

- **Juan E. Ulloa**
- **Manuel Fernández Hernández**
- **José M. Luperón Hernández**
- **Víctor A. León Morel**
- **Ruth Henríquez Manzueta**
- **Stalin Osser**
- **Nikauris Báez Ramírez**
- **Leidy Aracena Minaya**

2023

COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES

- **Adonis L. Recio**
- **Bienvenido G. Liz Santana**
- **Carlos González Cuello**
- **Georgina Davielle Zorrilla**
- **Yoaldo Hernández Perera**
- **Jesús Pérez Marmolejos**
- **Luis Francisco de Jesús Reyes**
- **Joan Manuel Guerrero Tejeda**
- **Luis Marte**
- **Gabriela M. Pérez Guzmán**
- **Brianda Trujillo Florez-Estrada**
- **Francisco Lapouble**
- **Enmanuel Rosario Estévez**
- **Cristian A. Martínez**
- **Anderson Vargas Franco**
- **Alan Solano Tolentino**
- **César V. Polanco Reynoso**
- **Khiara Haannoggy Henríquez Hernández**
- **Federico A. Ramírez**
- **Claudia de Aza Almonte**
- **Pamela P. Checo Frias**
- **Chaly Nicole Cruz Pozo**
- **Marielys Ortiz de Lancer**
- **Adolfo J. Martínez Martínez**
- **Juan Vizcaíno Canario (Compilador)**



ABOGADOSDQ

Santo Domingo, República Dominicana



ABOGADOSDQ

COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES

Santo Domingo, República Dominicana



ABOGADOSDQ

Compilación de Estudios Legales
Séptima edición

Compilador:

Juan N. E. Vizcaíno Canario

Año:

2023

Los conceptos emitidos en esta compilación son responsabilidad de cada autor

Contenido

Presentación	8
Estudios legales	
1. Relevancia de la investigación de inteligencia artificial desde la óptica del derecho <i>Federico A. Ramírez</i>	10
2. El plazo razonable y democracia interna <i>Juan E. Ulloa</i>	13
3. La distancia entre las normas jurídicas y sociales <i>Joan Manuel Guerrero Tejeda</i>	17
4. Análisis de la autotutela ejecutiva de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) a la luz de la Sentencia TC/0830/18 <i>Manuel Alejandro Fernández Hernández</i>	30
5. ¿Cuándo cesa la prisión preventiva? <i>José Miguel Luperón Hernández</i>	39
6. Propiedad intelectual en el entorno digital: Vulneraciones y retos para garantizar su seguridad jurídica <i>Khiara Haannoggy Henríquez Hernández</i>	42
7. Hiperpresidencialismo en la República Dominicana: ¿mito o realidad? <i>Víctor A. León Morel</i>	83
8. El recurso de reconsideración en materia tributaria: aspectos generales, formalidades, plazos y pruebas <i>Claudia de Aza Almonte</i>	86
9. La determinación de la oferta más conveniente en el régimen de contratación pública <i>Ruth Henríquez Manzueta</i>	91
10. El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad <i>Adolfo Martínez Martínez</i>	105
11. Pinceladas sobre la tributación de los cryptoactivos <i>Chaly Nicole Cruz Pozo</i>	110
12. Candidaturas independientes sin respaldo normativo <i>Stalin Osser</i>	118

13. Régimen fiscal de las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) <i>Claudia de Aza Almonte</i>	121
14. Frankenstein jurídico: consideraciones respecto a los colegios profesionales <i>Víctor A. León Morel</i>	126
15. Política Criminal: Derechos Humanos y Enfoque de Género <i>Joan Manuel Guerrero Tejeda</i>	131
16. Fisionomía orgánica de las juntas electorales: crónica de atribuciones confusas <i>Nikauris Báez Ramírez</i>	142
17. Víctor Frank, de creador de Frankenstein a legislador: infracciones administrativas electorales alienadas <i>Nikauris Báez Ramírez</i>	147
18. La Torre de Babel en el derecho procesal dominicano: precisiones y distinciones sobre institutos del derecho procesal <i>Víctor A. León Morel</i>	150
19. Derecho de los contribuyentes al secreto tributario <i>Marielys Ortiz de Lancer</i>	160
20. Apuntes sobre las propuestas de modificación a la ley de partidos, agrupaciones y movimientos políticos y a la ley de régimen electoral <i>Leidy Aracena Minaya</i>	166
21. Ley sobre recurso de casación: una óptica comparativa en materia contenciosa administrativa <i>Adonis L. Recio & Bienvenido G. Liz Santana</i>	172
22. Algunas particularidades de la carga de la prueba en el derecho laboral dominicano <i>Carlos González Cuello</i>	177
23. La idea del interés casacional en la Ley núm. 2-23, sobre recurso de casación <i>Georgina Davielle Zorrilla</i>	187
24. Escrutinio y legitimidad democrática; avances para elecciones integrales <i>Nikauris Báez Ramírez</i>	195
25. La casación inmobiliaria a partir de la nueva Ley 2-23 sobre recurso de casación <i>Yoaldo Hernández Perera</i>	198

26. La garantía legal de bienes duraderos usados en materia de consumo: notas a la Sentencia Núm. SCJ-PS-22-3654, de fecha 16 diciembre 2022, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia	
<i>Jesús Pérez Marmolejos</i>	213
27. La injusticia en el camino de la justicia	
<i>Adonis Recio</i>	217
28. Criterios para la procedencia del amparo de cumplimiento	
<i>Luis Francisco de Jesús Reyes</i>	220
29. Ejecución de la pena en la República Dominicana, a la luz de la Constitución y el Código Procesal Penal	
<i>Joan Manuel Guerrero Tejeda</i>	223
30. electoral, acto electoral: herramientas conceptuales para la solución del conflicto de competencias entre el Tribunal Superior Electoral y el Tribunal Superior Administrativo sobre los asuntos electorales	
<i>Stalin Osser</i>	228
31. Algunas reflexiones sobre los juicios penales en los medios de comunicación y la reacción de los ciudadanos	
<i>Luis Marte</i>	242
32. Novedad de la Ley 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil: ponderación de los derechos a la intimidad y acceso a la información por parte de la Junta Central Electoral	
<i>Gabriela María Pérez Guzmán</i>	255
33. Nuevo esquema principialista en las acciones procesales de los Actos del Estado Civil	
<i>Gabriela María Pérez Guzmán</i>	259
34. Régimen legal concerniente a los datos biométricos a partir de la nueva Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil	
<i>Brianda María Mercedes Trujillo Florez-Estrada</i>	263
35. Obstáculos legales en la necesaria regulación deportiva profesional de la República Dominicana	
<i>Francisco Lapouble</i>	276
36. La aplicación en el tiempo de la nueva ley de casación	
<i>Enmanuel Rosario Estévez</i>	281

37. La liquidación por estado: una figura inútil e inorgánica	
<i>Cristian A. Martínez C</i>	288
38. Niveles de elección y erradicación del voto de arrastre ¿Cómo votar en las elecciones de 2024?	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	294
39. Derribando trabas burocráticas: desjudicialización de las declaraciones tardías de nacimiento y defunción	
<i>Gabriela María Perez</i>	301
40. Obligatoriedad de la debida diligencia: disrupción positiva en los partidos, agrupaciones y movimientos políticos	
<i>Anderson B. Vargas Franco</i>	304
41. La maternidad subrogada, ¿permitida o prohibida?	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	315
42. Precedente electoral – ¿vinculante? ¿a quién?	
<i>Nikauris Báez Ramírez</i>	317
43. Uniones civiles de parejas sentimentales y su posible implementación en la República Dominicana	
<i>Alan Solano Tolentino</i>	320
44. La inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en la República Dominicana	
<i>Alan Solano Tolentino</i>	326
45. ¿Paternidad social vs paternidad biológica? Consideraciones a la sentencia Núm. SCJ-PS-23-0501 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia	
<i>Gabriela Pérez Guzmán</i>	330
46. Referéndum: “El sueño eterno de la democracia participativa”	
<i>César V. Polanco Reynoso y Alan Solano Tolentino</i>	334
47. Análisis comparativo entre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y la Ley de Arbitraje de República Dominicana	
<i>Pamela Checo Frias</i>	337

Presentación

La séptima entrega de la Compilación de Estudios Legales AbogadoSDQ, edición 2023, coincide con el décimo tercer 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 33 profesionales del derecho, distribuidos en 47 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

Relevancia de la investigación de inteligencia artificial desde la óptica del derecho

Federico A. Ramírez

A lo largo de la última década, el auge que ha prevalecido en el uso e investigación de los sistemas de inteligencia artificial, o sistemas IA, ha sido prominente, en comparación a otros años. El principal motivo de este acontecimiento radica en las facilidades que poseen los sistemas de inteligencia artificial para la realización de todo tipo de tareas.

Desde la óptica del derecho, los sistemas de inteligencia artificial han diversificado muchas de las tareas que han requerido años de estudio y práctica para que los abogados puedan dominarlas. Ejemplos como el análisis de datos legales, la asistencia virtual, la predicción de resultados, la revisión automatizada de contratos, la detección de fraudes y lavado de activos, el análisis de jurisprudencias, entre muchos otros casos, los sistemas de inteligencia artificial ofrecen eficiencia y precisión en la realización de todas estas acciones a través de la integración de datos suministrados, cuya recepción se integra a una base que procesa toda la información y llega a ejecutar las respuestas a las preguntas formuladas en tiempo real, siendo este uno de los procesos más sencillos de los contenidos en la esfera de la inteligencia artificial.¹

Es un hecho que el dinamismo y la operabilidad de estos sistemas constituyen características que impulsarán las actividades jurídicas en gran medida. No obstante, estas cualidades han creado la necesidad de que los juristas planteen una gama de escenarios e hipótesis derivados de situaciones altamente probables que tendrían lugar en caso de implementarse un sistema de inteligencia artificial en un plano de derecho.

Un caso que ha marcado precedentes dentro de los servicios de acceso a la justicia es el de la implementación de Prometea en el Ministerio Público de Buenos Aires, Argentina. Este sistema fue implementado con el objetivo de analizar los textos contenidos en los recursos de amparo en materia de derechos sobre la vivienda y la salud, para que luego de dicho análisis, esta solicitud pueda ser respondido por medio de un dictamen fundamentado en jurisprudencias y criterios emanados por el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, logrando así aumentar exponencialmente el porcentaje de resolución de casos que, de manera general, tomaban entre 167 a 190 días otorgarles una decisión, disminuyendo estos números a un promedio de 38 a 42 días.²

Estos resultados ponen en relieve la capacidad y eficiencia que ofrecen los sistemas de inteligencia artificial en la administración de justicia y el derecho. En el caso específico

1 Ramírez Arias, Federico Ángel, «La responsabilidad civil derivada de los daños causados por el incorrecto uso y las fallas de los sistemas de inteligencia artificial» (tesis de grado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 2022), pág. 4-7.

2 Corvalán, Juan Gustavo. "Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia". *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (1 de enero de 2018): 295. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>.

de Prometea, su implementación pudo concretarse gracias a una rigurosa y extensa investigación dividida en dos enfoques, siendo estos el científico y el jurídico. Desde el enfoque científico, se han establecido parámetros como la elaboración de modelos algorítmicos sobre la base de disposiciones y marcos normativos, experimentación y validación de procesos para la recopilación de datos, la definición de métricas para las evaluaciones de cada etapa de la investigación, entre otros elementos, cuya función radica en desarrollar a los sistemas y garantizar su correcta operabilidad al momento de disponerlo al público, pero a todo esto, ¿qué sucede con el enfoque jurídico?

A diferencia de los científicos, cuyo desarrollo se remonta a las primeras investigaciones de inteligencia artificial en 1956, los parámetros jurídicos se han estado dando gracias al interés de países y organizaciones internacionales por regular el uso de los sistemas IA a través de disposiciones normativas que puedan amparar la gran gama de situaciones derivadas de esta tecnología. La precursora de esta idea fue la Unión Europea, que a través de las distintas comisiones conformadas para estudiar los elementos constitutivos de la IA y los instrumentos normativos vigentes en el ordenamiento que puedan acoplarse a dichos elementos, elaboró una propuesta para un reglamento de normas armonizadas en materia de IA3.

Tomando en cuenta aspectos como los principios de ética, coherencia de políticas y disposiciones, los riesgos de sistemas, conductas y usos prohibidos, obligaciones de proveedores y usuarios de IA, entre otros puntos, este modelo normativo elaborado por el Parlamento Europeo desarrolla magníficamente los parámetros que deben ser tomados en cuenta al momento de investigar a la IA desde un plano jurídico.

He aquí donde se evidencia la relevancia que están ganando los sistemas de IA a nivel mundial, ya que desde potencias como lo son Estados Unidos, China, Rusia y los estados que conforman la propia Unión Europea, hasta naciones en vía de desarrollo como República Dominicana y Colombia, han manifestado su interés en establecer un marco normativo que se adapte a los sistemas de IA dentro de sus respectivas jurisdicciones, por lo que para que lograr este objetivo y alcanzar una armonía entre los sistemas de IA y la ley, es imprescindible la realización de investigación rigurosas con parámetros bien definidos, donde se puedan abordar aspectos clave como la protección de datos, la privacidad, la equidad y la transparencia en el desarrollo y despliegue de estos sistemas.

En conclusión, la investigación de inteligencia artificial en el ámbito del Derecho reviste una importancia fundamental en la sociedad actual, destacando que con la creciente adopción de estos sistemas en el campo jurídico plantea desafíos y oportunidades que requieren una atención diligente por parte de los profesionales del Derecho, permitiéndonos comprender y abordar las implicaciones legales, éticas y sociales asociadas con el uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones jurídicas. Además, nos brinda la oportunidad de desarrollar marcos legales y regulaciones adecuados que fomenten la transparencia, la equidad y la responsabilidad en la

3 "EUR-Lex - 52021PC0206 - EN - EUR-Lex". EUR-Lex — Access to European Union law — choose your language. Consultado el 27 de junio de 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

implementación y el uso de los sistemas de IA en el ámbito jurídico, siendo esto una pieza esencial para garantizar la protección de los derechos individuales, salvaguardar la justicia y mantener el equilibrio necesario entre la eficiencia tecnológica y los valores fundamentales de nuestra sociedad.

El plazo razonable y democracia interna

Juan E. Ulloa^[1]

El Tribunal Superior Electoral es el órgano competente para juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contenciosos electorales y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos. Sin embargo, la propia Ley núm. 29-11, Orgánica del Tribunal Superior Electoral establece que sus decisiones pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional cuando las mismas sean manifiestamente contrarias a la Constitución.

Son pocas las sentencias de la jurisdicción electoral que han sido revocadas por la justicia constitucional. No obstante, una de ellas en particular merece nuestra atención debido a que impacta directamente en el comportamiento de las organizaciones políticas y en la efectividad del mandato del artículo 216 de la Constitución, el cual establece que la conformación y funcionamiento de las organizaciones políticas debe sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia.

Las organizaciones políticas gozan de una posición privilegiada en nuestro régimen político, tienen funciones públicas, por políticas, en cuanto a que son instrumentos para contribuir con la participación de los ciudadanos en el proceso democrático del país (Brewer Carías 31, 2018) ostentado el monopolio de la presentación de candidaturas y por lo tanto de la representación popular. En ese sentido, su relevancia constitucional es más que suficiente para justificar la intervención contralora de la jurisdicción para someter al derecho sus actuaciones.

Ha sido un criterio constante del Tribunal Superior Electoral -citando al magistrado Orozco- que someter al imperio del derecho a quienes ejercen el poder político y garantizar, así, los derechos fundamentales, se erige como uno de los principales objetivos del Estado constitucional democrático de derecho, de modo que, si los partidos políticos ejercen un poder político capaz de violentar derechos fundamentales político-electorales tanto de los ciudadanos como de sus afiliados, no habría justificación alguna para prescindir los actos internos partidarios del control jurisdiccional^[2].

En ese sentido, en el marco de una demanda en nulidad contra las modificaciones estatutarias de una organización política, la jurisdicción electoral dominicana estableció un importante precedente con el objetivo de garantizar que las mismas respetaran el principio de democracia interna. Se estableció que todo proceso de reforma estatutaria debía estar impregnada de la mayor transparencia y expresión democrática posible, por lo tanto, la convocatoria de una asamblea con dicho propósito debía respetar por lo menos los siguientes parámetros: a) en la convocatoria se debe indicar de manera expresa artículos estatutarios que serían objeto de reforma; b) a los delegados convocados a la asamblea se le debe hacer llegar, por lo menos 10 días antes de la fecha de la asamblea, el texto íntegro con la propuesta de modificación estatutaria; y c) se debe publicar, igualmente, en un medio de alcance nacional, así como en el portal web

del partido en cuestión, la propuesta de modificación estatutaria, por lo menos 5 días antes de la asamblea[3].

El criterio fue reiterado en diversas ocasiones en las sentencias TSE-018-2017, TSE-023-2017 y TSE-002-2018, esta última recurrida ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso excepcional de revisión constitucional. El Tribunal Constitucional se refirió a la cuestión a través de la sentencia TC/0353/18, argumentando -entre otras cosas- que se transgredió el principio de legalidad al imponer a la organización política respectiva requisitos de validez para la convocatoria de reuniones que no estaban contenidas en sus estatutos.

En pocas palabras, para nuestro Tribunal Constitucional la jurisdicción electoral dominicana está impedida de exigirle a las organizaciones políticas que cumplan con ciertos requisitos de forma al momento de llevar a cabo sus reuniones y asambleas si estos no han sido plasmados anteriormente en sus reglas internas.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Superior Electoral ha tenido que abandonar su criterio y adoptar uno más flexible. Esto lo podemos comprobar en sentencias recientes donde ha conocido demandas en nulidad en contra de convocatorias de asambleas que tenían como objetivo la modificación de estatutos partidarios.

Actualmente la jurisdicción ha establecido que, para la validez de las convocatorias de las convenciones, asambleas, congresos y otros eventos de igual naturaleza a ser celebrados por las organizaciones políticas, estos deben cumplir con los siguientes requisitos: a) que sea realizada por un órgano o funcionario del Partido con calidad para convocar el órgano de que se trate, en virtud de lo dispuesto por sus estatutos; b) realizar una **publicidad oportuna** sobre la convocatoria del evento partidario, a través de un diario de circulación nacional o un medio de comunicación de alcance nacional, **dentro un plazo razonable** entre la fecha de la convocatoria y el evento partidario; c) poner a disposición de los asambleístas los temas de agenda conjuntamente con la convocatoria **dentro un plazo razonable** previo a la celebración del evento partidario; y d) en los casos de modificación estatutaria, colocar a disposición de los asambleístas las propuestas de modificación a ser sometidas a votación en la Asamblea convocada[4].

Como se puede apreciar, en esta ocasión el Tribunal ha decidido evitar imponerles a las organizaciones políticas un plazo específico para la publicidad y puesta en conocimiento de las convocatorias a asambleas y reuniones partidarias, aún cuando estas tengan como objetivo modificar los estatutos partidarios. Se ha optado por utilizar las palabras “*publicidad oportuna*” y “*plazo razonable*” de manera que no se configure una “*contraproducente*” intervención del Estado a través de la función electoral jurisdiccional, en la autonomía y libertad partidaria.

En el pasado, ante la ausencia de mandatos claros en los estatutos partidarios para la concretización de actos que rigen la vida intrapartidaria, el Tribunal expresó que la

laxitud en las disposiciones estatutarias no eximía a las organizaciones políticas de cumplir con mayores niveles de democracia interna y transparencia[5]. De manera que, aunque la normativa interna no prevea con cuánto tiempo de antelación debe convocarse a cada reunión, la organización política está llamada a hacerlo en un tiempo *razonable* que permita a sus militantes tomar conocimiento sobre las cuestiones a ser planteadas y estar en posición de discutirlos, solo así se garantiza que estos formen realmente parte de la adopción de decisiones y de la dinámica de fiscalización interna.

Deberíamos preguntarnos ¿Qué es un plazo razonable y cómo se fiscaliza el cumplimiento de esa disposición ante la jurisdicción electoral? No considero prudente ni correcto la ambigüedad del mandato “razonable” cuando de modificación estatutarias se refiere. Las normas oscuras que le permiten a las autoridades hacerse valer de *vacíos estatutarios* para dificultar la fiscalización partidaria debe encontrar su límite en el Tribunal Superior Electoral haciendo valer el contenido y objetivo del artículo 216 de la Constitución. No tengo dudas de que el deseo de la jurisdicción electoral dominicana es hacerle frente a ello, pero actualmente se encuentra amarrado de manos.

Los estatutos son para las organizaciones políticas lo que es la Constitución para el Estado moderno. De ahí se desprenden las más importantes reglas de la vida interna partidaria, es el documento que regula su propia identidad, por lo tanto, su modificación debe estar impregnada de lo más altos estándares de transparencia y democracia interna.

