanto a lo interno de la sociedad, es decir, en el entorno relacionado con los recursos humanos (dimensión interna), como en el marco de sus relaciones externas con la sociedad, es decir, acreedores, proveedores, clientes o usuarios y la comunidad en general (dimensión externa).

En ese orden de ideas, es oportuno señalar que en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas adoptó los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos[5], los cuales establecen los estándares mínimos aplicables a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos fundamentales. Este documento reconoce el deber de las empresas de respetar tales derechos, lo que implica tanto evitar que sus propias actividades provoquen consecuencias negativas, como tratar de prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos directamente relacionadas con sus actividades.

De igual forma, el referido documento llama a las empresas a sustentar políticas y procedimientos para el respeto de los derechos fundamentales que incluya, en síntesis, lo siguiente: (a) un compromiso político de la empresa; (b) un proceso de debida diligencia en materia de derechos fundamentales para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre su impacto en la garantía de los derechos humanos; y, (c) la creación de procesos que permitan reparar las consecuencias negativas generadas sobre los derechos fundamentales, tanto en su dimensión interna como en sus relaciones externas con la comunidad en general.

Para fomentar la protección de los derechos fundamentales como parte de la responsabilidad social corporativa, las empresas pueden llevar a cabo dos tipos de actuaciones:

- La adopción de un conjunto de políticas internas de buen gobierno (códigos de ética, políticas de transparencia y anticorrupción, canales de denuncias, entre otras) que permitan: por un lado, (a.1) determinar *ex antes* las consecuencias de las conductas desarrolladas por sus *stakeholders* o grupos de interés, con el objetivo de que éstos conozcan claramente sus responsabilidades, deberes “fiduciarios” (deber de cuidado, deber de lealtad y deber de relevancia de información) y las sanciones a las cuales se atienen en caso de incurrir en actuaciones antijurídicas; y, por otro lado (a.2) desincentivar actuaciones u omisiones a lo interno de la sociedad comercial que puedan generar lesiones a los derechos humanos; y,
- El diseño y adopción de *nudges* o “empujones” para orientar a los *stakeholders* o grupos de interés en direcciones correctas sin proscribir ni coaccionar ningún curso de acción individual en específico. Los *nudges* consisten en estructurar el contexto, el marco, las opciones y la denominada “arquitectura de la decisión”, con el fin de “empujar” a las personas hacia una dirección que es *ex ante* predecible y que mejora su propio bienestar, pero sin proscribir ni ordenar

automáticamente ninguna opción en particular y siendo siempre posible que las personas se desvinculen fácilmente de la medida si es que así lo desea. Estos pequeños “empujones” permiten fomentar actuaciones tendentes a garantizar los derechos de las personas.

[1] John RAWLS, *Teoría de la justicia* (Harvard University Press: Estados Unidos).

[2] Este esquema de «niveles» de obligaciones estatales es propuesto por Fried VAN HOOF.

[3] La dimensión objetiva de los derechos fundamentales se consolida a partir del caso Lüth del Tribunal Constitucional Federal Alemán (ver, TCFA, Sentencia BverFGE 7 de fecha 15 de enero de 1985).

[4] Eduardo JORGE PRATS y Omar VICTORIA CONTRERAS, *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*. (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 50.

[5] ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. (En línea). Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

El Auxiliar experto en ejercicio recursivo ante los actos del ejecutor administrativo

Adonis L. Tineo

Es bien sabido para todo litigante de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ejercida por el Tribunal Superior Administrativo -con carácter nacional respecto de los tributos- que cuando un contribuyente está inmerso en un conflicto cuyo origen es una resolución emanada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), con la cual se encuentre disconforme por cuestiones bastantes subjetivas e innumerables dependiendo de sus distintos propósitos *-del contribuyente o interesado-*, una especie de reacción automática sería impugnar a través del recurso contencioso tributario al amparo del art. 139 del Código Tributario. No obstante, y en vista de innumerables circunstancias que parten desde la urgencia hasta la vulnerabilidad económica y las limitaciones que implica ser afectado por un embargo o una ejecución de un crédito tributario la elección de qué canal tomar puede ser de capital importancia a fin de obtener una tutela judicial efectiva oportuna.

La primera opción -en caso de urgencia- reside en la solicitud de medida cautelar, sea ordinaria o anticipada en virtud del art. 7 párrafo III de la Ley No. 13-07[1]. En virtud de este reclamo, por una interpretación **errada** desde los cimientos *reales* de la Jurisdicción Contencioso Tributaria en el año 2007, el diferendo es conocido por una Sala del Tribunal, es decir, de forma colegiada, sobre esto abundamos en las páginas 46-47 de un ligero texto publicado en abril de este año 2021, denominado *Procesos en el Contencioso Administrativo, Fundamentos para el Litigio ante la Justicia Administrativa*; allí señalamos el **porqué** es inadecuada esta remisión que se realiza por dicho Tribunal especializado desde el Juez Presidente al Colegiado compuesto por sus Salas.