La democracia interna ha sido definida por el Tribunal como la adaptación de estructuras partidarias y procedimientos internos a nuevas exigencias sociales que, a su vez, se materializan en un catálogo de derechos y obligaciones correlativas, ligados a la vigencia de reglas, valores y principios democráticos[6]. La exigencia de este principio busca minimizar los efectos de *la ley de hierro de la oligarquía* conforme la cual las organizaciones políticas tienden a desprenderse de los procedimientos democráticos en sus actuaciones y que ello produce una oligarquización, mediante la que una minoría dirigente escapa al examen y control de una inmensa mayoría de afiliados del partido (Dolores Martínez, 36, 2006).

Ciertamente las organizaciones políticas, como asociaciones que son, tienen libertad de autoorganizarse lo que implica libertad para estructurarse y conferirse de todas las normas de funcionamiento de manera autónoma, sin embargo, esto soporta ciertos límites como el mandato constitucional de conformarse internamente con respeto a la transparencia y la democracia interna. Los jueces electorales deben lograr un perfecto equilibrio entre la autodeterminación y la democracia interna de manera que ninguna quede totalmente supeditada a la otra.

La democracia interna en las organizaciones políticas se materializa a través de procedimientos partidarios que permitan la intervención de los afiliados de manera que puedan fiscalizar a los órganos dirigentes. En otros términos, significa que a favor

de los militantes se generan una serie de facultades y atribuciones cuyo fin es garantizar que estos tomen parte de las decisiones a ser tomadas en el seno de la organización, es por ello que la Ley núm. 33-18 establece en su artículo 30 un catálogo de derechos entre los cuales encontramos los derechos a fiscalización, información y a un recurso de reclamación.

Se torna imposible el ejercicio de derechos como el de fiscalización partidaria cuando un *plazo razonable* le permite a las cúpulas partidarias hacerle llegar a los delegados de una convención 24 horas antes el texto a ser modificado. Sin un preciso conocimiento de lo que se va a discutir dichas asambleas se convierten en sellos gomígrafos donde nadie tiene la capacidad de discutir y reflexionar sobre lo presentado. El ideal de democracia interna seguiría siendo eso mismo, un ideal.

Consciente de todo esto la jurisdicción electoral ha expresado que las organizaciones políticas no solo deben respetar en todo momento su propia normativa, sino que también deben considerar, al desplegar sus actuaciones, las exigencias democráticas mínimas que componen el principio de democracia interna^[7]. Los partidos políticos han sido siempre renuentes a ser democratizados, pero en los últimos años gracias a importantes sentencias del Tribunal Superior Electoral hemos logrado que su comportamiento se ajuste a estos principios constitucionales. Esperamos que en el futuro la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional incline un poco la balanza a favor de la democracia interna pues con relación a este criterio se siente muy pesado del lado de la autodeterminación partidaria.

[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 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.

[2] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-004-2018, de fecha nueve (09) de abril de dos mil dieciocho (2018), p. 19.

[3] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-011-2017, de fecha cuatro (04) de abril de dos mil diecisiete (2017), pp. 22-23.

[4] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-004-2022, de fecha veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022), p. 20.

[5] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-002-2018, de fecha veintidos (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), p. 33.

[6] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-027-2019, de fecha cinco (05) de julio de dos mil diecinueve (2019), pp. 49-50.

[7] Tribunal Superior Electoral de la República Dominicana, sentencia TSE-003-2019, de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019), p. 36.

La distancia entre las normas jurídicas y sociales

Joan Manuel Guerrero Tejeda

Introducción:

Estudiar las normas jurídicas y su resultado en la sociedad requiere, por obligación, evaluar su efectividad en tanto nivel de conexión con las normas informales de control social. La efectividad del derecho como regulador de las sociedades, es medible a través de lo positivo o negativo de los resultados generados en la aplicación de las diferentes leyes. Cuando la norma jurídica no responde a factores sociales o culturales objetivos ni subjetivos, se produce una tensión social que puede generar ineffectividad en la aplicación de la ley, sin importar del orden jurídico de que se trate.

En este trabajo se analiza la norma jurídica precedida de un abordaje sociológico que permite determinar ¿cómo se configura la norma jurídica estructuralmente respecto a la social? ¿Existe primero la norma jurídica respecto de la social? Con miras a averiguar para qué se ejerce el control social y si el derecho juega un rol a este respecto. Del mismo modo, se aborda el ordenamiento jurídico idóneo teniendo en consideración que la consideración de las necesidades de las generaciones futuras y la naturaleza es un elemento inescindible para la configuración formal - material del ordenamiento jurídico idóneo.

Luego se estudia el concepto de distancia entre las normas jurídicas y las normas sociales desde dos vertientes: una relativa a la eficacia/efectividad de la norma y otra relativa a la distancia temporal y/o territorio - espacial de la norma jurídica con la social. Se determina que la distancia es un desajuste en la relación sociedad - ordenamiento y, además, la existencia de elementos técnico - jurídicos que no responden a la población objeto de la norma. Se propone una tabla de indicadores para medir la distancia desde sus dos vertientes y se realiza un abordaje metodológico sumario para una medición objetiva de la distancia. Además, se advierte que la distancia no solo puede medirse respecto a una ley, también respecto a una decisión judicial y a actos administrativos.

1. Abordaje conceptual sobre “norma social y norma jurídica”:

Antes de abordar el fondo de este ensayo, es menester referirse a la terminología protagonista del mismo, es decir, normas sociales - o informales - y normas jurídicas - o formales -. Las normas sociales son “reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados” (Fernández Blanco, 2019, p. 261), mientras que las formales <<están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados “oficiales”>> (Fernández Blanco, 2019, p. 261). Sin embargo, la naturaleza de las normas sociales y formales no se circunscribe únicamente a su codificación o ausencia de codificación vía canales oficiales, existen características que configuran, a fondo, ambas normas, a saber:

Tabla núm. 1. Características definitorias de las normas sociales y las normas formales⁴	
Normas sociales	Normas formales
Las normas sociales exigen criticidad respecto a la conducta (Fernández Blanco, 2019, p. 262).	Para que la norma se considere formal, la autoridad de la que emana “o de aplicación” debe ser la competente para oficializar la norma al momento de emitirla (Fernández Blanco, 2019, p. 261), por ejemplo, el Congreso Nacional en aplicación de sus competencias, el Poder Ejecutivo, etc. Sin embargo, debe entenderse que el concepto se amplía a órganos descentralizados como los municipios en su competencia y facultad para la emisión de ordenanzas que regulan asuntos locales y las demás administraciones descentralizadas - Tribunal Constitucional - al momento de emitir sentencias con carácter erga omnes.
Las normas sociales se pueden desobedecer o no (Fernández Blanco, 2019, p. 262).	Es el resultado de una voluntad política expresada a través de la “actividad constructiva de naturaleza hermenéutica realizada por el operador jurídico a partir del texto bruto brindado por el legislador, que es el ordenamiento” (Pita Simón, 2023).
La norma social posee una sanción manejada como mínimo necesario que se presenta “cuando el quiebre de la norma tiene un significado social negativo que puede ser percibido por un observador externo y que es registrado por quien incumple la norma” (Fernández Blanco, 2019, p. 263).	Se integra a un grupo textual que se configura como “ordenamiento jurídico” (Pita Simón, 2023) ⁵ .
Pueden coexistir con la consciencia de que la conducta es contraria a la norma formal, por tanto, no es necesario que se considere moralmente correcta (Fernández Blanco, 2019, pp. 263 y 264).	Encuentra su función en virtud de que pertenece a un ordenamiento configurado para obtener un resultado respecto de la acción humana (Pita Simón, 2023), lo que sociológicamente se denomina como “estado de cosas o la acción o conducta que la norma obliga o proscribire” (véase sobre esto a (Fernández Blanco, 2019, p. 266).
Pueden tener como consecuencia la “amenaza de sanciones informales o de incentivos informales” - lo que algunos autores definirían definiciones favorables o desfavorables -, sin embargo, la ausencia de autoridad podría provocar que “si la sanción no es aplicada o la promesa del incentivo no se cumple, no haya, por lo general, oportunidad de hacer exigible la sanción o la recompensa prometida”, por tanto, carecen	

⁴ Véase que esta tabla no es comparativa entre normas sociales y normas formales, es meramente enunciativa respecto a las características que distinguen una de la otra.

⁵ Si bien la mención de “ordenamiento jurídico” corresponde a una cita, el autor de este ensayo es de opinión de que realmente debe hablarse de “orden jurídico” a los fines, toda vez que “ordenamiento”, en derecho, corresponde al género, es decir, al universo de normas, sin embargo, “orden” es la especie, por tanto, considerando que solo la Constitución puede tener un rango generalizado, las normas que se desprenden de ella - sean orgánicas o no - se integran a un grupo textual que se configura como “orden jurídico”.

de fuerza vinculante de ley - en un grado universal -, en asuntos bilaterales, no tiene fuerza de ley - como bien pudiese tener un contrato según el código civil de República Dominicana - (Fernández Blanco, 2019, p.265).	
--	--

Fuente: elaboración propia con datos de los autores debidamente citados.

Por consiguiente, de acá se desprende que la norma formal - o jurídica - tiene una configuración que le antecede una voluntad política y se consagra - o formaliza - por ante una autoridad competente de hacer cumplir su contenido y es concebida para incidir directamente en la conducta de un determinado grupo de forma tal que la misma se encuentre supeditada a un resultado jurídico, social, económico e incluso ambiental; mientras que la norma social, se configura antropológicamente tomando en cuenta los factores sociales y culturales, incluso, de la manera en que se configura la integración social (Brufau Prats, n.d., p. 103).

2. Enfoque sociológico de las normas sociales como génesis de control social y regulación jurídica:

(Brufau Prats, n.d., p. 102; y Brea Franco, 2019, p. 38) han explicado que la existencia de la humanidad implica la configuración de “formas de carácter societario” donde se pueda materializar la convivencia (pacífica y organizada). Por consiguiente (Brufau Prats, n.d., p. 102), sostiene que la convivencia como elemento necesario para la formación de vida en sociedad se produce anterior “a toda consideración reflexiva de fines y objetivos a alcanzar”, en tanto, la sociabilidad humana se produce como hecho natural, pues la persona es un ser social, y la determinación de los fines y la axiología sociológica de dicha convivencia es de carácter secundario.

Ahora bien, ¿cómo se producen las normas sociales? ¿se crean únicamente con la sociabilidad humana o existen otras fuentes? (Brea Franco, 2019, p. 42) aduce que la norma social se crea a través de la configuración progresiva y continua de un conjunto de hechos sociales que se convierte, luego, en una “exigencia social”, hasta tanto adquiere la condición de “norma”, inescindible para el funcionamiento del “sistema social”. En ese mismo sentido, (Fernández Blanco, 2019, p. 263) aborda distintas fuentes que permiten la génesis de las normas sociales. Lo que Brea Franco denomina “correlación de hecho”, Fernández Blanco lo esgrime como “hábitos convergentes”, estableciendo que esta tipología no es una pauta de regulación de conducta y, en tanto, lo que es necesario es que “las conductas converjan de hecho” (Ibidem, p. 262). En la praxis, la norma social trae como resultado elementos positivos o negativos, dependiendo del tipo de norma social de que se trate.

Es justo aquí donde se hace necesario, entonces, introducir los términos de sistema social y control social. El sistema social⁶ se refiere al conjunto de personas - aunque la lectura utiliza el término de individuos - que establecen relaciones o vínculos humanos, en ese orden de ideas, el sistema social, de por sí, posee características axiológicas; (Brea Franco, 2019, p. 41) considera que un elemento *sine qua non* a un sistema social es la existencia de un grado mínimo de organización, misma que es expresada a través de las “normas sociales” que permiten articular el “control social”, eso que (Brufau Prats, n.d., p. 106) denomina “grado mínimo de reglamentación del comportamiento”.

Sin embargo, el control social no se ejerce únicamente a través de las normas sociales (o de los hábitos convergentes) o de la cultura, otros elementos sociológicos inciden en la efectividad del control social previo la existencia de las normas jurídicas en la sociedad. Un aspecto fundamental para esta consideración es el rol de la integración social para la configuración de una convivencia o sociabilidad que no altere el orden social o transgreda las normas jurídicas. Para esto, la cultura juega un rol de importancia capital pues, al ser una categoría viva “anterior al individuo y que sobrevive al mismo, que lo sobrepasa y lo trasciende”(Brufau Prats, n.d., p. 103), es el elemento que “[m]oldea al individuo, aunque tal moldeaje pueda llegar a ser, en buena parte, inconsciente” (Ibidem). En tanto, la cultura no coadyuva por sí sola en la integración de la persona a la sociedad para definir los factores favorables o desfavorables que le permitirán a este integrarse, es la integración, el sentido de identidad, el que permite que la persona acepte las normas y regule su propia conducta a la par de la colectividad, es decir, que determine los límites morales individuales.

El papel que juega la integración social es fundamental pues coadyuva a definir el respeto a normas y bienes jurídicos (y sociales) colectivos, como por ejemplo, el respeto al medio ambiente, sin embargo, cuando no se configura la integración en un grupo social, la efectividad de las normas jurídicas puede que no sea la más idónea toda vez que no se puede “anteponer el bien común al particular cuando no hay ningún bien que compartir” (Hertz, 2021, p. 109), es decir, socialmente no es factible que un individuo acepte el respeto a una norma “x” si no tiene un sentido de identidad y/o pertenencia al grupo social que ha adoptado la norma “x” para proteger “y” bien social inmaterial o material.

En tanto normas sociales, su articulación progresiva deviene en la generación de normas formales que pueden configurar jurídicamente lo que socialmente posee un límite moral. Lo único capaz de generar normas formales es el establecimiento (cuasi uniforme) en las estructuras mentales de una sociedad de las normas sociales, pues los hábitos, al ser subnormas de cumplimiento opcional, sin repercusiones, no pueden configurar una norma formal, sí y solo sí se convierten en social.

3. Ordenamiento jurídico eficaz:

⁶ Si bien tiene muchas aristas y constituye una teoría sociológica (véase a este respecto a Moreno Rubio, M. Teoría de los sistemas sociales e historia: un acercamiento interdisciplinario para la investigación científica), el autor, en este caso, se referirá al término “sistema social” en su implicación conceptual y no citando la teoría de los sistemas sociales.

Tal como se ha expresado *ut supra*, el derecho tiene un peso en el control social de una sociedad. En tanto, antes de analizar el concepto de “distancia” entre las normas jurídicas, es menester abordar el ordenamiento jurídico eficaz como el “ideal”, es decir, el que pueda responder a las necesidades antropológicas y ecológicas actuales (y futuras⁷) y, al mismo tiempo, influya positivamente en el control y la estabilidad social.

El ordenamiento jurídico se construye en virtud de un dinamismo entre las relaciones y los cambios socio - jurídicos. (Brufau Prats, n.d., p. 122) aduce que la necesidad de procurar una “armonía” entre el cambio social y el jurídico implica que el “Derecho lleva una función rectora y encauzadora de la vida comunitaria”, en tanto, el ordenamiento no puede fungir como cuestión inelástica incapaz de catalizar el avance social pues, si la sociedad es una “faz viviente”, el derecho debe responder a las “concreciones que reclaman las circunstancias de la realidad social (...) en la que tiene vigencia”.

De aquí se desprende la necesidad de garantizar un “armónico desarrollo en el conjunto y en los diversos sectores y partes, habida cuenta de que, por lento que sea el ritmo de transformación, un dinamismo incesante gravita sobre la vida en la cultura” (Brufau Prats, n.d., p. 104), pues si se configura un desarrollo jurídico relativamente desequilibrado respecto de la praxis social, puede implicar que la norma jurídica se quede atrás, generando un conflicto socio normativo

En tanto norma social y jurídica, toda acción jurídica debe estar debidamente relacionada con la realidad social, a fin de que “su eficacia no quede comprometida y la finalidad de promoción del bien común pueda fácilmente ser alcanzada” (Brufau Prats, n.d., p. 115). Ahora bien, ¿qué significa que una norma jurídica sea eficaz o efectiva? (Fernández Blanco, 2019, p. 266), citando a Navarro, 1990, ha dicho que “una norma general (N) es eficaz sí y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones” (subrayado propio), pues se dice que una norma es efectiva cuando “la conducta que ella obliga, prohíbe o autoriza es realizada por los sujetos y conduce al resultado social o económico inmediato y/o mediato que se espera con su sanción” (ibidem). Por tanto, por un lado se habla de infracción con una licencia mínima positiva y, por otro, se analiza la norma en su componente pragmático y/o de resultado.

Algo interesante a ver en este apartado es que las normas jurídicas admiten cierto grado de infracción y se considera totalmente compatible con la eficacia, en tanto, en términos prácticos, si en República Dominicana se proscribiera el robo - como al efecto está proscrito - la comisión de mínima de este delito no implicaría que la norma es ineficaz pues, ante el universo poblacional si un porcentaje mínimo de este no la acata, lo que da cuenta es que el otro porcentaje sí la admite como una norma formal - y social - de obligatorio cumplimiento. Ahora bien, en el caso contrario, cuando la norma proscribiera una conducta y el resultado esperado es contrario, es evidente que nos encontramos ante una norma jurídica ineficaz (véase, por ejemplo, prohibición del aborto y tasa de

⁷ Véase sobre esto, Principios de Maastricht sobre los derechos humanos de las generaciones futuras. Artículo 2.1 “Las generaciones futuras tienen jurídicamente derecho al disfrute de los derechos humanos (...)”. 2023.

aborto en República Dominicana) pues no se configura correctamente con la norma social que desea respaldar la prohibición en cuestión.

Por eso, un elemento indispensable en este acápite es la actividad legislativa nacional o municipal pues, a ciencia cierta, es la que forma el ordenamiento jurídico. (Brufau Prats, n.d., p. 121) agrega que la actividad legislativa “no puede quedar al margen ni de los cambios inmanentes a la sociedad ni de aquellas emergencias de tipo económico, político, ideológico, etc., que afectan profundamente a la vida del grupo” pues esto no solo implicaría la tenencia de normas inadecuadas, da cuenta de una errada representación legislativa pues este poder “es el que está más conectado con los sueños y aspiraciones de quien ostenta por mucho su mayor representación: el pueblo” (Escuela Nacional de la Judicatura, 2023, p. 78) . De acá se desprende la necesidad de que exista participación ciudadana, permanentemente, en los espacios de creación de legislativa, como forma de procurar que las mismas queden estandarizadas a las necesidades y normas sociales.

En tanto, las normas emanadas deben responder a las necesidades reales de la población y, aun estando sujetas a diálogos políticos, no debe primar el interés hegemónico de ciertos grupos pues esto podría influir en una norma ineficaz. Caso contrario a lo anterior podría ser que el cambio social fluya más rápido que el jurídico, provocando que las conductas choquen con un ordenamiento no concatenado a la realidad, en tanto, la labor legislativa debe ver siempre las conductas hegemónicas y ver si las mismas se adecúan al ordenamiento vigente para tratar de que exista un engranaje jurídico que catalice el desarrollo social sin ningún inconveniente. Véase, por ejemplo, el uso cotidiano de la inteligencia artificial (IA) y la ausencia de regulación del mismo, constituyendo esto último un riesgo toda vez que a través de un uso no controlado de la IA se puede, incluso, vulnerar derechos fundamentales.

Realizando un abordaje histórico de los cambios sociales y la respuesta que ha dado el derecho, se concluye que el derecho ha respondido a los cambios sociales, el más trascendental - a juicio del autor - ha sido el paso del modelo del Estado liberal al de Estado Social y Democrático de Derecho, operación jurídica que se configuró a través del nuevo “constitucionalismo social” iniciado en Alemania, luego de la segunda guerra mundial. Sin embargo, si no hubiese existido un cambio social profundo que ponga fin, primero, a las atrocidades en detrimento de la dignidad y, segundo, al bajo nivel de responsabilidad de los Estados respecto al desarrollo de sus poblaciones pues se apostaba más por el fortalecimiento del mercado - como concretizar de las utopías - que del propio Estado, no se hubiese podido configurar constitucionalmente el Estado Social y Democrático de Derecho, como principio constitucional reivindicador de derechos, dignidad, calidad de vida y bienestar social para todas las personas y la naturaleza.

En ese sentido, hablar de ordenamiento jurídico eficaz, en tanto normas sociales y normas jurídicas, implicaría - a juicio del autor - ir más allá del antropocentrismo e introducir dos variables importantes: la naturaleza y las generaciones futuras. La realidad social actual reclama: reivindicación de los derechos fundamentales

(Ciaramelli, 2023, p. 50) en una estructura socioeconómica que reproduce patrones de desigualdad y envuelve a las personas en una trampa de desarrollo humano, pero también, reivindicar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad como las víctimas de trata y los migrantes; la protección de la naturaleza, reconociéndola como sujeto de derechos; y, por último, reconocer las necesidades y los derechos de las generaciones futuras como derechos fundamentales. Por consiguiente, tal como plantea (Ferrajoli, 2022, p. 40) “una respuesta racional [del derecho] pasa por la actualización de las categorías jurídicas con las que leemos la realidad”.

Si bien, en el Estado dominicano la protección de la naturaleza todavía no es una “norma social”, en tanto se configuran vulneraciones diarias y muy recurrentes⁸ al derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; el reconocimiento jurídico de la naturaleza como sujeto de derechos podría coadyuvar a cambiar el ethos respecto al tema y dar como resultado el cambio de la norma social de “no cuidado” a “respeto absoluto” del medio ambiente, con definiciones favorables a su respeto. Véase sobre esto que según (Fernández Blanco, 2019, p. 272) las normas formales (jurídicas) generan o afectan normas sociales.