En curso de una solicitud de medida cautelar, es importante tomar en consideración que las exigencias insustituibles y drásticas consisten en demostrar la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora (matizado por el Plan de Descongestionamiento implementado por el Consejo del Poder Judicial) y, la más dificultosa de todas, que impone que no se afecta GRAVEMENTE el interés general, donde orbitan la afectación sobre el particular bajo una lupa del cuánto debe soportar ese administrado.

La especialidad de la materia[2] requiere además una demostración adicional a la adopción de medida cautelar meramente administrativa, es decir, la que no obedece al ejercicio de una potestad que se deriva de un crédito tributario, y con esto hago referencia al famoso RIESGO EN LA PERCEPCIÓN que prevé el art. 81 del Código Tributario Dominicano, dígame sustentar que la empresa o persona física no exhibe ningún modo de insolvencia.

A esta causa se suman otras consideraciones como son la insuficiencia de activos que se derivan en la garantía suficiente del crédito tributario exigido; la disminución importante de los ingresos, cuestiones que, sin lugar a duda, pesa sobre el contribuyente rebatir adecuadamente por efecto de la carga dinámica de la prueba, ver

caso *Resulting vs DGII*, Sentencia núm. 033-2020-SS-EN-00060 de fecha 31/1/2020, Sala 3 de la Suprema Corte de Justicia. Aquí es relevante acotar que, la prescripción NO es un argumento que se deba llevar a este examen del Tribunal, toda vez que ese análisis pesa sobre el JUEZ DE FONDO por efecto del propio art. 7 de la Ley No. 13-07 que limita al Juez de lo Cautelar a **no prejuzgar**.

Un aspecto que no puede dejarse de lado es el título habilitante. En el caso de las medidas conservatorias la simple notificación de la resolución de reconsideración en virtud del art. 57 párrafo II[3] del Código Tributario; o, la propia resolución de determinación por efecto de los artículos 10 y 11[4] de la Ley No. 107-13, facultan a la Administración Tributaria, por intermedio de su Ejecutor Administrativo a recurrir a uno de los instrumentos señalados en el art. 81 del Código Tributario; a saber, *1. Embargo conservatorio. 2. Retención de bienes muebles. 3. Nombramiento de uno o más interventores. 4. Fijación de sellos y candados. 5. Constitución en prenda o hipoteca. 6. Otras medidas conservatorias*. Esta última debidamente matizada por el precedente TC/830/18 del Tribunal Constitucional (TCRD), que, sumado al precedente TC/322/14, reiterado recientemente en la Sentencia TC/271/21 del 6/9/2021, prohíbe de forma DIRECTA el bloqueo de comprobantes fiscales.

Aunque la práctica ha dejado en desuso la adopción de medidas cautelares ante la propia Administración, situación que ha rescatado el art. 25 párrafo III de la Ley No. 107-13. La constitución de una garantía *SUFICIENTE* supondría una circunstancia de procedencia del levantamiento de una medida conservatoria, tanto para la Administración, como también por el Tribunal en virtud del art. 7 de la Ley No. 13-07 y 83 del Código Tributario.

Distinto fuese si el acto que se procura suspender responda a la resolución del Ejecutor Administrativo en ocasión de un *mandamiento de pago*, que implica la firmeza de la deuda, la cual tiene su cauce en el certificado de deuda[5] en los términos del art. 97[6] del Código Tributario, en palabras llanas, que la deuda no es susceptible de recurso alguno conforme el procedimiento previsto por el art. 91 y ss. del Código Tributario. De hecho, existen quienes señalan que, en vista de ello, este mandamiento no es posible de ser recurrido ante el Tribunal sino, únicamente ante el propio Ejecutor a través de una excepción de oposición, y luego, a raíz del art. 117 sí podría recurrirse ante el Tribunal Superior Administrativo. No obstante, el criterio (mayoritario) del TSA ha comprendido que esto sería requerir una reclamación previa que atenta contra el art. 51 de la Ley No. 107-13.

En curso del juicio sobre un mandamiento de pago, lo que se debe atacar es la ausencia de firmeza del crédito o una de las circunstancias descritas en el art. 112 del referido Código, toda vez que la doctrina es coherente al señalar que los actos administrativos son ejecutorios, reforzado en el ámbito local por efecto del art. 11 de la Ley No. 107-13, e internacional por la doctrina de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, que resalta:

La ejecución forzosa: principios generales.

Nuestro Derecho positivo atribuye a la Administración una potestad genérica para proceder a la ejecución forzosa de sus actos. (...) 1. En primer lugar, la necesaria existencia de un acto administrativo formal como título habilitante de la ejecución. Aunque parezca una advertencia obvia, tratando como tratamos de la ejecución forzosa de actos administrativos, es necesario recordar que un procedimiento ejecutivo no puede iniciarse sin la existencia de un acto administrativo formal (...); 2. **No es necesario que el acto administrativo a ejecutar reúna el carácter de firmeza:** puede ser ejecutado aun cuando haya sido objeto de impugnación en vía administrativa o contenciosa, y salvo la ejecución sea detenida mediante la suspensión de su eficacia, en los términos que antes vimos; 3. El acto a ejecutar ha de poseer un grado de determinación suficiente, de manera que la obligación que imponga no requiera ser concretada mediante especificaciones ulteriores (...); 4. Por fin, la potestad de ejecución solo puede actuarse previa notificación de su iniciación y con la preceptiva intimación de cumplimiento” págs. 151-152.

En curso de dicho examen debe tenerse en consideración, que en caso de que se procure la suspensión vía la medida cautelar ante el Juez se deben observar lo que enunciamos en los párrafos anteriores, añadiendo las causas previstas por el art. 112[7] del Código Tributario, aplicables al recurso contencioso tributario que justifica la existencia de dicha -eventual- adopción de medida cautelar por la instrumentalidad que caracteriza dichas medidas. Independientemente de que existan quienes enarbolan que subsiste una especie de *referimiento* o **medida cautelar autónoma, aspecto con el cual no estamos de acuerdo**, pudiendo darse la situación exclusiva de que la adopción de una medida cautelar resuelva el diferendo final, o reservado al Juez de Fondo por tratarse de una cautelar de tipo positivo como bien desarrolla el Magistrado VASQUEZ GOICO, Rafael en su obra *Las Cautelares en el Contencioso Administrativo Dominicano*, 2018.

Finalmente, el Tribunal Constitucional (TCRD) ha sido contundente al vedar la posibilidad de que un embargo sea ventilado por la vía del amparo ordinario conforme el art. 65 y ss. de la Ley No. 137-11, y esto, es prueba de la “fiebre” del amparo, en donde ningún mecanismo recursivo pareciera ser suficientemente efectivo para el administrado, o, la ambición de someter, en la mayoría de los casos hasta tres (3) acciones diferentes sobre el mismo objeto de controversia obedece a un interés de desnaturalizar las vías judiciales existentes y más importante, en perjuicio de la seguridad jurídica de los interesados, contribuyente-Administración Tributaria, como también sobre la ética del litigante que lo propone.

Bibliografía

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, año 2018.

PÉREZ T. ELADIO A. MIGUEL, *Derecho Procesal Civil Actualizado*, Tomo III, año 2019.

Normas

Código Tributario Dominicano

[1] Supletoria en vista de la omisión del Código Tributario -como norma especializada- esta es la interpretación jurisprudencial vigente, sin embargo, existen quienes proponen la jurisdicción civil como tribunal competente.

[2] Debidamente protegida por la Ley No. 107-13, art. 15 párrafo III, y aplicada por la Tercera Sala de la Suprema Corte en materia de Derecho Municipal, donde la especialidad de la Ley No. 176-07 se impuso a pesar de ser una norma anterior.

[3] Ratificado por el precedente TC/830/18.

[4] Cuyo abordaje doctrinario es realizado por SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso.

[5] Sobre el cual es importante destacar que en virtud del art. 14 de la Ley No. 107-13, las peticiones de nulidad deben estar sustentadas en situaciones que estén sancionadas por su incumplimiento con esa consecuencia; jamás por el cuestionamiento del Departamento a lo interno de la Administración Tributaria que emita dicho acto, a lo cual se suma la potestad de delegación indicada por la Ley No. 247-12.

[6] Lo cual la doctrina del Magistrado Eladio A. Miguel Pérez T. en su obra Derecho Procesal Civil Actualizado, Tomo III, hace referencia, cuando lo indica dentro de los títulos que permiten un embargo ejecutivo, numeral 8, pág. 301.

[7] La oposición del embargado sólo será admisible cuando se funde en algunas de las siguientes excepciones: a) Pago de la deuda. b) Prescripción. c) Inhabilidad del título por omisión de cualquiera de los requisitos previstos en los Artículos, 104 y 105 de este Código.

Derecho penal del enemigo en delitos de corrupción: ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la defensa

Víctor A. León Morel[1]

“Los hombres, estando en el poder, deberían ser juzgados por los resultados obtenidos, y si al final los resultados deseados se logran, los medios utilizados para alcanzarlos tendrían que ser perdonados.” El Príncipe de Nicolás Maquiavelo.

Introducción

La histórica impunidad frente a la corrupción[2] ha provocado una gran indignación de la mayor parte de la sociedad que reclama “justicia[3]” a como dé lugar, bajo el argumento de que el fin justifica los medios. Estos individuos imputados a estos delitos pasan de ser juzgados bajo un derecho penal del ciudadano a un derecho penal del enemigo, mediante lo cual según Jakobs, ciertas personas, porque son enemigos de la sociedad (o Estado), no tienen todas las protecciones penales y procedimientos penales que se dan a otras personas. Jakobs propone la distinción entre un derecho penal del ciudadano (Bürgerstrafrecht), que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un derecho penal para enemigos (Feindstrafrecht), orientado a combatir los peligros, y que permite que cualquier medio disponible sea utilizado para castigar estos enemigos[4].

Dicho lo anterior, es evidente que la mediatización de este tipo de juicios y el derecho a la información que tienen todas las personas de conocer respecto de estos procesos ha llevado a que estos individuos sean tratados como verdaderos enemigos de la sociedad, condenados en la opinión pública, y mediante juicios paralelos que los mantienen estigmatizados por el resto de sus vidas.