4. Distancia entre las normas sociales y las normas jurídicas en la aplicación de la ley:

Habiendo conocido lo anterior, la distancia entre las normas jurídicas y sociales tiene dos vertientes, en primer lugar, un “desajuste o desbalance en el ritmo de evolución del ordenamiento (o de un orden) jurídico respecto de la realidad social del territorio de un Estado o un municipio” (elaboración propia). Así, por ejemplo, tal como el sistema o la estructura económica de un Estado debe responder a las necesidades antropológicas de las personas (véase sobre esto a Henri Lefebvre, *droit a la ville; & Writing on Cities*) y la naturaleza, el ordenamiento jurídico no puede evolucionar de espaldas a la realidad social pues su función no sería eficaz en tanto control social se refiere o respecto al resultado preciso de la ley, cuando se sectoriza a un orden jurídico determinado.

En segundo lugar, determinar la distancia puede darse también por inefectividad o por ineficacia de la norma jurídica en cuanto a la norma social. (Fernández Blanco, 2019, p. 270) dice que la ineficacia de una norma se puede configurar por factores subjetivos y objetivos. Subjetivos porque no se logra “motivar la conducta de los sujetos” y objetivos porque “la norma es de imposible o muy difícil cumplimiento o no están dadas las condiciones para cumplir con la norma”, esto último es muy importante pues no tan solo refleja “distancia”, es sinónimo de un problema técnico jurídico (de ahí el énfasis hecho *ut supra*).

A juicio del autor, medir la distancia entre el ordenamiento jurídico y la realidad social recae sobre la eficacia y la efectividad de los resultados de la aplicación de la norma (en su vertiente eficacia/efectividad) y medir la realidad social en comparación a la jurídica (en su vertiente distancia temporal y/o territorio espacial). Del mismo modo, se debe

⁸ Que salen del rango de lo razonable pues ninguna norma es perfecta en cuanto a su cumplimiento.

medir a través de los órdenes jurídicos vigentes, con una ley determinada. Medir la distancia abarcando un conjunto de leyes no puede dar un resultado objetivo pues el ordenamiento jurídico no responde a una misma realidad social o viceversa. Metodológicamente debe estandarizarse el ejercicio en base a indicadores que den cuenta de la distancia en cuestión, en tanto, se proponen los siguientes:

Tabla núm. 2. Indicadores para medir la distancia entre las normas sociales y las normas jurídicas según vertiente		
Vertiente	Indicadores de la norma jurídica	Indicadores de normas sociales
Eficacia / efectividad	Objeto de la norma jurídica	¿La norma social lo acepta o rechaza?
	Conducta que prohíbe o permite	¿La norma social promueve o rechaza la conducta prohibida por la norma jurídica? Para el caso de las prohibiciones: ¿Cuántas vulneraciones a la prohibición se concretan?
Distancia temporal y/o territorio - espacial de la norma	<ul style="list-style-type: none"> - Fecha de promulgación; - Cambios jurídicos constitucionales vigentes al momento (no de la la promulgación, si no de cuando se mide) 	<ul style="list-style-type: none"> - Realidad social en base al articulado de la norma; - Resultado esperado por la norma vs. resultado social;

Fuente: elaboración propia.

Así, por ejemplo, puede analizarse este ejercicio (en su vertiente de eficacia/efectividad) en base a la proscripción del robo en el código penal:

Tabla núm. 3. Distancia entre la proscripción del robo y la norma social			
Norma jurídica:	Código Penal de República Dominicana	Norma social:	Proscripción del robo (prohibición)

Indicadores de la norma jurídica Código penal en República Dominicana	Resultado	Indicadores de normas sociales	Resultado
Objeto de la norma	Prohibir la comisión del robo como actividad ilícita.	¿La norma social lo acepta o rechaza?	Socialmente se rechaza el robo en República Dominicana.
Conducta que prohíbe o permite	La sustracción de cosas que no le pertenecen a un sujeto x, a través del fraude.	¿La norma social promueve o rechaza la conducta prohibida por la norma jurídica?	A nivel general se rechaza el robo.
		¿Cuántas vulneraciones a la prohibición se concretan?	“Cada seis minutos hay un robo en República Dominicana” (Vásquez, 2023).

Fuente: elaboración propia.

De aquí se desprende que, si bien la prohibición jurídica puede que sea coincidente con la social, no menos cierto es que no están dadas las condiciones para que la norma formal sea efectiva, en tanto el número de robos que se configuran sobrepasan el umbral mínimo de vulneraciones que admite la norma. A priori, no necesariamente esto implicaría una ineficacia absoluta de la norma pues, a ciencia cierta, debe penalizarse la sustracción de propiedad ajena, sin embargo, si no se construye un sistema socioeconómico capaz de disminuir progresivamente las desigualdades y los factores endógenos y exógenos que inciden sobre la criminalidad, la norma culminará siendo ineficaz.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que no solo debe hablarse de normas sociales que confieren empujes positivos tras el logro de ciertas conductas, también es menester mencionar las normas antidirectivas vs. normas sociales, es decir, las que “confieren permisos, derechos, potestades y competencias” (Fernández Blanco, 2019, p. 276), así, la distancia podría medirse no tan solo con leyes, también con la efectividad de actos administrativos que crean derechos u otorgan (o prohíben) ciertos permisos para la ejecución de un determinado resultado.

En tanto, se sabe que la actividad legislativa tiene un rol protagónico en el estudio de la distancia entre normas jurídicas y normas sociales en la aplicación de la ley, sin embargo, debe agregarse que la actividad judicial (sobre todo la que concierne a la justicia constitucional difusa y concentrada) tiene un impacto igual o mayor en esto. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, son de cumplimiento obligatorio erga omnes, si el Tribunal Constitucional dicta una sentencia cuya decisión afecta una norma social determinada, podría provocar dos cosas: que la norma social se adecúe a la jurídica o quebrantar lazos sociales y, con ello, la cultura de un determinado conjunto. De aquí la importancia de que las sentencias de los tribunales sean las más favorables a las personas, en aplicación del principio pro homine de la Constitución.

Conclusiones:

Sin sociabilidad no puede existir determinación de normas. Las normas sociales se construyen como un medio (control social) para garantizar la armonía y funcionalidad de la sociedad, a estas le precede la convivencia humana como expresión directa de la razón de ser del humano, en tanto, la determinación de valores y carga ético - moral de las normas se vislumbra como un elemento secundario que se realiza luego de que la convivencia se concretiza, se aúna a la cultura y se conecta a través de la integración y el sentido identitario.

La norma jurídica, por su parte, se realiza a través de la expresión formal de una ley con categoría suprema que funge como control jurídico social en pro de imponer límites a la actividad humana, en el caso dominicano, es la Constitución la verdadera “norma de normas” pues las demás se sujetan a ellas. Las normas adjetivas (las que componen el ordenamiento jurídico) deben guardar una relación elástica con la realidad social, es decir, deben permitir que la conducta social normada se concrete siempre y cuando no ponga en riesgo el Estado Social y Democrático de Derecho.

Debe considerarse siempre que la sociedad funciona en base a estructuras, en tanto, lo jurídico no puede alejarse de lo social pues, a ciencia cierta, el derecho es una expresión más de la sociabilidad humana. Por eso, la norma formal debe tomar siempre en consideración ciertos factores: la cultura como elemento inmaterial que pasa de generación a generación y la integración de las personas con la sociedad, como cuestión inescindible al respeto de los límites configurados jurídicamente. No es posible una sociedad que respete el Estado de Derecho sin que la misma esté debidamente cohesionada. La ausencia de cohesión pone en riesgo el Estado Social y Democrático de Derecho, de aquí su importancia.

En tanto ordenamiento, debe tenerse en consideración que el ordenamiento jurídico idóneo es aquel que guarda relación con la praxis social, pero además, el que sale del antropocentrismo y se aboca a la protección de nuevas amenazas sociales: las vulneraciones sistemáticas a derechos humanos, el cambio climático, la ausencia de protección y reconocimiento como sujeto de derechos de la naturaleza y la falta de protección de los derechos de las generaciones futuras. Implica, además, la configuración de una actividad legislativa

En ese orden de ideas, la distancia entre las normas sociales y jurídicas se configura en dos vertientes: efectividad/eficacia y distancia temporal y/o territorio espacial. En fin, la distancia se define como un desajuste o desbalance en el ritmo de evolución del ordenamiento, así como la ausencia de elementos que coadyuven a la configuración del resultado esperado por la norma. En tanto, la distancia puede medirse utilizando como instrumento base una ley, un artículo de la Constitución, una jurisprudencia e incluso un acto administrativo.

Recomendaciones:

La meta en un Estado Social y Democrático de Derecho es que no existan distancias entre normas jurídicas y sociales pues esto implicaría un ordenamiento que no puede responder a las necesidades de las actuales y futuras generaciones, más allá de eso, compromete la seguridad y estabilidad jurídica del Estado (en este caso el dominicano). Teniendo en cuenta que es consuetudinario apostar por el desarrollo progresivo del ordenamiento, en el marco de este trabajo se sugieren dos cosas: a) Interpretación judicial (ordinaria y constitucional) sociológica en las decisiones de casos que involucren vulneración a derechos fundamentales o en las acciones directas de inconstitucionalidad y; b) Participación ciudadana como elemento inescindible para el desarrollo de un ordenamiento jurídico con equilibrio entre las normas sociales y jurídica.

A) Interpretación judicial (ordinaria y constitucional) sociológica en las decisiones de casos que involucren vulneración a derechos fundamentales o en las acciones directas de inconstitucionalidad:

(Cabral Brea, 2021, p. 377) recuerda que Manuel Atienza hace énfasis en que la teoría de la argumentación jurídica debe estar debidamente relacionada con la “moral, la teoría del Derecho y la sociología jurídica”, de modo que se pueda concretizar el “compromiso con una visión crítica y realista del Derecho para el Estado Social y Democrático de Derecho”; en tanto, la relación con jurídica con la moral implicaría argumentar con una base sociológica como elemento inescindible cuando se deciden casos relativos a la vulneración de derechos fundamentales o acciones directas de inconstitucionalidad.

No todos los casos de vulneraciones de derechos fundamentales tienen el mismo impacto en las relaciones sociales predeterminadas pues, por ejemplo, no implicaría lo mismo tutelar el derecho a la cultura de una población religiosa a la que se le niega una expresión cultural sin fundamento jurídico preciso, a tutelar el derecho a la objeción de conciencia de un personal médico que, por razones éticas no fundadas, no desean obtemperar para proveerle el tratamiento médico a una persona. El primer caso genera un efecto colectivo, en tanto la negativa afecta a la comunidad cuya expresión cultural fue negada; el segundo, afecta a un ciudadano en específico.

En esta parte, es necesario puntualizar que cuando se toma una decisión cuyo resultado es la negación de un derecho fundamental, los juzgados e incluso autoridades administrativas deben motivar debidamente sus sentencias y/o decisiones, pues es parte del debido proceso en su fase innominada, en tanto, en el ejercicio de la debida motivación debe hacerse alusión a la decisión más favorable a la persona, en función del artículo 74.4 de la Constitución.

¿Qué implica lo descrito anteriormente? Que las decisiones no pueden alejarse de la realidad social pues, si el derecho debe guardar una relación intrínseca con la moral, no sería eficaz decidir cuestiones sobre derechos fundamentales que afecten la carga moral, cultural y social de una sociedad determinada.

En tanto, se sugiere que las decisiones adoptadas en el marco de la evaluación a casos de violación de derechos fundamentales sean: primero, las más favorables a la persona y, segundo, las que menos afecten al colectivo.

B) Participación ciudadana como elemento inescindible para el desarrollo de un ordenamiento jurídico con equilibrio entre las normas sociales y jurídica:

Se ha establecido *ut supra* que el derecho va en constante evolución y que una cuestión importante a este respecto es la política legislativa (nacional y municipal), en tanto, es necesario que el trabajo político legislativo cuente con participación directa de la ciudadanía de modo que siempre se evalúe sus necesidades de cara a garantizar un ordenamiento idóneo y que cumpla con las características esbozadas *ut supra*.

Participar en la dirección de los asuntos públicos es un derecho que poseen todos los ciudadanos (as) dominicanos (as), en tanto, no es concebible un ordenamiento que no integre las consideraciones del público objetivo al que va dirigido, hay que recordar que esto podría devenir en tener un ordenamiento cuyo aspecto técnico no pueda conectar con la realidad, generando una distancia en el ordenamiento jurídico.

El derecho, como producto social, debe ser elástico respecto a respaldar la realidad social, esto puede lograrse sin convertir lo jurídico en un sello gomígrafo de lo social pues, en definitiva, tiene que existir un sistema de pesos y contrapesos en pro de obtener una sociedad cohesionada, pacífica y productiva, sin embargo, es menester realizar esto con debido cuidado y evaluar constantemente la eficacia/efectividad de las normas jurídicas de vs. las sociales para saber qué tanto necesitamos evolucionar y dónde están las falencias del sistema jurídico dominicano.

Referencias:

- Brea Franco, J. (2019). *El Sistema Constitucional Dominicano* (1ra ed.). Tribunal Constitucional de República Dominicana.
- Brufau Prats, J. (n.d.). *Normatividad jurídica y cambio social*.
- Cabral Brea, M. Z. (2021). *El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: Una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano* (Generación Constitucional ed.). Tribunal Constitucional de República Dominicana.
- Ciaramelli, F. (2023). *La ciudad de los excluidos* (J.-R. Capella & V. M. Vassallo, Trans.). Editorial Trotta, S.A.

Escuela Nacional de la Judicatura. (2023). *La Constitución de la República Dominicana comentada por jueces y juezas del Poder Judicial (Tomo 2)* (H. Acosta de los Santos, Compiler; Vol. II).

Fernández Blanco, C. (2019). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 259-283.

Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra* (P. Andrés Ibáñez, Trans.). Editorial Trotta, S.A.

Hertz, N. (2021). *El siglo de la soledad* (F. Borrajo Castanedo & F. Borrajo, Trans.). Ediciones Paidós.

Pita Simón, V. (2023, Enero 15). La tipología de normas jurídicas en la Teoría Comunicacional del Derecho y su aplicación al derecho constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (53), 229-251. <https://doi.org/10.18601/01229893.n53.08>

Vásquez, J. (2023, Enero 31). Cada seis minutos hay un robo en República Dominicana. *Acento*. <https://acento.com.do/actualidad/cada-seis-minutos-hay-un-robo-en-republica-dominicana-9158774.html>

Análisis de la autotutela ejecutiva de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) a la luz de la Sentencia TC/0830/18

Manuel Alejandro Fernández Hernández

El derecho administrativo, desde sus inicios, ha tenido dos actores principales: el Estado y la sociedad. La unión o separación de ellos se ha dado siempre por acontecimientos que han afectado la vida política y social de una nación. Es por ello por lo que autores como Gordillo han dicho que el derecho administrativo siempre está en crisis^[1], toda vez que esta área del derecho va evolucionando o no a raíz de los fenómenos que influyen la relación entre el Estado y la sociedad.

El Estado siempre ha tenido un mayor protagonismo, pues en el caso de la sociedad desde muchos años era solo un mero receptor de las actuaciones de la administración, así como un espectador en la elección de las autoridades encargadas de dirigir a la Administración.

En la época monárquica, la imposición del Estado era tal que sus actos (actos de Dios) no podían ser objeto de reproche por la sociedad; por tanto, se le consideraba irresponsable jurídicamente por las consecuencias materiales o morales contra el ciudadano en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a la actuación judicial, para la época prerrevolucionaria, existía una justicia retenida, pues si bien existía un consejo para conocer los conflictos entre los ciudadanos y la monarquía, no menos cierto es que dicha institución se encontraba bajo las órdenes del rey.

Es en el Estado liberal que surge la separación de los poderes,^[2] reorganizando los poderes del Estado y limitando con mayor intensidad la actuación del poder ejecutivo. La actuación de la Administración se subyuga a las disposiciones de la ley (*principio de legalidad*), por lo que su accionar ya no puede realizarse libremente, sino más bien debe ser en respeto de las disposiciones normativas. Respecto al ámbito judicial, la justicia se transforma de una justicia retenida a una justicia delegada, tal es el cambio que, en 1873, se dictó el célebre fallo Blanco, la primera sentencia que condena en responsabilidad patrimonial al Estado, al que innumerables tratadistas han bautizado como el origen histórico del derecho administrativo^[3], pues, también se encargó de ar a un juez distinto al de derecho común la potestad para conocer los conflictos que involucran a la Administración.

La evolución del derecho administrativo ha sido tal que, en la actualidad, la Constitución de la República Dominicana establece en su artículo 138 que “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”. En ese sentido, la Constitución, con el fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo, reforzó el principio de legalidad con el principio de juridicidad; por tanto, la Administración no solo debe tener como límite la ley, sino el ordenamiento jurídico completo.

Igualmente, dichos cambios se ven reflejados en la misma sociedad, toda vez que las personas dejan de ser un actor pasivo y se convierten en un actor activo, involucrándose en las políticas emitidas por el Estado. La Ley núm. 247-12, Orgánica de la Administración pública, al referirse al principio de participación en las políticas públicas, establece que “las personas tienen el derecho de participar, de conformidad con la ley, en los procedimientos, medios e instancias establecidos para el diseño, la ejecución, seguimiento, evaluación y control de las políticas públicas a cargo de la Administración pública (...)”.

Este principio muestra el avance del derecho administrativo, ya que el administrado puede emitir sus observaciones respecto de las actuaciones administrativas, así como opinar sobre los reglamentos, planes y programas que impacten directamente en sus derechos y obligaciones. Por tanto, la Ley núm. 200-04[4], de acceso a la información, y la Ley núm. 107-13[5], sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, han girado el derecho administrativo en torno al ciudadano, pues el interés general es el deber ser del ejercicio de las potestades de la Administración.

En un orden social y la paz jurídica, los ciudadanos conviven gracias a las normas dictadas por el poder legislativo, que deben ser respetadas tanto por el administrado como por la Administración. Esta última a su vez debe ejecutar acciones o políticas dirigidas a salvaguardar el interés general. Nuestra Constitución estableció en su artículo 7 que 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”. Pues el Estado debe velar y trabajar para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la dignidad humana. Esta es una de las razones de ser más trascendentales para la existencia de potestades administrativas, tal como lo establece De la Cuétara, pues “se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionarizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles”[6].

Igualmente, la potestad administrativa es definida por Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, como “un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad”[7]. Entre las potestades más relevantes, podemos encontrar: la reglamentaria, de ejecución, sancionadora y la de revisión de sus propios actos.

Si bien la competencia para otorgar la potestad administrativa a un órgano de la Administración Central o los entes descentralizados le corresponde a la ley, no menos cierto es que la Administración pública puede por igual establecer, por sí misma, lo que es conforme a derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos, y hacerlos ejecutar, sin necesidad de acudir a un tercero –es decir, a los jueces y tribunales–. Esto último lo podemos encontrar en nuestra Ley núm. 107-13,

que establece en su artículo 11 lo siguiente: “Los actos administrativos válidamente dictados, según su naturaleza, serán ejecutivos y ejecutorios cuando se cumplan sus condiciones de eficacia, en los términos de la ley”. Esta acción de ejecutar sus actos o declararlo conforme a derecho es lo que se denomina la autotutela administrativa. La autotutela aparece como consecuencia de la concepción de la separación de los poderes, esto quiere decir que su inicio se remonta desde la Revolución Francesa[8].

Existen tres tipos de autotutela: ejecutiva, declarativa y la reduplicativa. La autotutela ejecutiva es definida por el Diccionario panhispánico del español jurídico como: “la prerrogativa que posee la Administración pública según el cual puede proceder la ejecución forzosa de sus actos en caso de resistencia de los destinatarios a cumplirlos”[9]. Osvaldo Oelckers lo traduce como “el hecho de que los actos administrativos se encuentran dotados de fuerza ejecutiva, lo que conlleva a su favor una importante presunción de legitimidad”[10]. Este derecho obedece a que los actos administrativos se presumen legítimos, por lo cual, para ejecutarlos, la Administración no necesita acudir a juez alguno.

La autotutela declarativa es aquella manifestación de la autotutela que la propia Administración es capaz de declarar lo que es derecho en un caso concreto con eficacia frente a todos. Santiago Muñoz Machado la ha establecido como “aquella por la que la Administración dispone de un poder de “decidir en Derecho” similar al que ostentan los órganos jurisdiccionales cuando ejercen la jurisdicción”[11]. Por último, la reduplicativa se refiere a las manifestaciones que refuerzan o duplican las potestades ya mencionadas.