En vista de lo anterior, nuestro objetivo en el presente escrito es analizar cómo se ha aplicado este derecho penal del enemigo a imputados de crímenes de corrupción y como estas actuaciones pueden ser compatibles o no con nuestro Estado Constitucional de Derecho, frente a dos derechos fundamentales en conflicto, el derecho a la libertad de expresión e información que tienen las personas y el derecho de defensa y otros derechos conexos que tiene el “enemigo” en este caso.

Distinción entre el derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo

La profesora Palacios Valencia en su artículo “*Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional*”, citando a Jakobs, realiza las siguientes precisiones entre la distinción de ambos conceptos:

*Jakobs diferencia claramente entre lo que para él es el derecho penal del enemigo, del derecho penal del ciudadano. Este último sería para aquellas personas que le deben obediencia al derecho al menos en todo o en parte, al no delinquir continuamente. Por ello, el **derecho penal del ciudadano** mantiene la vigencia de la norma, en tanto que*

el **derecho penal del enemigo** combate peligros. Sin embargo, aclara “que todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí, por medio del derecho en cuanto a personas” (Jakobs, 2006: 15), pero como **el enemigo es aquel que integra la criminalidad organizada y los grupos terroristas, individuos que violentan grave y permanentemente el derecho**, el Estado no debe tratarlos ya como personas, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás, pues ellos se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, al no prestar la garantía cognitiva mínima, necesaria para el tratamiento como persona[5].

Conforme lo citado, el derecho penal del enemigo tiene su aplicación clásica en casos de terrorismo y criminalidad organizada, como sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica, con el ataque a las Torres Gemelas, Pentágono y otros, que provocaron que fuera aprobada una legislación especial para tratar a estos enemigos y proteger de forma efectiva el bien común de la colectividad. Por esta razón, el profesor de derecho penal europeo, John Vervaele, en su trabajo titulado “*La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho Penal del enemigo?*”, realiza precisiones interesantes sobre la Ley denominada “Patriot Act” otorga poderes extraordinarios a las autoridades en caso de sospecha de que una persona sea un terrorista (en este caso enemigo), lo que implica que ciertos derechos fundamentales sean vulnerados a fines de prevenir un delito y combatir el terrorismo[6]. En estos casos, uno de los derechos fundamentales consagrado por el Contrato Social es el derecho que tienen todas las personas a vivir de forma segura y pacífica, lo que evidentemente implica una actuación positiva de parte del Estado.

Asimismo, como afirman los profesores André Luís Callegari y Fernanda Arruda Dutra, en su obra “*Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*”, la presión social provocada por la inseguridad que ronda la sociedad ha servido como justificativo para generar la legitimación necesaria para que el Estado aumente su potestad, ampliando su espectro del control penal, a través de la creación de nuevos tipos penales y aumento de pena, en la lucha contra la criminalidad suprimiendo derechos y garantías hasta el punto de admitirse la pérdida del estatus de persona[7].

Es importante resaltar que en nuestro Estado de Derecho, este enemigo pierde ciertos derechos fundamentales solamente de forma fáctica, debido a que la Constitución, instrumentos internacionales y la legislación local no contemplan la posibilidad de que este tratamiento sea aplicado, por lo que nuestro análisis evidentemente se circunscribe a una realidad que en muchos casos se encuentra ajena al derecho.

No obstante lo anterior, existen excepciones, como por ejemplo, la Ley 155-17, para combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, que en sus artículos 82 y siguientes respecto al título denominado “*Congelamiento Preventivo de Bienes en virtud de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*”, que obliga a los sujetos obligados a monitorear resoluciones específicas del Consejo de Seguridad para ejecutar un congelamiento preventivo de los bienes o activos del cliente que se encuentre en dichas listas. Este tratamiento ciertamente se puede considerar como una aplicación del derecho penal del enemigo, al prescindir de ciertas garantías

constitucionales a fines de combatir supuestos delitos graves que afectan a la colectividad, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Ponderación entre el derecho a la información y el derecho de defensa del enemigo

Recientemente debatía con colegas el tema de los juicios paralelos, y su incidencia en la sociedad moderna. Los “enemigos” denominados por Jakobs son la base de este trabajo, en el cual pretendemos analizar qué derechos pierden estos imputados en casos de corrupción, frente al derecho a la libertad de expresión e información que tiene la sociedad de conocer los detalles de estos procesos penales.

Según el artículo 95, numeral 8, del Código Procesal Penal, *el imputado tiene, desde que se solicite la aplicación de una medida de coerción o la realización de un anticipo de prueba, derecho a:*

8) No ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro:

Asimismo, el artículo 290 del referido Código dispone en su primera parte lo siguiente: *Art. 290.- Carácter de las actuaciones. El procedimiento preparatorio **no es público para los terceros**. Las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes*

En estos casos, denominados mediáticos, donde la prensa dedica una gran parte de su personal y equipos a fines de cubrir los mismos para obtener información, es evidente que, debido a varias razones, entre ellas, el morbo, amarillismo, la expectativa razonable de una eventual condena, y obviamente la persona que está siendo juzgada, hay una gran audiencia esperando obtener información de forma rápida y eficiente.

Los juicios paralelos según una reciente e interesante sentencia de la Corte Constitucional de Colombia del año 2020, **SU141/20**, se definen como “*aquel conjunto de informaciones y noticias, acompañadas de juicios de valor más o menos explícitos, difundidas durante un determinado periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un caso (...) y cuya característica principal es que ‘se realiza una valoración social de las acciones sometidas a la investigación judicial, lo que podría influir en la voluntad y opinión de los jueces[8]’*”.

La Corte Constitucional y su magistrado ponente, Carlos Bernal Pulido consideran que los juicios paralelos constituyen un “*uso desmedido de [la] facultad comunicativa de los medios de comunicación, que incide en la correcta administración de justicia. Si bien “es algo correcto y necesario en una sociedad democrática” que los medios proporcionen información sobre los procesos penales, “cuando los juicios de valor (...) se producen al tiempo que se está celebrando el juicio estamos ante el juicio paralelo [que] pueden afectar la imparcialidad del tribunal y esto, a su vez, se refleja sobre el derecho del acusado a la **presunción de inocencia** y en general al **derecho a un juicio justo**”*”. De allí que “un

ejercicio desmedido de la intervención mediática en la actuación jurisdiccional ponga en grave peligro los derechos fundamentales de las partes, y particularmente del inculpado, a un proceso justo, puede ser sometido a restricciones como una necesidad de ordenación racional en una sociedad democrática de los respectivos espacios de eficacia garantizada a cada uno de los derechos[9]".

El manejo de la información en las redes sociales ha democratizado el acceso a la información, sin embargo, también ha dificultado que obtener la misma sea de calidad, o que el receptor pueda distinguir una información falsa de una información verdadera. Es en estos casos en que la presunción de inocencia del enemigo puede quedar altamente lesionada, al punto de que, se trata de una inversión en la carga probatoria donde el enemigo debe demostrar que es inocente y no lo contrario en un Estado de Derecho, donde el órgano acusador es quien debe probar la culpabilidad del imputado.

Esto se evidencia cuando la parte final del citado artículo 290 dispone una excepción a la privacidad del proceso en etapa preparatoria al establecer lo siguiente:

Cuando el imputado sea un funcionario público a quien se le atribuye la comisión de una infracción en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de él, o se trate de una infracción que afecta el patrimonio público, los medios de comunicación pueden tener acceso a aquellas actuaciones que, a juicio del ministerio público, no perjudiquen la investigación ni vulneren los derechos del imputado.

Esta disposición normativa ha sido objeto de debates en el sentido de determinar si la misma puede o no ser aplicada a la medida de coerción en casos donde los denominados "enemigos" sean acusados de delitos de corrupción y relacionados. En estos casos, prácticamente se invierte el fardo probatorio ante la opinión pública, y el imputado se ve como una persona culpable hasta que se demuestre lo contrario y no a la inversa.

El profesor Francisco Leturia nos indica al respecto que la publicidad procesal es una modalidad de derecho/libertad de información expresada en clave procesal, de la que emanan dos principios confluyentes: el derecho a ser juzgado en público y el derecho del público a observar y escrutar el funcionamiento de la justicia[10]. La pregunta necesaria que debemos hacernos es si realmente es saludable para el proceso conocer públicamente la medida de coerción, justificándola en el derecho a la información de un delito de corrupción o conexo, o si realmente esta difusión de una etapa inicial del proceso vulnera los derechos fundamentales de los imputados, específicamente su derecho de defensa.

Algunos incluso podrían argumentar que la difusión y transmisión de estos procesos judiciales desde su etapa inicial va en favor del imputado, pues evitaría que los jueces y fiscales cometan arbitrariedades sin que la población pueda enterarse de primera mano, como algunos han expresado, de que "***la publicidad protege al proceso***". En cierto sentido, podríamos incluso decir que los derechos fundamentales del "enemigo" no necesariamente se encuentran vulnerados por la transmisión y difusión de la solicitud de medida de coerción, sino más bien, por el uso sensacionalista y

distorsionante que la prensa atribuye a determinadas situaciones en el curso de la misma.

Por esta y otras razones, la Corte Constitucional de Colombia en su **Sentencia T-049** del año 2008, ha considerado que la publicidad de las actuaciones judiciales “constituye un instrumento fundamental para la efectividad de los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción (...) a favor de los sujetos procesales y un medio indispensable para que la comunidad en general ejerza el control y vigilancia sobre las actuaciones de las autoridades públicas[11]”.

La jurisprudencia comparada ha admitido la necesidad de limitar la publicidad en ciertos procesos, como por ejemplo, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** ha señalado que el artículo 6 autoriza a excluir de un juicio a la prensa y el público ya sea “en interés del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática” o porque “la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan” o bien “en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia[12]”. Asimismo, la **Corte Suprema de Estados Unidos (SCOTUS[13])** en el caso *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), vinculado a la anulación de un juicio realizado en presencia de una fuerte campaña de prensa (que precedió no solo al juicio sino a la elección en que participaban el juez y del fiscal) mostró la posibilidad de restringir, por motivos justificados, la publicidad sobre determinados asuntos, así como el riesgo que la prensa podía implicar para el adecuado funcionamiento de la justicia. El **Tribunal Constitucional Español (TCE)**, recordando que el artículo 120.1 de la Constitución ha señalado para la publicidad “las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”, y ellas deberán ser establecidas haciendo uso de los criterios establecidos por un juicio de ponderación^[14].