Muñoz Machado entiende que la autotutela sitúa a la Administración, al menos provisionalmente, en el lugar de los tribunales, aunque Benvenuto niega, desde el plano formal, que se trate de una función verdaderamente jurisdiccional porque, al menos desde el plano formal, no lo es^[12]. En ese sentido, el presente trabajo analizará la autotutela ejecutiva de la Dirección General de Impuestos Internos, uno de los órganos principales de la Administración Tributaria, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional TC/0830/18, que sostiene que la administración, para poder ejercer las facultades ejecutorias –fase de cobro coactivo– que le ha reconocido el legislador –en aquellos casos en que el contribuyente impugna la deuda–, precisa de una decisión judicial con autoridad de cosa juzgada, poniendo en peligro la autotutela ejecutiva de la DGII, que a nuestro juicio acarrea un problema mayúsculo para la actividad de la Administración.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal Constitucional cita una sentencia del Tribunal Contencioso Tributario, que entendió que no procede la ejecución o persecución del cobro, pues como el tribunal no se había pronunciado sobre el fondo, el crédito aún no era cierto, líquido y exigible[13]. Sin embargo, no compartimos el criterio de que la facultad que tiene la Dirección General de Impuestos Internos para ejecutar sus propios actos en aras de realizar el cobro de la deuda tributaria debe necesariamente pasar por las manos del juez para que pueda validar si su actuación se realizó conforme o no al ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional mezcla la autotutela ejecutiva con la heterotutela, toda vez que la primera es empleada por la Administración cuando existe una resistencia del administrado (contribuyente) a realizar el pago de la deuda; por lo tanto, sus propios actos sirven de título ejecutorio para iniciar la ejecución forzosa del cobro. En el caso de la DGII, es importante precisar que, según el artículo 97 del Código Tributario, el certificado de deuda emitido por la Administración tributaria constituye un título ejecutorio; por tanto, es la misma ley que indica que sus actos sirven como título ejecutorio y no deben pasar por las manos del juez a los fines de evaluación.

En cambio, la heterotutela la conforman los mecanismos disponibles para el reconocimiento de un derecho. Esto quiere decir que la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos no le es encomendado a su titular y se requiere acudir ante el Estado para su intervención, en este caso, el Poder Judicial, que será el encargado de conocer el conflicto entre partes y emitir la decisión más conveniente conforme a derecho. Sin embargo, a diferencia de la Administración, los ciudadanos tienen la obligación de asistir ante un juez para que avale la existencia de la deuda del acreedor y pueda proceder a la ejecución de su crédito.

La normativa establece en la actualidad un procedimiento de cobro de la deuda tributaria eminentemente administrativo. Es decir, la Administración tributaria (en este caso, la DGII) tiene la facultad para declarar la deuda al contribuyente, determinando en valores numéricos la suma real a pagar y la ejecución forzosa en contra del sujeto pasivo. Por ello, la Administración puede examinar sus propios actos ante las situaciones de irregularidad invocados por el deudor.

Es importante indicar que la potestad tributaria del Estado representa una de las piedras angulares para el funcionamiento de la relación Estado-sociedad. Y es que, si bien es cierto que actualmente existe una separación entre ambos, no implica que las funciones del Estado se encuentren en decadencia, el Estado regulador, al retirarse como agente económico y tener como aliado al sector privado para la prestación de los servicios públicos, se concentra en que esos servicios se encuentren siempre a disposición de los ciudadanos. Por tanto, la potestad tributaria debe contribuir a la solidaridad social y al financiamiento público, de acuerdo con la capacidad económica de los contribuyentes y a las disposiciones que establece la ley. José López ha indicado respecto de la potestad tributaria que “el fin del Estado no se circunscribe a la obtención de los recursos, sino también que debe influir en la economía para orientar a sus actividades productivas y obtener un mejor aprovechamiento de los recursos”.^[14]

La función principal del Estado en la actualidad se concentra en la seguridad nacional; es decir, proteger a la población y la familia, así como permitir la participación igualitaria de los ciudadanos en la vida nacional. Por ello, existe una discusión acalorada en la doctrina, pues una parte de esta establece que la función del Estado se ha reducido exclusivamente a la obtención de los recursos a los fines de cumplir con su misión estatal y, por tanto, debe respetar siempre los derechos fundamentales de los ciudadanos al momento de cumplir con su función recaudadora^[15].

En cuanto a esta postura, nos permitimos disentir, pues si bien el Estado regulador hace un distanciamiento en proveer los servicios públicos, tal como fue mencionado anteriormente, es preciso indicar que la función no puede ser minimizada como un agente recaudador, toda vez que los impuestos obtenidos por medio de la actividad administrativa de la Administración tributaria tiene como fin que el Estado pueda seguir cumpliendo sus funciones garantistas, como el principal planeador y ejecutor de las políticas públicas que es, que van en beneficio de la sociedad y no del Estado. La Dirección General Impositiva de Uruguay ha señalado, por ejemplo, que la recaudación de los impuestos no se circunscribe, de manera limitativa, a simplemente recaudar, sino que su importancia se extiende a los servicios de salud, educación, seguridad, justicia, obras públicas entre otros^[16]. Por tanto, para que el Estado pueda cumplir con su función principal, que es el bienestar de la sociedad, no es posible restringir o minimizar sus funciones.

Al adentrarnos en el contenido de la sentencia objeto del presente análisis, podemos observar que el Tribunal Constitucional, en primer lugar, reconoce la función esencial de la DGII, a su vez reconoce la potestad de interponer las medidas conservatorias que le son conferidas por el Código Tributario, a los fines de salvaguardar el crédito fiscal. Sin embargo, procede inconscientemente a equiparar en igualdad de condiciones (en cuanto a su ejecución) una obligación tributaria a la de derecho común. La doctrina tributaria ha establecido una diferencia marcada entre ambos al establecer que “entre ambas obligaciones existe un estrecho precedido respecto a su estructura y sus efectos, pero no se trata de lo mismo”^[17]. La Corte Suprema de Argentina ha distinguido que “los impuestos no nacen de una relación contractual del Estado y los particulares, sino que es una vinculación de Derecho Público”^[18]. De manera que la obligación tributaria se caracteriza porque: 1. tutela un interés público; 2. surge por mandato de la ley; 3. no puede surgir por convenciones particulares; 4. la obligación es de carácter personal; 5. la obligación del sujeto pasivo es inderogable, y 6. no está sometida a condiciones.

No se puede, bajo ningún concepto, equiparar una deuda tributaria con una de derecho común, toda vez que el incumplimiento de la primera no afecta a un particular, sino que perjudica el interés general, así como las funciones de la Administración respecto de la sociedad. En cambio, la deuda de derecho común solo afecta al acreedor que se ve impedido en obtener su crédito por la vía consensuada y requiere de la intervención del órgano jurisdiccional y las vías legales a los fines de obtener su crédito. Cuando el Tribunal Constitucional, sobre la potestad ejecutoria de la DGII, señala: “**Esto significa que para poder ejercer las facultades ejecutorias –fase de cobro coactivo- que le ha reconocido el legislador – en aquellos casos en que el contribuyente impugna la deuda-, la administración precisa de una decisión judicial con autoridad de cosa juzgada**”^[19]; nuestra alta corte ha olvidado la importancia de la recaudación de los impuestos y todo el conglomerado de la potestad tributaria del Estado, al señalar que la DGII requiere de una decisión con autoridad de cosa juzgada para poder ejecutar su título ejecutorio.

El principio de seguridad jurídica del Estado puede verse gravemente afectado, pues el Tribunal Constitucional irónicamente prevé un exceso de burocracia para la Administración tributaria, toda vez que es el Código Tributario que le indica los procedimientos administrativos que deben agotarse y las vías de acción que tienen los contribuyentes para atacar la deuda; si bien tienen las acciones previstas por la ley, al establecer una especie de acción suspensiva respecto de la impugnación de la deuda ante el Tribunal Contencioso Administrativo).

En materia tributaria, el principio de seguridad jurídica respecto de los ciudadanos podría definirse como la presunción de que todo contribuyente conoce sus deberes y prerrogativas en sus interacciones con la Administración tributaria. Lo anterior se deriva del artículo 50 del Código Tributario, que establece que los contribuyentes, responsables y terceros están obligados a cumplir con los deberes formales señalados en el referido artículo. Además, la ley se reputa conocida desde la fecha de su promulgación, conforme a las reglas del artículo 1 del Código Civil, aplicable en esta materia en virtud del artículo 3, párrafo III, del Código Tributario.

Luiz Guilherme Marinoni considera que las decisiones judiciales deben tener estabilidad porque constituyen actos de poder que generan responsabilidad a aquellos que las emiten, por lo tanto, no deben ser libremente desconsideradas por el propio poder judicial, pues en nada ayudaría la frenética alternancia de decisiones judiciales.^[20]

Por ello, cuando la Dirección General de Impuestos Internos emite su certificado de deuda, la misma ley se encarga de darle la categoría de un título ejecutorio. Y al haberse agotado todas las vías pertinentes, este crédito es considerado como cierto líquido y exigible; por tanto, es un criterio delicado por el Tribunal Constitucional darle al crédito fiscal requisitos como pasar por el control jurisdiccional, pues este debe ser utilizado para que el tribunal pueda revisar desde su óptica la legalidad del acto administrativo y no la existencia propia de la deuda, pues es un crédito determinado. Debemos recordar que es la Ley núm. 107-13 que le otorga la presunción de legalidad, en su artículo 10, cuando señala que “todo acto administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional de conformidad a esta ley”. Por igual, el artículo 11 señala que “los actos administrativos válidamente dictados, según su naturaleza, serán ejecutivos y ejecutorios cuando se cumplan sus condiciones de eficacia, en los términos de la ley”.

Si bien el principio de seguridad jurídica está visto desde la perspectiva del ciudadano, debemos recordar que el Estado, al tener personalidad jurídica propia, es sujeto de derechos y obligaciones. Por consiguiente, el contenido de la norma siempre debe desarrollarse en la forma que la actividad administrativa no se vea afectada por requisitos excesivos que increíblemente pueda sufrir la Administración por posiblemente realizar un exceso de protección del ciudadano. Es importante destacar que la opinión expresada en el presente artículo no busca que al ciudadano se le deje de proteger. Es bien sabido que en la relación Administración-administrado, el último

es la parte más vulnerable, pero los principios de derecho deben velar por la igualdad en la relación, no en el desbalance excesivo a favor de una parte.

Al obligar a la DGII a acudir a los órganos jurisdiccionales, ya no podemos hablar de la autotutela ejecutiva. Literalmente, el Tribunal Constitucional se encarga de condicionar su atribución estatal, aún sin haberlo expresado en la sentencia. Pero, además, reduce la importancia del crédito fiscal a uno de derecho privado, pues su ejecución va a tener que depender de la decisión del juez y, por último, pero más importante, es que el tribunal olvidó completamente la existencia del concepto mal denominado “mora judicial”.

El juez que no ha vivido la práctica desde el ejercicio de la abogacía emite sus decisiones con base en el derecho y no toma en cuenta los cientos de casos que ve un tribunal en el año, situación que no escapa al Tribunal Superior Administrativo, que es el competente materialmente para conocer de los conflictos entre el contribuyente y la Dirección General de Impuestos Internos (DGII). Por tanto, esperar el dictado de una sentencia y rogar que el contribuyente no decida interponer el recurso de casación. En ese sentido, según el criterio del Tribunal Constitucional, la Administración tributaria (DGII) debe esperar años a los fines de poder recaudar los impuestos ante deudores reticentes que utilizan los mecanismos judiciales con la finalidad de postergar el cumplimiento de su obligación.

Respecto de las funciones jurisdiccionales y administrativas que tiene la Administración pública, es importante indicar que, en cuanto a la primera función y objeto de controversia de la doctrina, no debe verse como un poder inalcanzable, sino más bien como alternativas que tiene el administrado para que los actos administrativos sean revisados por el mismo órgano que las dictó. No podemos satanizar estas atribuciones, pues si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales (tribunales del Poder Judicial) administran la justicia, no menos cierto es que en la práctica representa la etapa más tortuosa que puede tener todo ciudadano.

El artículo 111 del Código Tributario establece que “el embargado podrá oponerse a la ejecución, ante el ejecutor administrativo, dentro del plazo señalado en el requerimiento de pago practicado conforme el artículo 91”. Del presente artículo se desprende que la norma le otorga facultades al sujeto pasivo de interponer una acción en contra de la acción ejecutoria del sujeto activo (DGII). Por su parte, el artículo 91 señala que “el ejecutor administrativo ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de 5 días a partir del día siguiente de la notificación, pague el monto del crédito en ejecución u oponga excepciones en dicho término, bajo apercibimiento de iniciar en su contra el embargo de sus bienes”.

El referido artículo contradice el principio de igualdad y representa una desventaja para el administrado, pues no se requiere teorizar muy profundo para llegar a la conclusión de que dicho plazo es ridículamente bajo. Los contribuyentes, raras veces son abogados, son profesionales de distintas actividades comerciales; por ende, la interposición de una oposición en tan breve tiempo, cuando debe exponerse los medios

de defensa y aun en el caso de conseguir un abogado especializado en la materia, es imprescindible que el profesional pueda conocer el expediente.

Por tanto, la actual legislación si bien otorga la autotutela ejecutiva a la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), no menos cierto es que la norma representa el desbalance de las condiciones existente entre ambas partes del proceso de cobro coactivo. Por ello, es imprescindible que, si la potestad de la institución pretende mantenerse, se reforme el Código Tributario en aras de proteger las acciones del contribuyente (administrado) respecto de la acción ejecutoria de la Administración.

El control jurisdiccional tiene su razón de ser en reducir el poder exorbitante del Estado (incluyendo a la Administración tributaria), toda vez que el derecho administrativo autoritario controlaba incluso el derecho del administrado de atacar los actos administrativos, “articulado a través de instituciones y técnicas como la indemandabilidad e irresponsabilidad del Estado, el poder de policía y los actos de gobierno no susceptibles de control jurisdiccional”^[21]. Una de las formas de control era que el ciudadano debía pagar y reclamar (*solve et repete*), “esto consistía en abonar las cantidades exigidas por la Administración a través de sus actos administrativos firmes con el fin de recurrirlos”^[22]. Eduardo Jorge Prats destaca que “dicho derecho administrativo se encontraba centrado exclusivamente en la erección de una Administración como poder constituido, institucionalizado y personificado, dotado de un conjunto de prerrogativas exorbitantes”^[23].

Es importante señalar que el derecho administrativo ha superado muchas barreras, pues pasa de un “régimen autoritario” del Estado a uno centrado en la persona, tal como mencionamos al principio de este trabajo. La Ley núm. 107-13 es una ley que alza la voz a favor de los administrados y que establece que estos son los dueños del interés general; por ello, no pueden considerarse sujetos inertes^[24]. Por tales motivos, nuestra posición se sitúa a favor de la autotutela de la Administración pública, más aún en el ámbito de los impuestos internos. Desde el inicio de la vida del ser humano y su relación con el Estado, los impuestos tienen una razón de ser y es que, en la actualidad, podemos ver el uso que se le dan, los cuales van dirigidos a favor de los ciudadanos. Es por ello por lo que deben tenerse en cuenta los principios rectores de la ley para que el Estado pueda seguir aplicando las políticas públicas, un control del gasto público, realizar el presupuesto general que establezca el direccionamiento de los fondos.

El Código Tributario es una norma que está lejos de ser perfecta, que tiene muchos artículos que pueden considerarse abusivos. Por tanto, se requiere una voluntad política-jurídica para realizar una reforma integral que modifique estos artículos leoninos, en perjuicio de los administrados. Ahora bien, la autotutela ejecutiva tiene una razón de ser que va acorde a la actividad del Estado, y el ordenamiento jurídico no puede convertirse en el principal obstáculo de su funcionamiento.

Por ello, el principio de juridicidad busca que las actuaciones de la Administración se realicen conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, no podemos olvidar que las normas deben buscar que el Estado pueda realizar sus actividades administrativas y

que este no tiene una ganancia propia, sino que las recaudaciones van dirigidas a satisfacer el interés general, si bien la razón de ser del control jurisdiccional busca ayudar, las normas comunes no pueden vulnerar las prerrogativas que le corresponde al Estado y afectar su actividad principal.

[1] Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 8, primera edición. Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires. Pág. 107.

[2] García de Enterría, Eduardo. La revolución francesa y la Administración Contemporánea, (Madrid 1972). Cuadernos Taurus 113.

[3] Véase Long, Weil y Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, París, Sirey, 1962, p. 6.

[4] El artículo 45 de la Ley núm. 200-04 establece que la Administración debe difundir de oficio aquellos "Proyectos de regulaciones que pretendan adoptar mediante reglamento o actos de carácter general, relacionadas con requisitos o formalidades que rigen las relaciones entre los particulares y la administración o que se exigen a las personas para el ejercicio de sus derechos y actividades".

[5] Numeral 4 del artículo 31 de la Ley núm. 107-13 señala que "la participación del público en general, con independencia de que se vea o no afectado directamente por el proyecto de texto reglamentario, plan o programa, deberá garantizarse antes de la aprobación definitiva salvo texto legal en contrario".

[6] De la Cuétara, Juan Miguel **Las potestades administrativas**, Tecnos (Temas clave de la Constitución Española), Madrid, 1986, pág. 33.

[7] Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severino. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Editorial Tecno. 13 edición, pág. 76

[8] Oelckers Camus, Osvaldo. El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración pública. Artículo de la Universidad Valparaíso Chile <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/23/17>. (Consultado en fecha 14 de agosto 2022)

[9] Diccionario Panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/autotutela-ejecutiva#:~:text=Adm.de%20los%20destinatarios%20a%20cumplirlos>. (Consultado en fecha 14 de agosto 2022).

[10] Oelckers Camus, Osvaldo. Op. Cit. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/23/17>. (Consultado al 14 de agosto del 2022).

[11] Muñoz Machado, Santiago. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**, I, segunda edición, Iustel, Madrid, 2006, pág. 619.

[12] Muñoz Machado, Santiago. Op. Cit., pág. 619.

[13] Sentencia núm. 058-2006, del Tribunal Contencioso Tributario, de 8 de agosto de 2006, citada en la Sentencia TC/0830, F.J. 10.27.

[14] López Valdés, José Francisco, Compendio de Derecho Tributario. Memoria para optar al Grado de Licenciado en derecho, Universidad Central, 1998, Santiago de Chile.

[15] Ribera, 2000. Ribera Neumann, Teodoro, "La Potestad Tributaria del Estado", *Revista de Derecho Público* N.º 62 Año 2000, Universidad de Chile

[16] Dirección General Impositiva de Uruguay. **Importancia de los impuestos**. Actualizado al 14 de abril del 2021. <https://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,educacion,dgi-educacion-tributaria-la-importancia-de-los-impuestos,O,es,0,#:~:text=Los%20Impuestos%20son%20aportes%20establecidos,para%20cumplir%20con%20us%20cometidos>.

[17] Vásquez Castro, Yorlin Lissett. Derecho Tributario Sustantivo y Administrativo. Primera Edición. Santo Domingo 2018, pág. 190

[18] Corte Suprema de Argentina. Sentencia 251:7 de fecha 2 de octubre del 2010.

[19] Sentencia del Tribunal Constitucional TC/830/18 de fecha 10 de diciembre de 2018.

[20] Guilherme Marinoni, Luis. El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N.º 1, 2012, pp. 249 – 266

[21] Jorge Prats, Eduardo. **Del Derecho Administrativo autoritario al centrado en la persona**. Periódico digital Acento. <https://acento.com.do/opinion/del-derecho-administrativo-autoritario-al-centrado-en-la-persona-8709043.htm>. Consultado al 14 de agosto del 2022.

[22] Concepto de Solve repete dado por la Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/solve-et-repete>. Consultado el 14 de agosto 2022

[23] Jorge Prats, Eduardo. Ob Cit.

[24] Ver el considerando cuarto de la Ley núm. 107:13: "Que en un Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos no son súbditos, ni ciudadanos mudos, sino personas dotadas de dignidad humana, siendo en consecuencia los legítimos dueños y señores del interés general, por lo que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos, para adquirir una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas y de las decisiones administrativas".

¿Cuándo cesa la prisión preventiva?

José Miguel Luperón Hernández

La prisión preventiva es impuesta por el Juzgador después de haber ponderado la pertinencia de la medida en una audiencia contradictoria, al evaluar los presupuestos de arraigo de la defensa técnica y elementos a cargo presentados por el Ministerio Público. Es el primer acto procesal en el que se realiza un *test* de razonabilidad con miras a limitar el derecho de libertad debido a la contingencia que representa el investigado, ya que la finalidad es garantizar su presencia en todas las etapas y salvaguardar todos los elementos y sujetos partícipes del caso, a pesar del carácter excepcional del encarcelamiento preventivo.

La legislación ha establecido que la prisión preventiva no podrá ser el cumplimiento de una pena anticipada[1], de ahí que cuando se dicta auto de no ha lugar o sentencia absolutoria, la libertad del imputado se hace efectiva directamente y se otorga desde la sala de audiencia, aún cuando existan recursos pasibles contra la misma[2].

Al momento de evaluar el cese de la prisión preventiva, tan solo deberá concurrir 1 de las 3 causales indicadas en el artículo 241 del Código Procesal Penal, que se establecen a continuación: “1) *Nuevos elementos que demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; 2) Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional; 3) Su duración exceda de doce meses*”. Cabe añadir, que este último plazo podrá ser extendido por 6 meses una única vez “*si el fallo ha sido recurrido por parte del imputado o del ministerio público en su favor*”.

De manera excepcional, en los casos declarados complejos “*el plazo ordinario de la prisión preventiva se extiende hasta 18 meses y, en caso de haber recaído sentencia condenatoria, hasta 6 meses más*”.[3]

Dicho esto, el cese deberá ser otorgado cuando no existan elementos nuevos que motiven la sustitución de la prisión preventiva o a raíz de un simple cálculo matemático de la duración establecida por el legislador. Esta situación nos enfrenta con la realidad de los tribunales de nuestro país, cuando hay casos que se encuentran impedidos de avanzar por mecanismos legales de la defensa del investigado, con la finalidad de alcanzar el simple requisito numérico, así como cuando el Ministerio Público incurre en defectos procesales que convierten la medida en condena anticipada.

El Juez, en una buena administración de justicia, al ponderar la petición del cese de la prisión preventiva, tomará en cuenta los mencionados elementos del artículo 241 del CPP para realizar un nuevo test de razonabilidad y proporcionalidad distinto al realizado cuando se impuso la medida de coerción. La diferencia radica en el hecho de que tendrá mayor relevancia el derecho a la libertad y la presunción inocencia, frente a

la peligrosidad y gravedad del hecho que se le imputa, ya que existen otras medidas con alta eficacia que garantizan su presencia en el proceso, aun estando fuera de prisión.

A modo de ejemplo, procederemos a analizar, de manera somera, la más reciente decisión que ha generado opinión pública en cuanto al cese de la prisión preventiva, es decir, la dictada por el Séptimo Juzgado de la Instrucción del Distrito Nacional en fecha 29 de agosto del presente año. En adición a las razones jurídicas anteriormente esbozadas, en una correcta aplicación e interpretación del Código Procesal Penal y la Constitución el Juzgador ordenó el cese de la prisión preventiva fundamentado en lo siguiente: a) que los procesados habían cumplido más de 18 meses de prisión preventiva, tiempo máximo de la medida para los procesos declarados complejos y b) que el comportamiento del Ministerio Público había provocado la dilación indebida del proceso. De igual manera, en el hipotético caso que se quisiera ponderar el peligro de fuga previo a dictar el cese, las conclusiones en este caso serían las siguientes: i) el órgano persecutor había presentado el acto conclusivo consistente en acusación, lo que reduce la mayor parte de las circunstancias que inciden en los elementos y sujetos del proceso; ii) los recursos y peticiones de los procesados no dilataron el desarrollo de la investigación ni la etapa procesal de la audiencia preliminar; iii) al evaluar la calificación jurídica del Ministerio Público, los procesados habían cumplido la posible pena imponible de menor duración, dado que no podemos presumir que la pena imponible sería la de mayor compromiso, iv) en cuanto a la posible destrucción de pruebas, es evidente que después de presentada la acusación, el Ministerio Público tiene la custodia de los elementos probatorios, v) sobre el argumento de la amenaza de los testigos, es cuesta arriba pensar, por las medidas impuestas por el tribunal, que los procesados tendrían la posibilidad de perpetrar este agravio al encontrarse limitados con un monitoreo las 24 horas del día; y vi) las medidas impuestas por el Tribunal, si son correctamente supervisadas por el Ministerio Público, eliminan el riesgo de fuga. A ello, se adiciona el hecho de que los delitos por los cuales se encuentran procesados no se encuentran vinculados a la violencia.

Resulta preciso resaltar, que el Juzgador había revisado en varias ocasiones las medidas de coerción impuestas a estos investigados, rechazando su modificación por entender que las razones que obligaron a su imposición se mantenían y que los presupuestos no eran suficientes. Aun así, al momento de evaluar los elementos presentados para acoger el cese de la prisión preventiva – cuya consecuencia legal es la variación de la medida de coerción – solo basto comprobar que su duración ha excedido el tiempo máximo para los casos complejos. En esta etapa procesal, su obligación es interpretar extensivamente la ley en favor del imputado y de forma restrictiva, el resguardo en prisión de manera preventiva, razón por la cual confirmamos que el fallo se encuentra motivado de manera justa, en los hechos y el derecho.

Podemos concluir, que conforme a lo establecido por el artículo 241 del CPP, el examen de una petición de cese de la prisión preventiva debe ser, estrictamente, dejando en un segundo plano el requisito de pruebas de arraigo. Debido a que el Juez se encuentra obligado a modificar la fórmula del test de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos contrapuestos teniendo en cuenta la carga ya existente, luego de

transcurridos 12 o 18 meses en prisión, con la finalidad de obtener como resultado una aplicación justa y real de la Ley.

La lógica nos invita a entender que el cese de la prisión preventiva que ordenó el Juez del Séptimo Juzgado de la Instrucción se consagra como una aplicación pura del derecho, que pone de manifiesto la correcta diligencia de un administrador de justicia en su rol de llevar la parte positiva del derecho (la ley) al plano material, renovando la creencia en la balanza de *Themis: la igualdad con que todos los ciudadanos deben ser tratados*. El sistema judicial conformado por la Constitución, Códigos, Leyes, Jueces, tribunales y auxiliares posee lo necesario para conocer casos complejos y con gran cantidad de imputados (mega procesos), toda vez que estos elementos, son los mismos que el órgano persecutor utilizó para lograr que fueran impuestas medidas de coerción, consistente en prisión preventiva, que posteriormente impuso el cese de la misma.

[1] Artículo 16 del Código Procesal Penal.

[2] Artículos 304 y 337 del Código Procesal Penal.

[3] Artículo 370 Numeral 2 del Código Procesal Penal.

Propiedad intelectual en el entorno digital: Vulneraciones y retos para garantizar su seguridad jurídica

Khiara Haannoggy Henríquez Hernández

Introducción

La expansión de las tecnologías de la información y la comunicación, y el comercio electrónico, han permitido romper las barreras del tiempo y del espacio, sin embargo, con la digitalización, diversos derechos han pasado a estar en una posición de vulnerabilidad en el mundo online, tal como el derecho de propiedad intelectual, que se encuentra expuesto a múltiples riesgos frente al fácil acceso y reproducción de obras y contenido que se difunden a través de Internet.

Los usuarios de la red hacen uso de publicaciones que no son propias, y sin autorización, emplean logos, imágenes, nombres comerciales, vídeos, música, que se encuentran en el espacio online. Esto tiene implicaciones económicas y sociales, para el comercio y las empresas que tienen sus marcas, invenciones, y patentes registradas.

La propiedad intelectual permite garantizar una remuneración a los autores y los artistas, y regular las creaciones y explotaciones de obras. No obstante, la transformación tecnológica y la configuración de un entorno digital muy poco regulado, cuestiona muchas de las acepciones tradicionales de este régimen, desde conceptos de autor y obra al alcance de los derechos exclusivos en entornos en línea, el régimen de licencias, el rol de las entidades de gestión, etc.

En definitiva, resulta menester examinar los diferentes matices que tiene el derecho de propiedad intelectual en el mundo online vs el mundo offline, los retos que existen para garantizar su seguridad jurídica en los medios digitales, así como, su alcance y connotaciones que tiene para las empresas en el marco del comercio electrónico.

A) Generalidades en la propiedad intelectual en el mundo offline y online:

La imaginación y capacidad de innovar que tienen las personas ante la necesidad de resolver sus problemas ha sido el origen de los grandes cambios de la humanidad, tales como el ábaco chino, la imprenta, el telégrafo, la radio, la máquina de escribir, la televisión, la penicilina, la computadora, entre otros. Las múltiples invenciones creadas en el transcurso de la historia han contribuido al progreso de la tecnología.

Al remontarse a la historia, cabe destacar dos aspectos, en el siglo XVI, la llegada de la imprenta permitió romper el vínculo entre “obra” y “ejemplar” y originó un nuevo mercado que había que regular (los llamados “privilegios” de impresión permitían a los impresores explotar en exclusiva una obra concreta), y en el siglo XVIII, la primera ley de propiedad intelectual inglesa (Statute of Anne de 1709), que otorgaba durante 14

años un derecho exclusivo a los autores de obras impresas para autorizar su explotación a los editores.⁹

El sistema de propiedad intelectual (PI) ha sido estructurado para proteger las creaciones de la humanidad más allá de las fronteras. ¿Qué pasaría si no fueran protegidas por la propiedad intelectual? Cualquier invención u obra sería fácilmente objeto de falsificación y plagios, en perjuicio de los titulares de los derechos. En ese contexto, en procura de garantizar la propiedad intelectual, a nivel nacional, cada Estado han estructurado sus propias normas en dicha materia, y en el marco internacional, los países suscriben tratados a fin de armonizar los diferentes aspectos que rige la misma; sin soslayar que esta representa un elemento significativo para la economía.

La importancia de la propiedad intelectual se reconoció por vez primera en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) administra ambos tratados.¹⁰

En el marco de lo expuesto, en el presente capítulo será tratada la acepción, características y objeto de protección de la propiedad intelectual, así como también el impacto que ha tenido el comercio electrónico sobre la misma, a fin de destacar la naturaleza de esta área, las bases sobre las cuales está cimentada, y resaltar que esta no puede concebirse al margen de la tecnología y de las actividades comerciales nacionales e internacionales de las empresas.

1. Conceptualizaciones, características y objeto de protección:

En la doctrina, la propiedad intelectual se concibe como aquella propiedad que recae sobre las cosas inmateriales o incorporeales, tales como las ideas o pensamientos, producto del intelecto, imaginación, genialidad o talento de las personas. Se cataloga como una propiedad distinta o especial, dado que no protege ni regula cosas corporales o materiales, como sí lo hace la propiedad ordinaria o común.¹¹

De la referida acepción, conviene resaltar que: Una persona sea física o jurídica puede tener la titularidad del derecho de propiedad sobre una creación o invención; de igual manera una entidad o particular puede tener la potestad de reproducción de la misma, pero no ser quien confeccionó la misma (en el marco de concesiones, permisos, licencias). Ejemplo: X escribió una canción, y Z, comercializar la misma, bajo la autorización de X; la propiedad intelectual se rige por un régimen especial a nivel normativo, tanto nacional como internacional.

⁹Xalabarder, Raquel. La propiedad intelectual en el mundo digital: ¿un monopolio en extinción? *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2) - diciembre 2011. Consultado en: <https://www.raco.cat/index.php/QuadernsCAC/article/download/405818/499959>

¹⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? Consultado en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/documentos-de-interes/odai/>

¹¹ Canaval Palacios, Juan Pablo. Manual de propiedad intelectual. Editorial Universidad del Rosario. (Colombia: 2008). Consultado en: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/1058>

En general se reconoce que la Propiedad Intelectual (PI) es el término que engloba las creaciones de la mente y la buena imagen comercial, aplicadas a los negocios, que pueden ser protegidas por la ley. La legislación de cada país difiere en cuanto a lo que la PI debe proteger exactamente, según el concepto que se tenga de los regímenes de PI. Ni el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ni el Acuerdo sobre los ADPIC definen directamente la propiedad intelectual. En cambio, en ellos se enumeran varias categorías de derechos protegidos en esta materia. Al examinar las disposiciones de diversos tratados de propiedad intelectual, podemos observar que la protección de la PI comprende los siguientes derechos y relaciones jurídicas:¹²

1. Patentes, incluidas las invenciones, los modelos de utilidad, los diseños industriales, y las patentes de plantas.
2. El derecho de autor y los derechos conexos.
3. Los signos distintivos utilizados en el comercio, como las marcas, las indicaciones geográficas, los nombres comerciales y la presentación distintiva.
4. Las obtenciones vegetales.
5. Los esquemas de trazado de circuitos integrados.
6. Los secretos comerciales o la información no divulgada.
7. La represión de la competencia desleal.

Los derechos de propiedad intelectual permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación. Esos derechos están consagrados en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: *1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*¹³

Las creaciones e invenciones intelectuales que constituyen el objeto de la propiedad intelectual pueden implicar la solución a un problema, hacer más funcional algo, o más estético, y satisfacer necesidades, desde la óptica técnica, cultural, artística, y social, por lo que, aportan de diferentes formas y añaden valor a la sociedad.

En cuanto a las **características de a la propiedad intelectual**, conviene señalar:

¹²Administración Nacional de Propiedad Intelectual de China (CNIPA). Fundamentos de propiedad intelectual: Preguntas y respuestas para estudiantes. Consultado en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1056.pdf

¹³Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948. Consultado en: <https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/>



Esquema núm.1. Elaboración propia.

Dependiendo del tipo de derecho de propiedad intelectual de que se trate, cada característica estará sujeta a su naturaleza en específico. Respecto al carácter intangible de la propiedad intelectual, conviene precisar que, en derecho las cosas se clasifican en corporales e incorporables. Las primeras son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa o un libro. En cambio, las cosas incorporales son aquellas que no tienen un ser real y que, por lo tanto, no pueden ser percibidas por los sentidos; sólo pueden concebirse por la imaginación.¹⁴ Dicha clasificación tiene sus cimientos en el derecho romano, y resulta importante para definir el objeto de la materia en cuestión, así como las implicaciones de la adquisición de su titularidad y la relación jurídica entre el propietario y el bien incorporal.

Al efecto, la propiedad intelectual reposa sobre bienes intangibles, es decir, pensamientos e ideas que son producto del intelecto humano, y de su creatividad, lo que da como resultado las invenciones y obras que la ley reviste de protección y que ameritan seguridad jurídica, en especial, en el entorno digital.

Otro rasgo de los derechos que engloba la propiedad intelectual es la limitación temporal, que variará dependiendo del tipo de derecho de que se trate. Por ejemplo: En el caso de México, los derechos de autor son vigentes durante la vida del autor y 100 años después de su muerte. En caso de coautoría, se contará a partir de la muerte del último coautor. En la República Dominicana la vigencia para los autores, sus herederos y cesionarios, se benefician de estos derechos por un período que comprende la vida del autor más 70 años¹⁵; este es el mismo plazo que establece también la legislación española¹⁶. Para las patentes, tanto para el caso de México¹⁷ como de República Dominicana se estipula una duración de 20 años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Por lo regular, luego de transcurrido el plazo establecido en la ley, el derecho pasa a ser del dominio público, y no particular.

¹⁴ Barcia Lehmann, Rodrigo. De las cosas y su clasificación. Derecho Civil, Universidad de Talca.

¹⁵ República Dominicana. Ley 20-00 sobre Propiedad Intelectual de fecha 08 de mayo del año 2000.

¹⁶ España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Ministerio de Cultura «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 1996 Referencia: BOE-A-1996-8930

¹⁷ México. Ley Federal de Protección de Derechos de Autor de fecha 24 de diciembre del año 1996.

La exclusividad y la territorialidad son otras características de los derechos de propiedad intelectual. La primera, hace referencia a que el particular que tenga la titularidad del derecho gozará exclusivamente de los derechos de uso y disfrute. En cuanto a la segunda, la protección registrará en el país o región donde se ha solicitado el registro y conforme su legislación. Sin embargo, también las garantías de estos derechos pueden abarcar más de un país, en casos específicos, y en aplicación de normas internacionales, como el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (el PCT).

Cada Estado es quien regula el objeto protegido (el concepto de “obra”), los sujetos titulares de derechos, las condiciones de la protección, los medios específicos de tutela. Esto ha supuesto tradicionalmente un problema para los titulares de derechos de PI cuyas obras circulan y se distribuyen por todo el mundo. Los países exportadores netos de PI siempre han buscado mecanismos internacionales¹⁸ para proteger los intereses de sus autores y titulares de derechos a nivel mundial.¹⁹

Al margen de lo expuesto, en la doctrina se hace referencia a la teoría de *agotamiento del derecho de propiedad intelectual*, que significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho. Con la primera comercialización el derecho de propiedad intelectual “se agota” de manera tal que los productos introducidos en el mercado podrán ser objeto de posteriores actos de comercialización sobre los cuales el titular original no podrá ejercer ningún control. Es decir que una vez agotado el derecho de propiedad intelectual su titular no podrá continuar ejerciendo ninguna de las prerrogativas originales derivadas de su exclusividad o expuesto.²⁰

No obstante, la referida teoría del agotamiento del derecho no aplica a todas las situaciones, ejemplo de ello es el caso de ReDigi, en el que la Corte estadounidense estableció: *Existe una infracción a los derechos de autor de distribución y reproducción, y no es posible aplicar la teoría del agotamiento del derecho en favor de ReDigi, teniendo en cuenta que “la transferencia de datos digitales de un medio de almacenamiento a otro constituye una violación a los derechos de autor al tratarse de una reproducción no autorizada. Lo contrario implicaría permitir una violación a los derechos de autor, a través de la aplicación del agotamiento del derecho, más aún si se tiene en cuenta que para la Corte el negocio de ReDigi no consistía en la venta de una “copia” lícita de archivos*

¹⁸ Tratados Internacionales, normas a nivel europeo, las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE.

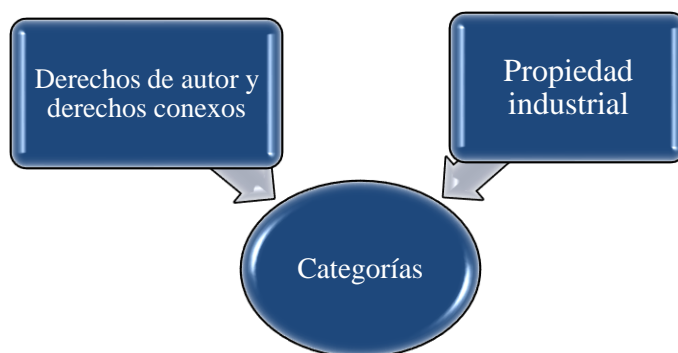
¹⁹ Territorialidad en Propiedad intelectual. Consultado en:

https://www.eoi.es/wiki/index.php/Territorialidad_en_Propiedad_intelectual#:~:text=Los%20derechos%20de%20PI%20son,garantiza%20dentro%20de%20sus%20fronteras.

²⁰ Castro García, Juan David. El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. Consultado en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/463/3631#:~:text=El%20agotamiento%20del%20derecho%20de%20patentes%20significa%20que%20el%20derecho,el%20consentimiento%20de%20su%20titular.>

musicales digitales, sino en la venta del derecho de reproducción sobre dichos archivos digitales.²¹

En otro orden, resulta menester tratar los aspectos relacionados al **objeto de protección de la propiedad intelectual**, toda vez que, la propiedad intelectual afecta a bienes de significativo valor cultural y social y económico. En tal sentido, es importante partir de que en esta materia lo que es sujeto a protección es la creación intelectual con independencia del tipo de soporte de que se trate, y pudiendo ser esta vista, escuchada o leída. Para determinar las creaciones intelectuales que son susceptibles de protección, se establece que la propiedad intelectual se divide esencialmente en dos categorías:



Esquema núm.2. Elaboración propia.

Cada una de las categorías antes mencionadas abarcan diferentes modalidades, con características y dimensiones propias. En el caso de los **derechos de autor**, estos constituyen uno de los principales derechos de propiedad intelectual, cuyo objetivo es dar solución a una serie de conflictos de intereses que nacen entre los autores de las creaciones intelectuales, los editores y demás intermediarios que las distribuyen y el público que las consume. Actualmente, los términos como copyright y derecho de autor han ido convergiendo hasta convertirse en sinónimos, el primero proviene del derecho anglosajón. En concreto, el Estatuto de la Reina Ana (1709), en Inglaterra, fue la primera norma en el mundo sobre los derechos de autor, y sirvió de inspiración para las legislaciones nacionales de otros países anglosajones, entre ellos Estados Unidos. ²²

La protección del derecho de autor abarca solo las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. El derecho de autor puede amparar o no elementos como los títulos, los lemas o logotipos,

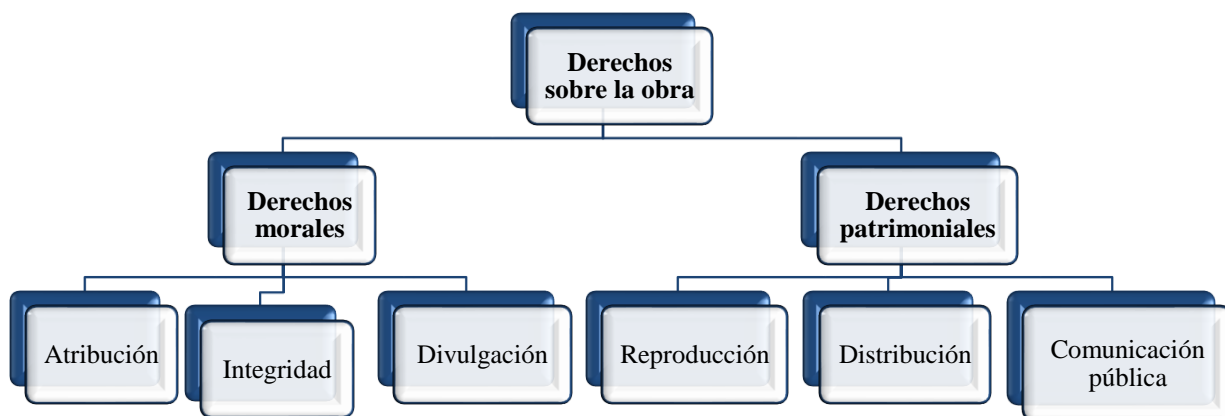
²¹ United States District Court for the Southern District of New York, “*Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*”, No. 12-0095, 2012 U.S. Dist (2013), March 30, 2013.