El Tribunal Constitucional Español ha reconocido en reiteradas oportunidades el importante papel que juegan los medios de comunicación afirmando en su sentencia **STC/30/1982** que *este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social*. En otra decisión importante del Tribunal Constitucional Español, **STC 57/2004**, estableció que *“no es compatible, pues, con la actual legislación reguladora del ejercicio de la libertad de información (art. 20.4 CE) el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador. La eventual limitación o prohibición de tal utilización, inicialmente permitida, ha de realizarse de forma expresa en cada caso por el órgano judicial conforme a las exigencias a las que acaba de hacerse referencia.”*

Ahora bien, esto no quiere decir que los medios de comunicación están exentos de su responsabilidad como portavoces de los procesos judiciales de los denominados

“enemigos” de la sociedad. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en una sentencia reciente del año 2019, **SU274/2019** ha advertido que *“los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, **pero deben hacerlo de manera responsable**, de forma que no vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho”*.

En términos generales, la publicidad en los procesos penales no puede limitarse al derecho de los periodistas a cubrir las audiencias, sino el derecho de toda la sociedad a recibir información de elevado interés público, más cuando se tratan de hechos conexos con posibles situaciones de corrupción, rendición de cuentas, transparencia en el ejercicio de la función, pública, el control social, entre otros.

Por esta razón entendemos que no se puede aplicar de manera absoluta, ni siquiera en la etapa inicial de medida de coerción, la prohibición de permitir la difusión y transmisión de procesos judiciales mediáticos que tengan un interés público, como son los citados casos de corrupción.

Conclusiones

La Constitución del 26 de enero del año 2010 fue la primera en nuestra historia en incluir expresamente disposiciones respecto a la proscripción de la corrupción en su artículo 146, por lo que se reconoce que existe un interés de toda la sociedad de combatir este tipo de delitos.

En palabras del jurista, Manuel Jaen Vallejo, la publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo[15].

Y es que como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su famosa sentencia Herrera Ulloa vs Costa Rica, es necesario que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad[16]. Pero esta publicidad a delitos de corrupción de los denominados enemigos de la sociedad debe tener límites, debido a que el derecho fundamental a la libertad de información no es un derecho absoluto.

La citada Corte Constitucional de Colombia ha establecido tres requisitos esenciales a fines de restringir o limitar del ejercicio de la libertad de expresión, en procesos judiciales y sobre todo procesos penales:

1.La limitación debe estar prevista legalmente. La restricción de la libertad de expresión debe estar fundada en una norma legal, “en sentido formal y material” Este

requisito también excluye la posibilidad de interpretar analógicamente las normas que restrinjan la libertad de expresión;

2.La limitación debe perseguir el logro de objetivos imperiosos a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Son finalidades imperiosas la protección de “*los derechos de los demás*”, la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral pública; y por último

3.La limitación debe ser proporcional. La medida que restrinja el ejercicio de las referidas libertades deberá ser **idónea, necesaria y proporcionada** en sentido estricto. En otras palabras: (i) la idoneidad implica que la medida sea adecuada para asegurar la consecución del objetivo imperioso alegado para restringir la libertad de expresión; (ii) la necesidad conlleva que la medida restrictiva adoptada debe ser la menos gravosa entre las alternativas razonables disponibles, y que esta “no limite más allá de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, por último, (iii) la proporcionalidad en sentido estricto garantiza que la restricción interfiera en la menor medida de lo posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En conclusión, nuestra opinión es que los jueces deben realizar una ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto, conforme el 74.4 de la Constitución, y determinar si efectivamente el derecho a la presunción de inocencia, intimidad y demás derechos conexos pueden ceder ante el derecho a la información que tiene la sociedad o viceversa, y no aplicar de forma mecánica estos evidentes conflictos de derechos fundamentales, que se agravan cuando el imputado está acusado por algún delito de corrupción, por el interés que la sociedad ha generado en los mismos.

Esto no implica que los imputados de corrupción sean tratados como enemigos, como lo afirma la citada teoría de Jakobs, pues el populismo no es la solución, sobre todo que en palabras del maestro Roxin, “*el sacrificio de la libertad ciudadana sería un precio demasiado elevado para una lucha exitosa contra la criminalidad*[17]”.

Bibliografía

- BERRUEZO, Rafael, COPPOLA, Nicolás, “*Derecho penal del enemigo y su aplicación en el derecho penal económico*”, Buenos Aires, 2021;
- GALLEGARI, André Luis, ARRUDA DUTRA, Fernanda, “*Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*”, P. 327. 1, 2006;
- JAKOBS, Günther, CANCIO MELLA, Manuel, “*Derecho penal del enemigo*”, Thomson Civitas, 2003, disponible en línea: http://www.psicosocial.net/historico/index.php?option=com_docman&view=download&alias=771-derecho-penal-del-enemigo&category_slug=coercion-y-control-social&Itemid=100225;
- LETURIA, Francisco J. “*La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española*”, chil. derecho vol.45 no.3 Santiago dic. 2018, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000300647#fn1;
- PALACIOS VALENCIA, Yennesit, “*Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional*”, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 21 (2): 19, julio-diciembre, 2010 (ISSN: 1659-4304, disponible en línea: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>);
- ROXIN, Claus, “*Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998. P. 445.
- VALLEJO, Manuel Jaén, “*Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal*”, Madrid, 2002;

- VERVAELE, John, “*La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho Penal del enemigo?*”, disponible en línea en <https://vlex.es/vid/legislacion-antiterrorista-penal-enemigo-312870302>;
- REPÚBLICA DOMINICANA, *Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010* [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf> [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020]
- Sentencia T-049, Corte Constitucional de Colombia, 24 de enero de 2008, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-049-08.htm>;
- Sentencia SU141/20, Corte Constitucional de Colombia, 7 de mayo del año 2020, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU141-20.htm>;
- TEDH N°s 7819/77 y 7878/77, *Campbell and Fell v. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984;
- Corte Suprema de Estados Unidos (SCOTUS) caso *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 (2004);
- [1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Panthéon Sorbonne y el IGLOBAL.
- [2] El movimiento cívico no partidista y capítulo dominicano de Transparencia Internacional, Participación Ciudadana, presentó este jueves el indicador de corrupción más usado en todo el mundo, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2019, el cual situó nuevamente a República Dominicana entre los países con más altos niveles de corrupción con una puntuación de 28 sobre 100, dos puntos menos respecto al 2018, y ocupando el lugar 137 de 180 países, una pérdida de 2 puntos y 8 puestos en el ranking mundial, disponible en línea: <https://pciudadana.org/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-coloca-otra-vez-a-rd-entre-los-paises-con-mayores-niveles-de-corrupcion/>
- [3] Esta justicia es contraria a la ideada por Ulpiano cuando indico que: “*La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho*”, pues la sociedad a nivel general solo reclama culpables y celebra las condenas a prisión preventiva como si fueran condenas definitivas.
- [4] JAKOBS, Günther, *CANCIO MELLA, Manuel, “Derecho penal del enemigo”, Thomson Civitas, 2003, disponible en línea: http://www.psicosocial.net/historico/index.php?option=com_docman&view=download&alias=771-derecho-penal-del-enemigo&category_slug=coercion-y-control-social&Itemid=100225*
- [5] PALACIOS VALENCIA, Yennesit, “*Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional*”, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 21 (2): 19, julio-diciembre, 2010 (ISSN: 1659-4304, disponible en línea: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>
- [6] El autor indica que los ataques del 11 de septiembre y la posición adoptada por los Estados Unidos en materia anti-terrorista han tenido consecuencias en Europa. Muchos países europeos han adoptado legislaciones especiales anti-terroristas o han endurecido significativamente las leyes ya existentes. La Unión Europea ha acelerado la adopción de la Decisión-marco sobre armonización de la legislación penal en materia de terrorismo y sobre el mandato de arresto, y ha elaborado un vasto proyecto de acción anti-terrorista. VERVAELE, John, “*La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho Penal del enemigo?*”, disponible en línea en <https://vlex.es/vid/legislacion-antiterrorista-penal-enemigo-312870302>;
- [7] GALLEGARI, André Luis, ARRUDA DUTRA, Fernanda, “*Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*”, P. 327. Vol. 1, 2006.
- [8] Sentencia SU141/20, Corte Constitucional de Colombia, 7 de mayo del año 2020, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU141-20.htm>
- [9] Op. Cit.
- [10] LETURIA, Francisco J. “*La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española*”, Rev. chil. derecho vol.45 no.3 Santiago dic. 2018, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000300647#fn1
- [11] Sentencia T-049, Corte Constitucional de Colombia, 24 de enero de 2008, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-049-08.htm>
- [12] TEDH N°s 7819/77 y 7878/77, *Campbell and Fell v. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984
- [13] Siglas en inglés.
- [14] STC 57/2004.
- [15] VALLEJO, Manuel Jaén, “*Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal*”, Madrid, 2002.
- [16] Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 (2004).
- [17] ROXIN, Claus, “*Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998. P. 445.

Adaptación de la legislación electoral al contexto de las plataformas digitales

Karina Noelia Espinal Ovalle

A propósito de la propuesta de modificación de las leyes 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, y 15-19 sobre Régimen Electoral, presentada por la Junta Central Electoral (JCE) en días recientes, es propicia la ocasión para exteriorizar algunas sugerencias enfocadas en el financiamiento político. La propuesta presentada recientemente por la autoridad administrativa electoral da en la diana en cuatro aspectos que considero fundamentales para la reforma del financiamiento político en la legislación dominicana, estos son:

- i) La fijación de un porcentaje para la distribución del financiamiento público, volviendo a lo dispuesto en el artículo 49 de la derogada Ley 275-97;
- ii) La promoción de una mayor equidad en la distribución del financiamiento público directo. Esta idea ha sido reiteradamente recomendada por la Organización de Estados Americanos (OEA), con ocasión de los informes presentados para las elecciones celebradas en 2016 y 2020;
- iii) La destinación de un porcentaje del financiamiento público para la promoción de liderazgos y candidaturas de mujeres. Disposición que ya ha sido adoptada por varios países del hemisferio.
- iv) El establecimiento de sanciones ante el incumplimiento de la entrega del informe de ingresos y gastos de precampaña.