²² Derechos de autor en plataformas e-learning. Consultado en: https://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html

dependiendo de que la paternidad de la obra sea suficiente. La legislación no suele contener una lista exhaustiva de las obras que ampara el derecho de autor. No obstante, en términos generales, entre las obras habitualmente protegidas por el derecho de autor en todo el mundo están las siguientes:²³

- Las obras literarias como las novelas, los poemas, las representaciones escénicas, las obras de referencia, los artículos periodísticos;
- los programas informáticos y las bases de datos;
- las películas, las composiciones musicales y las coreografías;
- las obras artísticas como los cuadros, los dibujos, las fotografías y las esculturas;
- la arquitectura; y
- los anuncios, los mapas y los dibujos técnicos.

El autor de la obra tiene dos tipos de derechos:



Esquema núm.3. Elaboración propia.

La titularidad del derecho de autor implica que la persona pueda utilizar, publicar, reproducir, y explotar de manera exclusiva la obra, sin perjuicio de las cesiones que pueda pactar con terceros. Cada nación dispone de sus respectivas leyes²⁴ en materia de derechos de autor y derechos conexos, y en el orden internacional, fue articulado el Convenio de Berna²⁵ para la protección de las obras literarias y artísticas, el cual está

²³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Derecho de autor. Consultado en: <https://www.wipo.int/copyright/es/>

²⁴ La República Dominicana cuenta con la Ley 65-00 sobre Derecho de Autor y su reglamento de aplicación, así como la Ley 424-06, que protegen los derechos de los autores, y los derechos afines de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

²⁵ El Acta de París de 1971 del Convenio de Berna contiene dos principios principales, el de protección automática, sin necesidad de ningún tipo de formalidad o registro, y el listado de obras protegidas. Al adherirse al Convenio de Berna, el país suscribiente pasa a ser parte del sistema internacional de protección de los derechos de los autores y del sistema de comercio internacional de productos y servicios protegidos por derecho de autor.

administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Ginebra, Suiza, el Convenio de Roma, y el Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales.²⁶ De igual manera, se dispone del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

El derecho de autor y los derechos conexos se ha expandido debido a los avances tecnológicos, que han creado nuevas formas de difusión de creaciones mediante diversas formas de comunicación. Sin embargo, la red de internet plantea cuestiones complejas en relación con el derecho de autor. Existen confrontaciones entre los usuarios que pretenden acceder a las obras en línea de manera gratuita, así como el derecho que tienen estos de acceder a obras que se puedan catalogar de utilidad pública, en contraposición con los derechos de los autores que la ley pretende proteger; es necesario crear un equilibrio entre ambos intereses.

Si bien, por un lado, se pretende evitar la monopolización de las obras y facilitar su acceso, dando prevalencia a la función social de las mismas, no se puede soslayar que, además de la importancia que tienen las obras desde la perspectiva cultural, estas también representan una especie de retribución lucrativa para el autor, por lo que, su reproducción ilícita en el medio digital genera pérdidas económicas significativas.

El interés público tiene un papel importante frente a excepciones y limitaciones que se estructuran en materia de derechos de autor, por ejemplo: en el caso de las instituciones educativas, pueden reproducir obras o parte de ellas, o facilitar copias a los usuarios, siempre que sea por motivos académicos, y por un interés social.

Cabe señalar que, a modo de parámetro, el artículo 9.2 del Convenio de Berna indica los criterios para establecer las excepciones y limitaciones legales sobre derechos de autor, al poner de manifiesto: *2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio*²⁷. Dichas estipulaciones han sido también reconocidas en el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio (OMC, 1995) y en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI (1996).

Un ejemplo de algunas excepciones existentes en materia de derecho de autor, son las copias privadas en cualquier soporte (tanto electrónico como tradicional), que no deja de ser un dilema doctrinal, pues, por un lado, se puede considerar que tiene implicaciones económicas para los titulares de derechos, y por otro, se entiende de que,

²⁶Se basa en los sistemas multilaterales existentes para la protección de los diversos derechos de propiedad intelectual que abarca, y recoge muchas disposiciones sustantivas de los principales instrumentos internacionales de protección de la propiedad intelectual. (Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales. Consultado en:

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/1_tripsandconventions_s.pdf.

²⁷ Convenio de Berna de fecha 09 de septiembre de del año 1886. Consultado en: <https://procuraduria.utpl.edu.ec/SiteAssets/Legislacion%20Externa/Convenio%20de%20Berna.pdf>

si es para uso privado, realizado por una persona física, y no lucrativo, no se necesita autorización del autor. En el caso de la legislación española, se excluye de esta excepción, *las bases de datos electrónicas (art. 31 LPI) y, en aplicación del artículo 99.a de la LPI, los programas de ordenador.*

En algunas legislaciones, las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador son objeto de protección de derechos de autor, y no son patentables, como el caso de España. Los derechos de autor o copyright quedan protegidos de manera automática desde el momento en el que se crea la obra, y España²⁸, al igual que la mayoría de los países que forman parte del Convenio de Berna, no requieren un registro de copyright ni de otros trámites para gozar de protección. No obstante, a pesar de que hay sistemas de propiedad intelectual, donde el registro de la obra no es obligatorio, sino que es voluntario; es recomendable hacerlo, en especial, si se tiene intención de explotar económicamente la obra o ceder sus derechos de explotación a terceros, toda vez que, registrar el derecho de autor ofrece mayores garantías, y abarca software, sitios web, dibujos, fotografías y derechos sui generis para las bases de datos contra la copia no autorizada y otros usos concretos.

Por otro lado, ¿las imágenes, fotografías, los videos, textos, dibujos en la red son objeto de protección de derecho de autor? Ante esta interrogante, se deben tener presente dos aspectos: No todo lo que circula en la red es de dominio público, pero tampoco, todo es objeto de ser garantizado en el marco de la propiedad intelectual.

Una idea errónea muy generalizada es que las obras publicadas en internet, incluidas las plataformas de redes sociales, son de dominio público y, por consiguiente, pueden ser utilizadas libremente por cualquiera sin autorización del titular del derecho. Toda obra protegida por derecho de autor o derechos conexos ya sea una composición musical, un producto multimedia, un artículo periodístico o una producción audiovisual, cuyo plazo de protección siga vigente, está protegida, independientemente de que haya sido publicada en papel o en Internet. En todos los casos se debe, por lo general, obtener la autorización del titular del derecho antes de su utilización.²⁹

Según las disposiciones del artículo 2 del Convenio de Berna: la protección de derecho de autor deberá extenderse a «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión. (Subrayado nuestro). De lo que se infiere que, si bien es cierto que, no se especifica la modalidad digital, no menos cierto es que, al señalarse en la parte in fine del referido artículo que cualquiera puede ser el modo o forma de expresar la producción de la obra, se puede entender que, si esta se produce en los medios digitales, también amerita protección de la ley y los convenios

²⁸ Si se opta por la inscripción, en España los derechos de autor se registran en el Registro Territorial de la Propiedad Intelectual. El registro de derechos de autor puede solicitarse en cualquier oficina disponible en cada comunidad autónoma española, mediante el pago de las tasas de inscripción que pueden variables por cada documento necesario que se aporte. Para dicho registro es necesario la información detallada del software, creación informática o base de datos que se pretenda registrar.

²⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Derecho de autor. Conceptos básicos. Consultado en: https://www.wipo.int/copyright/es/faq_copyright.html

correspondientes en la materia. De lo que se puede afirmar, que también las obras que se encuentren difundidas en la red de internet deberán ser garantizadas bajo el régimen de la propiedad intelectual.

En atención a lo expuesto, sea un poema, un artículo, una foto, un vídeo musical o un dibujo que se difunda en la red, puede ser objeto de protección del derecho de autor, pero, si cumple los parámetros establecidos en las legislaciones internas, tratados y convenios que sean vinculantes al Estado en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las fotos, deben ser consideradas como una obra fotográfica (tener novedad, originalidad, etc), para gozar de la protección de los derechos de autor; en cambio una mera fotografía, que se considerará de dominio público.

Si se trata de una fotografía en la que figuran personas, no deben ser difundidas sin autorización de estas,³⁰ pues, puede atentar contra derechos fundamentales, como el derecho a la imagen, al honor, a la intimidad, a sus datos personales. No se considera intromisión ilegítima la toma de imágenes y su uso posterior de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública³¹. En países como España, hay entidades que gestionan los derechos de autor y derechos de las fotografías, como la denominada La VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos).

Sea un artículo, imágenes, una composición musical en un medio digital u otras producciones, lo más adecuado es citar el autor y su fuente, a fin de no perjudicarlo, y contribuir con la protección a la propiedad intelectual.

Otra de las categorías en la que se divide la propiedad intelectual es la **propiedad industrial** que es un conjunto de derechos exclusivos que protegen, tanto la actividad innovadora materializada en nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños, como la actividad mercantil, mediante la identificación en exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado.³²

³⁰ Sobre el derecho a la propia imagen es posible precisar las siguientes delimitaciones del alcance de la autorización del uso de la misma, las cuales se derivan directamente de la Constitución: (i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, 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. La definición de los usos de la propia imagen y sus finalidades es un ámbito protegido a través de la cláusula general de libertad. Esto implica que cuando una persona autoriza el uso de su propia imagen, el grado de autonomía reconocido en dicho ámbito exige que el individuo determine y consienta no sólo sobre la índole del uso de su imagen sino también sobre las finalidades de éste uso. Por ende, resultarán contrarios a los derechos fundamentales de la persona aquellos usos de su imagen, así como las finalidades de este uso que no correspondan a los que fueron objeto de autorización. (Colombia. Tribunal Constitucional. Sentencia T-634/13).

³¹ Servicios de bibliotecas de la Universidad de Extremadura. Guía de la Biblioteca de la UEX. Derechos de autor en el entorno académico: Uso de Imágenes. Consultado en: <https://biblioguias.unex.es/c.php?g=572083&p=3944583>

³² Diccionario legal virtual. Propiedad Industrial. Consultado en: <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/propiedad-industrial/>

Las características de los derechos de propiedad industrial son las siguientes: Salvo alguna limitada excepción, los derechos de propiedad industrial nacen en virtud de un acto administrativo de concesión conseguido tras seguir el oportuno procedimiento administrativo; son derechos limitados; el bien inmaterial protegido puede estar, al mismo tiempo, en lugares muy distintos; son derechos exclusivos y tienen eficacia. 33 Esos derechos de propiedad industrial son los siguientes:34

- Los signos distintivos que corresponden con marcas o nombres comerciales:

Una marca es un signo que permite diferenciar los productos o servicios de una empresa de los de otra. Las marcas son derechos de propiedad intelectual protegidos.³⁵ Está sujeto a un plazo, pero puede renovarse conforme el procedimiento de cada ley nacional. Con el pasar de los años, las marcas han evolucionado a un sistema de registro y protección, que permite que los usuarios pueden identificar y comprar un producto o un servicio con características específicas y según sus necesidades.

La importancia de la protección de la marca radica en que garantiza a su titular el derecho de uso de esta para distinguir e identificar el producto o servicio que se brinde, obteniendo de esta manera reconocimiento y beneficios empresariales. De igual manera, esto impide la competencia desleal, y fomenta la comercialización nacional e internacional.

Cada Estado registra sus marcas, mediante las oficinas nacionales, y existe un sistema de registro internacional, administrado por la OMPI. El registro de marca ofrece seguridad jurídica y refuerza la condición del titular del derecho.

- Las patentes o invenciones:

Una patente es un derecho exclusivo concedido sobre una invención. Las patentes dan la posibilidad de obtener una recompensa material por las invenciones comercializables. A cambio de la protección por patente, los titulares tienen la obligación de divulgar la información sobre sus invenciones, a fin de enriquecer el cuerpo total de conocimientos técnicos del mundo. Este creciente volumen de conocimientos públicos estimula la creatividad y la innovación. El primer paso para obtener una patente consiste en presentar una solicitud.³⁶

33Hernández Rodríguez, José Antonio. La importancia de los derechos de propiedad industrial monopolios legales para una competencia leal. Consultado en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/379/Jos%C3%A9%20Antonio%20Hern%C3%A1ndez%20Web%20EI%20379.pdf>

34 Diccionario legal virtual. Propiedad Industrial. Consultado en: <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/propiedad-industrial/>

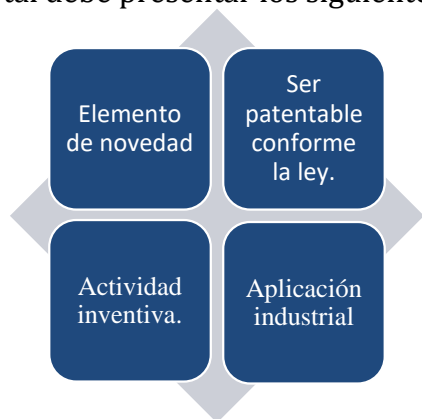
35 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Marcas. Consultado en: <https://www.wipo.int/trademarks/es/>

36 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? Consultado en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/documentos-de-interes/odai/>

Verbigracia de algunas patentes que han existido en la historia, son la bombilla, patentada por Thomas Edison en 1880, el telégrafo, patentado por Samuel Morse en 1840, la patente de Apple, la patente de la Coca-Cola, entre otras.

El titular de la patente determina quién puede y no puede hacer uso de la invención, pudiendo conceder a terceros la autorización de uso o disponer del mismo, mediante la venta. La protección está sujeto al tiempo en que sea otorgada la licencia. Cuando expira la patente, la invención pasa a pertenecer al dominio público. Las oficinas nacionales de patentes son las encargadas de conceder las mismas. En el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), administrado por la OMPI, se establece la posibilidad de hacer una única solicitud internacional, a fin de buscar protección de las patentes para una invención en muchos países.

Cada legislación establece lo que es susceptible de estar protegido mediante patente. En muchos países, las teorías científicas, los métodos matemáticos, las variedades vegetales o los animales, los descubrimientos de sustancias naturales, los métodos comerciales o métodos de tratamiento médico (en oposición a los productos medicinales), no suelen ser patentables. No toda invención es catalogada como patente, para ser considerada como tal debe presentar los siguientes rasgos:



Esquema núm.4. Elaboración propia.

En Estados Unidos, los métodos informáticos y comerciales quedan protegido por patentes. En el Japón, los programas informáticos y los métodos comerciales son patentables siempre y cuando se los considere técnicos, y no ideas puramente abstractas.³⁷

Cabe indicar, que las solicitudes de patentes se presentan primero en la oficina de patentes del propio país, y si se cumplen las condiciones necesarias, pueden ser presentadas ante la Oficina Internacional de la OMPI, en aplicación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (el PCT), para garantizar la protección ante varios

³⁷Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). División Pequeñas y Medianas Empresas. La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf

Estados. De igual manera, existen oficinas regionales de patente, tales como la Oficina Europea de Patentes (OEP), la Oficina de Patentes del Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial (ARIPO), entre otras.

Las patentes pueden ayudar a las empresas de comercio electrónico a respaldar un aumento en el precio y las ventas de los productos, dándoles características exclusivas que los competidores no podrán tener, podrán usarse como defensa si la empresa es acusada de violar la patente de otra compañía; podrá protegerse la misma de litigios, y pueden ayudar a formar alianzas estratégicas.³⁸

- Los diseños industriales (que se refiere al aspecto externo de un producto):

En términos generales, se entiende por diseño industrial el aspecto ornamental y estético de los artículos de utilidad. Ese aspecto puede ser tanto la forma, como el modelo o el color del artículo. El diseño debe ser atractivo y desempeñar eficazmente la función para la cual fue concebido. Además, debe poder ser reproducido por medios industriales, finalidad esencial del diseño, y por la que recibe el calificativo de "industrial". La protección mediante dibujos industriales se refiere a conjuntos, líneas o colores bidimensionales, mientras que el diseño industrial protege toda forma tridimensional u objeto industrial.³⁹

De lo anterior se infiere que, el diseño industrial es esencialmente estético y que la protección no abarca los rasgos técnicos; sin embargo, esos últimos rasgos pueden quedar protegidos por patente. El valor comercial de los productos aumenta por los diseños industriales, que los hace más atractivos y llamativos. El registro le otorga el derecho exclusivo de uso a su titular, lo que contribuye a promover las creaciones estéticas de productos, así como la creatividad en los sectores industriales, coadyuvando a la expansión actividades comerciales y la importación y exportación de productos.

En el marco de la propiedad intelectual, resulta complejo clasificar los diseños industriales, por la variedad de formas y tipos que existen. En algunos ordenamientos jurídicos es posible tener doble protección, tanto sobre el diseño industrial y respecto al derecho de autor. Mientras que, en otros, las normativas se excluyen mutuamente. En el Arreglo de La Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales, se establece el procedimiento para el registro internacional de los diseños industriales, en el cual, el interesado presenta una solicitud internacional ante la OMPI, y el diseño industrial estará protegido en los Estados parte en el tratado que el solicitante designe.

³⁸Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). División Pequeñas y Medianas Empresas. La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf

³⁹[Instituto Nacional de Propiedad Industrial \(INAPI\)](http://www.inapi.cl/). Los diseños y dibujos industriales como protección de creaciones estéticas. Consultado en: <https://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-813.html>

- Indicación geográfica:

Una indicación geográfica es un signo que se utiliza en productos que proceden de un lugar geográfico concreto y que tienen cualidades o una reputación que se deben a ese lugar. Para constituir una indicación geográfica, un signo debe identificar un producto como originario de un lugar determinado⁴⁰. Esta puede utilizarse para productos agrícolas, bebidas, productos artesanos, etc, de una región en específico. Sin embargo, en el caso de los bienes digitales, puede resultar cuestionable si aplicase de la misma forma.

Cada una de las categorías de los derechos de propiedad intelectual precedentemente señaladas, deben ser tomadas en consideración por las empresas, incluyendo aquellas de índole tecnológico, y que comercializan bienes digitales, a fines de garantizar la protección de la propiedad intelectual de las mismas. Esto *tomando en consideración que las actividades comerciales en los medios digitales han tenido incidencias en esta materia*.

2. Impacto del comercio electrónico en la propiedad intelectual

Tras el desarrollo de la tecnología se produjo una mayor expansión de la globalización, y nuevas formas de dinamizar la economía más allá de las fronteras. De igual manera, surgió la posibilidad de realizar transacciones a través de medios electrónicos, y empresas digitales, revolucionando la oferta y la demanda tradicional y configurando el denominado comercio electrónico.

El comercio electrónico es una actividad económica que desde los años setenta comenzó a hacer su aparición en los Estados Unidos. Considerando que la principal característica del comercio electrónico es el uso de la tecnología, la evolución de los dispositivos y aplicaciones tecnológicos han favorecido por tanto a la transformación y mejora continua del sistema comercial electrónico. Su desarrollo ha tenido diferentes momentos históricos, entre ellos, a partir del 2000, en el que su uso toma fuerza y se extiende su utilización a un número significativo de agentes comerciales.⁴¹

La economía clásica y el comercio convencional constituyen el fundamento del comercio electrónico, pero, este tiene características particulares, así como formas de funcionamiento e intercambio comercial propias, que abarcan relaciones comerciales C2B (consumidor-empresas), B2C(empresa-consumidor), C2C (consumidor-consumidor), y B2B (empresa-empresa).

La ubicuidad, el alcance global, estándares universales, riqueza, interactividad, densidad de la información, personalización, y tecnología social son rasgos del

⁴⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Indicaciones geográficas. Consultado en: https://www.wipo.int/geo_indications/es/

⁴¹ Universidad Nacional Autónoma de México. Comercio Electrónica y principios económicos comerciales. (2018). Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4667/4.pdf>

comercio electrónico.⁴² Las TIC constituyen la base sobre la cual el mismo está cimentado, y que permite su existencia. El comercio electrónico puede tomar muchas formas, las cuales dependerán en gran medida del nivel de digitalización del producto, y el proceso de compra, venta y entrega. Su empleo proporciona una ventaja competitiva a las empresas.

Con el uso de internet y la expansión del comercio electrónico se puede hacer uso de imágenes que llegan de una manera más efectiva a los potenciales clientes, los negocios pueden seleccionar los mejores proveedores, sin tener en cuenta su localización geográfica, y vender en un mercado global, los costos de publicidad y transporte bajan notablemente con el empleo del comercio electrónico, y se puede actualizar permanentemente la información de productos, precios, ofertas y otros.⁴³ Esto de manera conjunta, denota cómo el quehacer de las empresas ha sido impactado significativamente por el comercio electrónico, y cada vez más los usuarios optan por esa alternativa al momento de adquirir un producto o servicio.