No obstante, se deben analizar con pinzas dos aspectos que entiendo pueden ser controversiales a futuro, el primero, la proporcionalidad de las sanciones en materia de financiamiento político y su impacto en el proceso democrático; y, segundo, la reducción significativa del tope de gastos de precampaña y campaña electoral. Estos aspectos no serán profundizados en el presente artículo, pero dejamos constancia de que la eficacia en los topes de gastos depende del establecimiento de un monto adecuado que no suponga un obstáculo a campañas atractivas y entendemos que, aunque la propuesta de rebaja en los topes es bien intencionada, pudiese acarrear efectos no deseados.

La visión de la Junta Central Electoral de impulsar una reforma integral, apegada a los valores democráticos y cónsona con los avances legislativos de la región latinoamericana, es positiva para la sociedad dominicana. En ocasión del debate que se abrirá a partir de ahora, propongo echar un vistazo a la escasa regulación del uso de las plataformas digitales en los procesos electorales, en especial las campañas online en redes sociales y su adecuada fiscalización.

Lo cierto es que, las redes sociales adquieren cada día más relevancia en América Latina, así se deduce del reporte de Global Digital 2020, el cual indica en su página web, que la penetración de las redes sociales en América Latina alcanza un 60 por ciento, cifra que se ha elevado especialmente en el Caribe y en América del Sur. En el caso de

República Dominicana hasta enero del 2020 existían 6,40 millones de usuarios de redes sociales, fijándose la penetración en un 59%.

De acuerdo al informe de IDEA Internacional, El estado de la democracia en el mundo y en las Américas 2019, las redes sociales juegan hoy un papel cada vez más importante en los procesos políticos y electorales[1] y apenas solo un 5% de los países en la Base de Datos de Financiamiento Político de la organización IDEA Internacional cuentan con regulación explícita sobre gastos de campaña online, haciéndose evidente el reto y la necesidad de adaptar la legislación electoral al entorno de las plataformas digitales.

En el contexto dominicano, la ley 33-18 dispone en su artículo 63 la obligación por parte de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos de transparentar las contribuciones realizadas por internet y redes sociales. Por su lado, la Ley 15-19 establece genéricamente lo que se incluye en los gastos de campaña: 1) Gastos de actividades, que comprenden la celebración de eventos políticos en lugares públicos o privados en los que se promueva al candidato y que tenga como finalidad la captación del voto; 2) Gastos operacionales de campaña, que comprende los sueldos y salarios del personal eventual, el arrendamiento eventual de bienes, muebles e inmuebles, el transporte de material y personal, viáticos, adquisición de equipos y otros similares; y 3) Gastos de propaganda en prensa, radio, televisión y publicidad gráfica, que comprenden los realizados en cualquiera de estos medios tales como mensajes, anuncios publicitarios y similares, tendientes a la captación del voto. De lo anterior, se entiende que no existe disposición expresa que coloque la propaganda digital como gasto de campaña[2].

Es justamente en el artículo 202 de la ley 15-19 que propongo agregar la propaganda digital como un rubro de la campaña electoral que deberá transparentarse. Empero, en la práctica incluir esta definición de gasto a la norma no acarreará ninguna diferencia sustancial si la Junta Central Electoral de manera administrativa no desarrolla acciones tendientes a identificar la publicidad electoral en redes sociales para fines de cómputo del tope de gastos de campaña.

Igualmente, en el caso hipotético de que se modifique la ley en el sentido propuesto, a través de un reglamento se deberán fijar los lineamientos para la realización del monitoreo en páginas de internet y redes sociales; delimitar la propaganda que será considerada con costo y las que no implican gastos; entre otras cuestiones. Advierto que el acercamiento a este tema no está exento de interrogantes.

Así pues, se hace necesario fortalecer la legislación y aplicar las medidas que permitan monitorear la propaganda de los partidos políticos y sus candidatas y candidatos electorales en las plataformas digitales para fines de fiscalizar los gastos de publicidad y confrontarlos con los informes financieros presentados ante el órgano electoral, para de esta manera, transparentar el flujo de recursos que influyen en las campañas electorales y, por supuesto, asegurar que la información recabada sea accesible a todos los ciudadanos y ciudadanas.

En definitiva, la adecuación de las leyes 33-18 y 15-19 podría generar un potencial impacto en el sistema democrático dominicano que será sana para la calidad de la democracia, siempre que las personas e instituciones involucradas en la discusión de las posibles modificaciones, especialmente nuestros legisladores, manejen adecuadamente los aspectos legales, políticos y técnicos que envuelve este tipo de reformas.

[1] Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, El Estado de la Democracia en el mundo y en las Américas 2019: Confrontar los desafíos, revivir la promesa (Estocolmo: IDEA Internacional, 2019)

[2] Artículo 202 de la Ley 15-19 sobre Régimen Electoral.



ABOGADOSDQ