Desde la década de 1990, han surgido múltiples empresas de internet, y pioneras de comercio electrónico para el consumidor, pagos en línea, computación en la nube, venta de productos digitales, etc. Según estimaciones de BRG (Business Research Group), durante 1997 las compañías de todo el mundo gastaron más de 2,7 mil millones de dólares en equipos, software y servicios para desarrollar y desplegar capacidades de comercio en Internet. Por otro lado, y según la consultora norteamericana Forrester Research, en 1966 había en todo el mundo 54.000 compañías conectadas a Internet. La cifra subió hasta 126.000 durante el año 1997 y también los próximos años⁴⁴. Esto evidencia que tras la evolución de la internet y el surgimiento de empresas digitales ha habido un continuo crecimiento del uso de la red, y del flujo en la misma de actividades de índole comercial.

La nueva economía se está estructurando en una economía global y organizada en red, y en la cual, se avanza hacia la desmaterialización de los productos físicos. Tal es el caso, de la transición de los libros físicos a aquellos en formato digital, de los CDS con música grabada a la distribución digital de música, y del dinero físico al dinero digital, tarjetas inteligentes, entre otros ejemplos. Sin lugar a duda, los intercambios entre empresas y usuarios cada vez más son de manera digital,⁴⁵ y desarrollan electrónicamente las transacciones.

⁴² Robayo-Botiva, Diana María. El comercio electrónico: concepto, características e importancia en las organizaciones. *Generación de contenidos impresos* núm. 20: 2020. Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. Consultado en: doi: <https://doi.org/10.16925/gclc.13>

⁴³ Murillo, Roxana Silva. Beneficios del comercio electrónico. *Revista Perspectivas*, núm. 24, julio-diciembre, 2009, Bolivia. Universidad Católica Boliviana San Pablo Cochabamba. Consultado en: <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942160008.pdf>

⁴⁴ Universidad de Pamplona-Facultad de Estudios a Distancia. Comercio Electrónico. Consultado en: https://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portaIG/home_109/recursos/octubre2014/administraciondeempresas/semestreg/11092015/comercioelectronico.pdf

⁴⁵ Kindle, iTunes, Spotify Netflix son casos de éxito.

En el comercio electrónico las mercancías que se comercializan son productos digitales y productos físicos. Cuando se habla de los primeros, lo que en realidad se comercializa es información, y su distribución puede realizarse sin ningún costo. Algunos de estos productos son utilizados para procesar o transmitir información, como libros, datos, música, noticias, software, entre otros. Los bienes digitales pueden ser consumidos por un usuario, en tanto otro tiene la posesión. 46

Partiendo de lo expuesto, se infiere que el comercio electrónico ha permitido y facilitado la comercialización de bienes digitales, los cuales pueden presentarse en forma de información, bases de datos, programas de computadora, imágenes, música, sitios web, textos, libros, videos, etc. Esto trae consigo ventajas, pero, también conlleva riesgos e impactos en diferentes sectores, entre ellos, en materia de propiedad intelectual.

El valor de los bienes digitales no procede, directamente, de sus características físicas; sino de la información contenida en ellos. En el siglo XIX el transporte fue uno de los principales conductores del desarrollo de la economía industrial, en el siglo XXI el sector conductor de la economía es la información 47 La actividad comercial principal de la nueva economía se ha mutado a los servicios y a la era de la digitalización.

En el comercio electrónico se hace uso de la red de internet de manera dual, una como canal de promoción de productos y servicios (entre ellos los bienes digitales), y otra como la vía de realizar toda la comercialización de este. De manera que, la protección de la propiedad intelectual no puede excluir los bienes digitales, que cada vez más tienen mayor auge en la economía actual, y a su vez también se encuentran expuestos en el marco del derecho de autor y derechos conexos.

Lo antes señalado, debido a que una de las principales características de los bienes digitales se encuentra en la capacidad de las personas para que con una computadora puedan realizar infinitas copias perfectas de un bien, modificarlo, mezclarlo y transformarlo, sin necesidad de invertir grandes cantidades de dinero y con la posibilidad para distribuirlos, de manera instantánea y muy económica alrededor del mundo, gracias a Internet.48 Esto representa riesgos para los titulares de derechos de propiedad intelectual, ante la facilidad para copiar y distribuir bienes digitales en la red y la realización de copias ilegales de sus productos de manera descontrolada.

Antes de la evolución de la tecnología, resultaba más complicado realizar copias ilegales, y no era tan común la práctica. El desarrollo del comercio electrónico facilita que las invenciones y creaciones sean objeto de intercambios comerciales, mediante las

46 Universidad Nacional Autónoma de México. Comercio Electrónica y principios económicos comerciales. (2018). Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4667/4.pdf>

47 Castillo Soto, Manuel, Palancares Rosales, Laura Palancares. La naturaleza de los bienes digitales, su competencia y estrategias para capturar valor. *Tiempo Económico Núm. 15, vol. V.* 2010. Consultado en: <http://tiempoeconomico.azc.uam.mx/wp-content/uploads/2017/07/15te4.pdf>

48 Porcelli, Adrina. Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada “piratería informática”, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 2 Nro. 3. 2015. Consultado en: <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-16-ARTICULO-PORCELLI.pdf>

herramientas que engloba, lo que permite que los autores puedan obtener una retribución por sus creaciones, sin embargo, también propicia que terceros empleen los mismos mecanismos, para comercializar bienes digitales de manera ilegítima, y articular una estructura de comercio ilegal.

La situación antes descrita se complica en un entorno digital en el que los mismos usuarios buscan la forma de acceder a bienes digitales por menos precio o de forma gratuita, aunque eso vaya en perjuicio de los titulares de la propiedad intelectual. También, hay consumidores que desconocen que el contenido al que acceden es difundido sin el permiso del autor; en general, no existe una debida concientización para evitar este tipo de conductas, y el sector de los usuarios de internet que adoptan esta práctica la conciben como la normalidad y no como ilegal.

Es la propiedad intelectual lo que hace funcionar el comercio electrónico. Los sistemas que dan vida a internet -los programas informáticos, las redes, diseños, circuitos integrados, encaminadores y conmutadores, la interfaz de usuario, etc.- son elementos de propiedad intelectual. Las marcas son una parte fundamental de dicho comercio, y el reconocimiento del cliente y el buen nombre son elementos fundamentales de una empresa en internet.⁴⁹

Las empresas que emplean el comercio electrónico en sus actividades, en especial aquellas, que tienen por objeto bienes digitales, deben procurar que los productos y servicios que brindan tengan licencias y patentes para proteger los derechos intelectuales de sus autores y creadores.

El comercio electrónico ha contribuido a la expansión de los bienes digitales más allá de los límites nacionales, pero, los creadores y autores tendrán mayor motivación de continuar con sus aportes, que también dinamizan la economía, si obtienen una retribución de estos, lo cual puede lograrse a través de la debida protección de la propiedad intelectual.

Un sistema de propiedad intelectual fortalecido tiene importante transcendencia para las empresas de comercio electrónico, hasta el punto de que aumentan su valor en el mercado, por las patentes, y marcas que tienen registradas. En este tenor, dichas empresas deben tener cautela con lo que divulgan en la red, puesto que, si ya ha sido puesto a disposición del público, no será objeto de protección, así como acontece con los secretos comerciales ya difundidos. De manera que, resulta importante establecer un inventario de los activos que se dispone en materia de propiedad intelectual.

No debe concebirse la propiedad intelectual desvinculada al comercio electrónico, ni viceversa, puesto que, ambos se necesitan mutuamente. No obstante, en el entorno digital son diversas las afectaciones que se producen en cuanto a los derechos que abarca la propiedad intelectual, por eso, es importante conocer sus alcances y

⁴⁹Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). División Pequeñas y Medianas Empresas. La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf

limitaciones, y establecer qué gestión electrónica puede configurarse para garantizar mecanismos de seguridad jurídica para la misma.

B) Afectaciones de los derechos de la propiedad intelectual en el entorno digital:

Las nuevas tecnologías han permeado las diferentes ramas del saber, sin ser la excepción el área jurídica. En este contexto, el régimen jurídico instaurado en diversos sectores, tales como lo relativo a la propiedad intelectual está sujeto a cambios y retos importantes. La tecnología cuestiona acepciones tradicionales de dicho sistema, sus alcances y matices en el entorno digital.

Un sistema de propiedad intelectual revestido de seguridad jurídica estimula la creatividad, sin su configuración los investigadores e inventores no tendrían incentivo para crear y estructurar mejoras para los usuarios, quienes tampoco comprarían ningún producto o servicio sin la existencia de las debidas garantías ante la falsificación o piratería.

En los medios digitales, muchos usuarios de la red emplean logos e imágenes, textos, sin citar al autor, buscan sitios web para reproducir contenido digital (películas, música, etc), sin pagar su costo de acceso, el framing y la piratería ha adquirido nuevas modalidades para realizarse. Esto implica afectaciones a los derechos de los titulares de propiedad intelectual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) realiza esfuerzos por fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano, y más aún, en el ciberespacio. De este modo se encarga de administrar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), denominados “Tratados Internet”. Estos tratados han establecido normas internacionales con el fin de no permitir el acceso a todo aquel que no esté autorizado a las obras creativas y su utilización en Internet.

En lo adelante, serán presentadas diversas situaciones que acontecen en el ciberespacio y que representan vulneraciones a la propiedad intelectual, para definir sus alcances y limitaciones en el entorno digital, y tomando en consideración dichos aspectos, serán brindadas algunas soluciones para contrarrestar las afectaciones que se producen con relación a la misma.

1. Uso no autorizado de herramientas, obras y contenidos digitales en el marco de los alcances de la propiedad intelectual:

Los derechos de explotación, reproducción y difusión de las creaciones han evolucionado en la medida que la tecnología se ha expandido. Hoy en día más allá de la fotografía, el cine, la televisión, existen programas informáticos, videojuegos, música en línea, fotografías en formato digital, obras multimedia, que son creaciones que también deben ser objeto de protección. Sin embargo, no se puede soslayar que el contenido

digital es muy amplio, y puede tener innumerables formas, lo que puede dificultar los mecanismos legales de protección, pero no es imposible.

El ámbito de exclusividad del autor o autora ha tenido implicaciones relevantes, tras los avances de la tecnología, pues la línea entre lo comercial y público se hace cada vez más fina. De igual manera, está aconteciendo con los derechos de reproducción. Los titulares del derecho de autor argumentan que los prestadores de servicios en la red violan al menos indirectamente el derecho de autor, porque hacen posible que se realicen copias no autorizadas, y, por su parte, los prestadores de servicios en la red alegan que son simples portadores de datos, y que no pueden controlar los contenidos que reciben, almacenan o transmiten para terceros.⁵⁰

En el entorno digital se ha propagado paulatinamente el uso no autorizado, reproducción y lucro de creaciones digitales, sin disponer de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual, ni de la licencia que otorguen dichas potestades; de lo que resultan afectados los autores y creadores.

El hecho de que una obra protegida se ponga a disposición del público⁵¹ a través de internet, de forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que quiera, es un acto de comunicación pública.⁵² No importa que nadie visite ese contenido, y no importa que se haga gratuitamente o a cambio de un precio, es el acto de puesta a disposición lo que cuenta, y este acto sólo puede hacerlo lícitamente la persona que sea su autora o licenciataria salvo que sea aplicable alguno de los límites legalmente establecidos.⁵³

Ahora bien, en el caso de que una persona tenga una página web, y copie un enlace de otro lugar, ¿se puede catalogar como un acto de reproducción?, ¿es necesaria la autorización del autor? En la doctrina, algunos parten del concepto de licencia implícita, al concebir que esta tiene lugar desde el momento en que el autor pone su obra a disposición del público. Otros prefieren concluir que al realizar el enlace no se está haciendo ningún acto de reproducción de la obra (como mucho, se reproduce el título para activar el enlace, pero no la obra entera) ni de comunicación pública (porque

⁵⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). La protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos consultado en: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf

⁵¹ Se desprende de lo artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. (Unión Europea. Tribunal de Justicia. Sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43)

⁵² Es el derecho patrimonial que reconoce la facultad exclusiva de autorizar o prohibir cualquier comunicación pública de la obra; esto es, cualquier acto a través del cual la obra se da a conocer al público sin mediar la entrega de ejemplares. La puesta a disposición al público de la obra en redes digitales interactivas, que permita acceder a la obra en el momento y lugar que cada miembro del público determine, se asimila a un acto de comunicación pública. (¿Qué es el derecho de comunicación pública? Consultado en: <https://cerlalc.org/faq/que-es-el-derecho-de-comunicacion-publica/>)

⁵³ Xalabarder, Raquel. La propiedad intelectual en el mundo digital: ¿un monopolio en extinción? *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2) - diciembre 2011. Consultado en: <https://www.raco.cat/index.php/QuadernsCAC/article/download/405818/499959>

simplemente se deriva la persona usuaria a la página original).⁵⁴ Estos dilemas son importantes en la sociedad de la información, más allá de lo conceptual.

La red de internet existe sobre la base de los enlaces que la conforman. Sin embargo, algunas páginas web incluyen enlaces a contenido no autorizado por sus titulares, y se crean relaciones no reales que vulneran los derechos de propiedad intelectual, toda vez que, crean confusiones al usuario, al dificultar que puedan distinguir entre el contenido del titular y del que replica el enlace.

Es cierto que los enlaces son un instrumento imprescindible para el desarrollo de la red, pero también lo es el hecho de que, en ocasiones, éstos son capaces de generar daños: violación de propiedad intelectual en sentido estricto (derechos de autor y derechos conexos o afines), infracción del derecho de marcas, vulneración de la libre competencia e intromisión en el derecho al honor o privacidad de las personas o, incluso, comportamientos ubicados dentro del ámbito penal. Por ello, resulta evidente que el supuesto principio de libertad de link quiebra ante hechos como los señalados, merecedores de una plena reprobación jurídica y generadores de una indudable responsabilidad extracontractual o, incluso, de sanciones administrativas o penales.⁵⁵

Existen diferentes tipos de enlaces, los involuntarios y los voluntarios. Los primeros se subdividen en el enlace de nueva ventana o emergente (también denominados *pop-up Windows*), que consisten en la aparición de una nueva ventana de otra *web* cuando el usuario está descargando una página *web* determinada), y el denominado *in Une link* o enlaces ensamblados, que facilitan que el titular de una página *web* inserte en ella gráficos o imágenes de otra página. En cuanto a los enlaces voluntarios, se encuentran los enlaces de superficie (*surface links*), en los primeros se nos envía directamente a la página inicial de otro *website*; y, de otra, los enlaces de profundidad (*deep links*), en los que se envía directamente al usuario a un contenido específico de un sitio de Internet, eludiendo la página natural o destino del enlace. ⁵⁶

Hay sitios webs que incluyen links que redirigen a los usuarios a otro contenido digital que pueden ser obras audiovisuales, musicales o literarias, entre otros. En este tenor, si bien es cierto que trae beneficios que una página web sea referida por otro, no menos cierto es que, esto será así siempre que no se desconozca la página original y que se pueda distinguir como tal.⁵⁷ Se consideran enlaces pocos transparentes y que generan

⁵⁴ Xalabarder, Raquel. La propiedad intelectual en el mundo digital: ¿un monopolio en extinción? *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2) - diciembre 2011. Consultado en: <https://www.raco.cat/index.php/QuadernsCAC/article/download/405818/499959>

⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de fecha 8 de septiembre del 2016, asunto C-160/15.

⁵⁶ Vidal Portábales, Ignacio. Enlaces y propiedad intelectual en Internet. Especial referencia a los enlaces profundos. *Vlex*. Consultado en: <https://vlex.es/vid/enlaces-intelectual-profundos-228644049>.

⁵⁷ Existen diversas posiciones sobre este punto. Ejemplo de esto es el caso tratado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que: *Los demandantes en el litigio principal, que son periodistas, redactaron artículos de prensa que se publicaron en el periódico Göteborgs-Posten y en la página de Internet del Göteborgs-Posten. Retriever Sverige gestiona una página de Internet que facilita a sus clientes, según sus necesidades, listas de enlaces de Internet sobre los que se puede pulsar y que conducen a artículos publicados en otras páginas de Internet. Las partes no discuten que dichos artículos podían consultarse libremente en la página de Internet del periódico Göteborgs-Posten. Según los demandantes en el litigio principal, si el cliente pulsa sobre uno de esos enlaces no puede ver claramente que se ha desplazado a otra página de Internet para acceder a la obra*

disyuntivas jurídicas, frente a los derechos de propiedad intelectual: Los enlaces profundos (deep link), los marcos (frames), los enlaces ensamblados (in Une link) y los P2P link (Peerto Peer).

Se entiende que los enlaces deep linking atentan contra los derechos de propiedad intelectual al repercutir contra los titulares de sitios webs por diversas razones: Crean confusión a los internautas: En el navegador no aparece la dirección de la nueva página accedida, sino que se mantiene la del sitio web de procedencia, por lo que el navegante cree que no ha salido de la página donde estaba con el consiguiente perjuicio para los intereses del sitio enlazado; incidencia en la propiedad industrial (marcas): Para preservar su identidad, algunas empresas no están dispuestas a que un enlace cree una conexión entre dos negocios que no existen en la realidad. A veces el enlace puede ser el 'logo' de una empresa, y el usuario puede pensar que esa empresa patrocina o tiene relación con el site que visita; pérdida de ingresos publicitarios. La publicidad más cara se encuentra en la página principal; y difamación: Los enlaces utilizados con mala fe también pueden convertirse en armas.⁵⁸

Al tenor, los titulares de sitios webs cuyos derechos de propiedad intelectual resulten afectados por terceros que empleen deep linking, pueden accionar judicialmente contra los mismos, así lo ha indicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al establecer que los titulares de los derechos de autor no sólo pueden actuar contra la publicación inicial de su obra en un sitio de internet, sino también contra toda persona que coloque con ánimo de lucro un hipervínculo que remita a la obra publicada ilegalmente en ese sitio así como —en determinadas circunstancias— contra personas que hayan colocado esos vínculos sin ánimo de lucro.⁵⁹

Lo antes expuesto pone de manifiesto que el uso autorizado o no de contenido digital se presenta de diversas formas, y con distintas connotaciones legales, dependiendo en gran parte del tipo de contenido, y medio tecnológico que sirve de base. Verbigracia, el sistema P2P (Peer to Peer), que significa de colega a colega, y son aquellos programas que permiten a los usuarios de internet conectarse entre sí y compartir archivos que están en sus ordenadores.⁶⁰ Entre esta tecnología se encuentran programas como

que le interesa. Por el contrario, Retriever Sverige afirma que es evidente para el cliente que, cuando pulsa sobre uno de esos enlaces, ha sido remitido a otra página de Internet. En esta casuística, el tribunal entendió que: La presentación en una página de Internet de un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a una obra protegida publicada y libremente accesible en otra página de Internet tiene por efecto poner dicha obra a disposición de los usuarios de la primera página mencionada y constituye, por tanto, una comunicación al público. No obstante, dado que no existe un público nuevo, en todo caso tal comunicación al público no exige la autorización de los titulares de los derechos de autor. (Unión Europea. Sentencia de fecha 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12)

58 Rojo, Nacho. Deep linking, enlaces problemáticos. *Consumer* (2003). Consultado en: <https://www.consumer.es/tecnologia/internet/deep-linking-enlaces-problematicos.html>

59 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de fecha 08 de septiembre del año 2016, en el asunto C-160/15. Consultado en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/vulneraciyn-de-la-propiedad-intelectual-por-enlazar-con-un-sitio-web-en-el-que-se-incluye-una-obra-ajena-protegida.pdf>

60 Las redes P2P. Consultado en:

<https://www.andaluciaesdigital.es/educarparaproteger/adolescentes/capitulos/perfilestics/redes-p2p.html>

eMule, Soulseek o BitTorrent. Dicho sistema permite que las personas puedan compartir documentos con otros desde cualquier parte del mundo, así como descargar películas, series que acaban de salir al mercado.

Las redes P2P⁶¹ pueden tener beneficios, sin embargo, surgen riesgos de fakes y malware (virus, troyanos, gusanos, keyloggers que se pueden encontrar en estas redes). De igual manera, algunos individuos emplean la red P2P, para reproducir contenido ilegal en 'streaming' e intercambiar material digital sujeto a 'copyright', es decir, para remitir y recibir archivos⁶² con derechos de autor sin autorización de este. Esto implica vulneraciones a la propiedad intelectual, toda vez que, existen usuarios que intercambian y ponen a disposición del público, películas, música, series, videojuegos que son creaciones de terceros que no han dado consentimiento para esa divulgación; provocando también perjuicios económicos para los creadores y autores.

Por otro lado, existen páginas que suministran enlaces de descarga del contenido, como The Pirate Bay o Kickass Torrents. El primero es un buscador de archivos BitTorrent con una base de datos enorme. Su descarga se basa en redes P2P, y permite filtrar cualquier tipo de contenido. The Pirate Bay sirve para buscar archivos, pero no para descargarlos.⁶³ En países como Alemania, Irlanda, Dinamarca, Suecia, entre otros, han bloqueado dominios The Pirate Bay⁶⁴, y por orden de tribunales se ha restringido su uso, por motivos de piratería, y violaciones a la propiedad intelectual.

De su lado, Kickass Torrent se convirtió en una página de descargas con gran popularidad. Su responsable es Artem Valium, que fue arrestado en Polonia a petición de los Estados Unidos. Fue acusado por violar derechos de propiedad intelectual, por distribuir desde 2008 contenidos como películas, videojuegos y música por un valor superior a 1 billón de dólares, a través de Kickass Torrents, un sitio de intercambio de archivos P2P. La defensa de dicha página sostuvo que los archivos torrent no están protegidos por el derecho de autor, por lo que la reproducción y distribución de estos no se debe considerar como un crimen, asimismo alegó que la responsabilidad de los intermediarios por infracciones en materia de propiedad intelectual no existe en el derecho penal y que el sitio web en realidad se asemejaba a un motor de búsqueda,

⁶¹ Cabe indicar que actualmente se han estructurado otros mecanismos que tienen funciones similares a los sistemas P2P, tales como [WeTransfer](#), [Dropbox](#), [Google Drive](#) o [Mega](#), los cuales, han tenido gran aceptación por parte de los usuarios.

⁶² El ejemplo actual más importante aquí es Torrent.

⁶³ López, Pablo. ¿Qué es The Pirate Bay? *Geeknetic* (2020). Consultado en: <https://www.geeknetic.es/The-Pirate-Bay/que-es-y-para-que-sirve>

⁶⁴ Tras los problemas legales que ha tenido esta página, otros particulares la han reproducido copias de la misma, tal es el caso de Costa Rica, en la que existe [thepiratebay.cr](#). Por otro lado, en el año 2015, en España, fueron bloqueados varios dominios de la web The Pirate Bay, tomando en consideración un apartado de la Ley de Economía Sostenible llamado "Disposición Final Segunda" (conocido de manera informal como Ley Sinde), la cual, tiene como uno de sus objetivos, regular las descargas en internet, con relación a aquellas acciones que vulneren los derechos de propiedad intelectual en los medios digitales.

como Google. No obstante, dicho proceso judicial culminó ordenando el arresto del fundador de la referida página.⁶⁵

Tanto en el caso de The Pirate Bay como Kickass Torrents, es preciso definir si el poner los archivos que tienen, a disposición de los usuarios implica un acto de comunicación pública o no; en caso de serlo, se requiere autorización del creador, si así lo establece la ley.

Otros ejemplos de procesos judiciales que se han instruido por atentar contra derechos de propiedad intelectual, es el caso del señor Pablo Soto, que se considera como uno de los pioneros del P2P de España. En junio de 2008, Promusicae y las discográficas Universal, Warner, Sony, EMI y Universal demandaron al referido señor, por un software de intercambio ilegal de música protegida, entre particulares, y de infringir la propiedad intelectual e incluso de ejercer una competencia desleal con la industria.

El proceso señalado fue decidido por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, en el año 2011, el cual, desestimó la demanda interpuesta por Promusicae y las discográficas precedentemente indicadas, descartando que existieran infracciones de propiedad intelectual, y estableciendo que el software desarrollado por el demandado tiene una función técnica totalmente neutra.⁶⁶ De igual manera, se discutió hasta qué punto los desarrolladores de software tenían en España seguridad jurídica.

En materia de P2P, también se encuentra la casuística judicial de Sharemula, una web que suministraba enlaces P2P a los usuarios. En 2007, un juzgado de Madrid declaró que no había actividad delictiva en el funcionamiento porque los enlaces como tal no contienen la obra, sino que llevan a otra página diferente para la descarga; el caso acabó llegando a la Audiencia Provincial de la capital en 2008, donde se cerró a favor del dominio por la misma razón. La cuestión fue que Sharemula no realizaba una comunicación pública de las obras como se les había acusado de hacer, solamente las enlaza, y quien la comunica es otra persona distinta que se encarga de alojarlas. De hecho, tampoco se consideró que quien las alojara cometiesen delitos por no tener ánimo de lucro en la difusión.⁶⁷

Otra afectación a los derechos de propiedad intelectual se produce en el sector de la música. La tecnología supone ventajas importantes para la creación y reproducción de obras musicales. Sin embargo, los medios digitales representan un arma de doble filo, ya que, estos pueden facilitar la realización de actos que conculquen los derechos de los creadores de contenido musical.

⁶⁵Centro Regional para el fomento del libro de América Latina y el Caribe bajo los auspicios de la Unesco. Corte en Polonia autoriza la extradición del propietario de Kickass Torrents. 2017. Consultado en: <https://cerlalc.org/corte-en-polonia-autoriza-la-extradicion-del-propietario-de-kickass-torrents/>

⁶⁶Caso Pablo Soto-discografías. Sentencia núm. 00244/2011. Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid. Año 2011.

⁶⁷[Fernández](#), Yúbal. Los casos más sonados contra webs P2P. Consultado en: <https://www.xataka.com/entrevistas/caso-sharemula-caso-pablo-soto-y-ley-mordaza-con-david-bravo-insert-coin-1x03>

Partiendo de lo anterior, es necesario tener en consideración que, la descarga de música en internet puede hacerse: A través de las páginas en las que los titulares de los derechos de autor cargan partes o canciones enteras a disposición de cualquier usuario. Mediante los servidores P2P. A través de tiendas *on line* como itunes, que es un sistema de licencias de uso, en las que el usuario no adquiere la propiedad de la copia, sino solo el uso personal de la misma ya sea temporal o permanente.⁶⁸ De los tres modos, el que ha generado más controversia es el P2P, por temas de ilegalidad y ser propicio a generar situaciones de vulnerabilidad de derechos de propiedad intelectual.

Resulta importante, definir la naturaleza y modalidad de explotación, así como conocer qué permite la plataforma que sirve de base al contenido musical; pues si se trata de descarga, o streaming, o una combinación de ambas modalidades, pudieran ser diferentes las connotaciones y repercusiones jurídicas. De igual forma, en el caso de los sistemas *per to per*, es esencial determinar si este es centralizado o semicentralizado, ya que, en este último es más difícil de poder perseguir legalmente a los infractores, al producirse el intercambio de archivos musicales sin necesidad de un servidor central.

Verbigracia, está Napster en los Estados Unidos, el cual es, un conocido programa informático que permite a sus usuarios intercambiar ficheros de música MP3 a través de Internet de forma gratuita y muy sencilla. La polémica que se produjo fue que los abogados de la Asociación Americana de la Industria Discográfica (RIAA) descubrieron que los usuarios de Napster podían acceder a cualquier canción del mercado, escucharla e incluso guardarla de forma totalmente gratuita, sin hacer desembolso alguno en concepto de derechos de autor y decidieron interponer una querrela criminal en representación de importantes empresas del sector: Vivendi, Universal, Sony, Warner. Napster siempre ha defendido su inocencia manifestando que no comete delito alguno, ya que las canciones no las almacena la empresa, sino cada usuario en su propio ordenador.⁶⁹

De lo anterior, cabe precisar algunos puntos claves:

- Se debe definir si implica un acto de reproducción que los usuarios puedan descargar la música, por las herramientas que facilitan plataformas como Napster.
- Napster está poniendo a disposición del público ficheros de música, de la cual, se debe determinar si cuenta con la autorización de sus creadores/autores.

⁶⁸ Álvarez Álvarez., Henar. Aspectos jurídicos de las descargas de música en internet. Consultado en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12887/CC-97_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁹ Abogados Portaley Nuevas Tecnologías S.L. Caso Napster. La música y los delitos de propiedad intelectual. Consultado en: <https://www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/napster.shtml> Ver también: Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Noveno Circuito del Área Norte del Estado de California "A&M Records y otros v. Napster Inc.", Caso número, 00-16.401, febrero 12-2001.

- El caso Napster enseña que es importante que una empresa de comercio electrónico se asegure de tener una política clara contra la copia no autorizada de archivos, o las acciones que alienten o faciliten esa copia.⁷⁰
- No está permitido difundir la música sin permiso del autor, y en caso de que sean falsificaciones, esto constituye una conducta antijurídica, penalizada por la ley.
- El hecho de que el usuario descargue la música para uso personal pudiera estar dentro del marco de copia privada. Sin embargo, si el intercambio de música en la referida plataforma es ilegal; no pueden surgir derechos de acciones ilegítimas.

Otro caso similar al Napster es el Weblisten, que se dedicaba a la actividad de reproducir y poner a disposición del público a través de su web, las grabaciones musicales del repertorio de una discografía. En ese sentido, la SAP de Madrid del 16 de julio del año 2004, confirmó la sentencia de primera instancia y consideró que Weblisten⁷¹, incurría en una infracción de los derechos de propiedad intelectual al no contar con la autorización de los titulares del derecho de propiedad, (las productoras discográficas), así como competencia desleal, al beneficiarse de la actividad de promoción y publicidad llevada a cabo por las productoras de fonogramas, para ofrecer la adquisición de los mismos fonogramas, pero a un precio inferior al coste del CD y en condiciones desventajosas para aquellas.⁷²

En otro orden, una figura que existe en el mundo digital es el framing, que es un elemento que permite dividir la pantalla en varias áreas independientes unas de otras, y por tanto con contenidos distintos, aunque puedan estar relacionados. No hay límites para el contenido de cada una de estas áreas.⁷³ Existen páginas web que incluyen recomendaciones de acceso a otras webs, y redirigen a contenido de terceros. Esto hace más dinámica la red, y a tan sólo un clic permite navegar con mayor facilidad y rapidez. No obstante, las nuevas maneras de redireccionamiento también han favorecido a la piratería, y que se empleen técnicas como el framing, que contribuya a que usuarios incursionen en contenido digital, del cual no se dispone el consentimiento de sus autores.

¿Se puede considerar que el framing vulnera derechos de propiedad intelectual?, ¿en cuáles casos? Estas resultan ser las principales interrogantes, que ha causado debates en la doctrina, y que la jurisprudencia se ha pronunciado, expresando que no en todos los casos la referida técnica se puede concebir como una afectación a dichos derechos, dependerá de diversos factores.⁷⁴ Un ejemplo de lo indicado es el caso de VG Bild-Kunst

⁷⁰ La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf

⁷¹ La Web de Weblisten fue condenada al pago de seis meses de multas (Sentencias del Juzgado de lo penal de la Comunidad de Madrid del 31 de mayo del año 2005, Jur 2005/148916)

⁷² Álvarez Álvarez., Henar. Aspectos jurídicos de las descargas de música en internet. Consultado en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12887/CC-97_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁷³ Los frames. Consultado en: <https://www.uv.es/jac/guia/frame.htm>

⁷⁴ Sentencia de 14 de junio de 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, EU:C:2014:76, sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke, C-301/15, EU:C:2016:87

(entidad de gestión colectiva de los derechos de autor de artistas plásticos alemán) y (SPK se encarga de la gestión de la Deutsche Digitale Bibliothek una biblioteca digital). El sitio de Internet de la DDB contiene enlaces que dirigen a los contenidos digitalizados que se almacenan en los portales web de las instituciones participantes. VG Bild-Kunst supedita la celebración con SPK de un contrato de licencia de uso de su repertorio de obras en forma de miniaturas a la condición de que se incluya una cláusula en virtud de la cual la licenciataria se comprometa a aplicar, durante el uso de las obras y de las prestaciones protegidas a las que se refiere el contrato, medidas tecnológicas efectivas contra el framing por parte de terceros.

En el caso anterior, el TJU en su sentencia de fecha 09 de marzo del año 2021, asunto C-392/19, estableció: En un supuesto en el que un autor autoriza, con carácter previo, de forma explícita y sin reservas, la publicación de sus artículos en el sitio web de un editor de prensa —sin hacer uso, por otra parte, de medidas técnicas que limiten el acceso a dichas obras desde otros sitios web—, puede considerarse, en esencia, que ese autor ha autorizado la comunicación de tales obras a todos los internautas. En cambio, de conformidad con la exigencia de apreciación individualizada del concepto de «comunicación al público», recordada en los apartados 33 y 34 de la presente sentencia, la consideración del Tribunal de Justicia en el apartado 37 de dicha sentencia no puede aplicarse cuando el titular de los derechos ha establecido o impuesto desde el principio medidas restrictivas relacionadas con la publicación de su obra.⁷⁵

En otro orden, han surgido debates legales, en el marco de la propiedad intelectual y la competencia desleal, en cuanto al desarrollo de la industria de press clipping de prensa⁷⁶, puesto que surgen cuestionamientos con relación a la posibilidad de afectar derechos de esa índole al limitarse a reproducir los contenidos de los diarios⁷⁷, y si sus acciones representan competitividad para el sector⁷⁸. En este tenor, se cuestiona la relación entre los derechos de propiedad intelectual de los editores de diarios y el

⁷⁵Tribunal de Justicia Europea. Sentencia de fecha 09 de marzo del año 2021, asunto C-392/19. Consultado en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238661&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4348535>

⁷⁶Es la tarea de escanear noticias de prensa, para recopilar enlaces de cualquier cosa publicada sobre una empresa, negocio, tema o campaña. También conforma una serie de datos para que **los** implicados puedan conocer las informaciones sobre el sector del que forma parte. Fue la llegada de Internet, los blogs y las redes sociales, **los** elementos que hicieron ampliar el rango de captura de los Clipping de Prensa. Es empleado para los estructurar una buena estrategia de marketing y comunicación, para los negocios. (Consultado en: <https://blogempresas.masmovil.es/press-clipping-que-es-y-como-aplicarlo-en-tu-negocio/>).

⁷⁷Caso Copiepresse v. Google Inc.: Los hechos juzgados ponen de manifiesto que el servicio GoogleNews alojado en el website Google.be junto con la funcionalidad Google-Cached permitían a los usuarios de tal servicio la elaboración de resúmenes de noticias, formados por artículos, fotografías y noticias publicados por los medios de prensa digitales belgas, los cuales eran localizados por los motores de búsqueda en los distintos medios de comunicación. Una de las principales cuestiones que se planteaban en este caso eran: Que GoogleNews era un portal de información construido por las noticias de terceros que no habían autorizado tal uso. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en fecha 5 de septiembre de 2006 condenó a GoogleNews por violación de la normativa sobre derechos de autor y derechos accesorios y la normativa sobre bases de datos. (Caparrós de Olmedo, Silvia. El Derecho de Cita y el Press Clipping. Consultado en: <https://vlex.es/vid/derecho-cita-press-clipping-450147>)

⁷⁸Las empresas de press clipping en la red lleva a éste a competir con las versiones digitales de los propios medios de prensa virtuales.

derecho fundamental a comunicar y recibir información de las empresas de press clipping. Estas justifican su labor en el derecho de cita, que se considera que tiene un carácter de excepción a la regla general. Sin embargo, parte de la disyuntiva se encuentra en la interrogante de si se actúa sobre la base del interés público o si lo que los motoriza más son sus intereses particulares de lucro.

En la doctrina, una de las posiciones con relación a las empresas de press clipping es que no pueden amparar su actividad en la excepción de cita y por ende en la defensa de intereses comunes como la cultura o la información. Hay un elemento que impide tal amparo y el ánimo comercial de estas empresas y a su concurrencia con los titulares legítimos de los contenidos aprovechados. Desde esta perspectiva, las ventajas competitivas de las empresas parasitarias de contenidos supondrían una amenaza al propio derecho de información en su vertiente de pluralismo informativo, pues supervivencia contribuiría a la eliminación de competidores.⁷⁹

En el ámbito de periódicos y revistas en los medios digitales, se presentan preguntas sobre la titularidad de los derechos en materia de propiedad intelectual, frente a quien tenga la potestad de distribución y de ponerla a disposición del público. Así las cosas, en la doctrina existe una dicotomía en cuanto a tratar a los periódicos y revistas como obras colectivas⁸⁰, y otros no concebirlas como tal. En el caso de los primeros, se entiende que el editor de los diarios⁸¹ es el titular de los derechos exclusivos de explotación y es el titular de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual. Esto bajo la configuración que el editor⁸² se encarga de aceptar o no la obra de cada autor, y de hacerle modificaciones para unificarla a las demás aportaciones hasta estructurar la obra colectiva. En cambio, la otra postura se inclina por proteger al autor material, en procura de proteger la inventiva propia del autor.

¿Son las noticias objeto de derecho de autor?, ¿es legal que una página web haga una recopilación de noticias de otros medios en formato escrito?, La Convención de Berna en el artículo 2.8 establece: *8) La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.* De lo que se infiere que, las noticias no son objeto de derecho de autor, sin embargo, esto es si las mismas se limiten a relatar hechos, no así, si contienen consideraciones personales y que se puedan catalogar como una obra creativa del autor.

⁷⁹ Peinado Gracia, Juan Ignacio, Santana, Diego. Press clipping: competencia desleal y propiedad intelectual. Estudios RCD núm.2, 2008. Consultado en:

<https://www.cremadescalvosotelo.com/media/despachoenlosmedios/pdf/PresssClipping.Peinado-Solana.pdf>
⁸⁰ Un artículo publicado offline, no necesariamente cuenta con la autorización de ser publicado en un medio digital, se debe contar con el consentimiento del autor.

⁸¹ La jurisprudencia y la doctrina española se inclina por considerar al editor como titular de dichos derechos.

⁸² La cuestión radica en quien crea valor, en quien debe apropiarse de ese valor y la fungibilidad mayor o menor del rol de editor y periodista. (Peinado Gracia, Juan Ignacio, Santana, Diego. Press clipping: competencia desleal y propiedad intelectual. Estudios RCD núm.2, 2008)

Otras de las afectaciones de los derechos de propiedad intelectual, es la piratería en internet, de la cual no hay un concepto exacto, ya que, existen múltiples acepciones en la doctrina, sea que esta se presente en su forma tradicional o en los medios digitales. Para el autor Carlos Rogel Vide, la piratería es el delito contra la propiedad intelectual respecto a toda acción tipificada en la ley por la que se atente contra las facultades ínsitas en los derechos de autor y afines.⁸³ De lo anterior se deriva que: A) La piratería se concibe como una conducta antijurídica, B) Atenta contra todas las modalidades de la propiedad intelectual, C) Implica la distribución y reproducción de obras y creaciones que son propias de otras personas, D) No se dispone de la autorización del titular del derecho de propiedad intelectual, y, E) En el medio online se manifiesta empleando herramientas digitales.

Entre las causas principales de la piratería en la red de internet se encuentran: a) la facilidad para llevar a cabo las conductas piratas, b) el costo cercano a cero de la reproducción y distribución, c) el crecimiento de la banda ancha, que proporciona mayor rapidez a menor costo, mejorando la calidad y capacidad de tráfico, d) el desarrollo del hardware y su democratización, (por ejemplo, los computadores personales).⁸⁴ Las nuevas tecnologías traen consigo riesgos, y este es uno de ellos. El mayor problema de la piratería está más en los consumidores que en los proveedores; los primeros normalizan esta conducta ilegal.

La piratería online⁸⁵ ha triunfado debido al deseo de los internautas de que todos los programas, juegos y otros contenidos digitales en Internet sean gratuitos. Hay que reconocer que actualmente, la piratería online depende mayoritariamente en gran medida de BitTorrent, los servicios en la nube y los sitios de transmisión ilegal. Además, las VPN han cambiado el panorama de la piratería online debido a que permiten a los usuarios permanecer en el anonimato mientras descargan contenido pirata.⁸⁶ De igual manera, existen redes a nivel internacional, como Warez scene, en las que las personas intercambian productos pirateados.

También, se presentan casos de piratería o falsificación de nombres de dominio, tales son los conflictos que han acontecido en Argentina, en lo que el registro de los dominios es sin costo, y se realizan por medio de servicio denominado NIC Argentina, en el que no se realiza examen de fondo. En dicho contexto, surge la casuística de “Tinelli, Marcelo Hugo c/Salama, Walter. El tribunal de primera instancia suspendió de manera temporal el nombre de dominio www.marcelotinelli.com en Internic, así como el registro provisional de dicho nombre de dominio a favor del demandante, al considerar

83 Villanueva González, María Ximena. El combate a la piratería online, implicaciones para el país al no tener implementada la norma de notice and take down. Consultado en: <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2017/07/01/Villanueva-Maria.pdf>

84 Villarroel, Luis. Piratería: tendencias actuales y medidas no legislativas. Consultado en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187965>

85 En la piratería informática se puede encontrar software para ordenadores, juegos, series, películas, música y libros, entre otros.

86 ¿Qué es la piratería online y cuáles son sus peligros? Consultado en: <https://csirt.utpl.edu.ec/node/489>

que el nombre de dominio se había registrado en los Estados Unidos de América y que pudiera catalogarse como falsificado.⁸⁷

En el ordenamiento internacional, los Estados han realizado esfuerzos para contrarrestar este tipo de conductas digitales ilegales, pactando acuerdos como el Convenio sobre delitos cibernéticos, Convenio de Budapest sobre delitos cibernéticos o Convenio de Budapest⁸⁸, Acuerdo Comercial Anti-Falsificación⁸⁹, Tratado de Cooperación en Materia de Patentes⁹⁰, Acta de Cese a la Piratería en Línea, también conocida como Ley SOPA⁹¹, entre otros.

Internet es el medio en el que ocurre la piratería online, es catalogado como un delito, y representa un gran desafío por mitigar. Cada nación es responsable de hacer cumplir las normas que rigen su ordenamiento jurídico, y el orden internacional, así como de articular mecanismos de protección que permitan brindar seguridad y certitud jurídica a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, entre ellos, establecer sanciones ante la comisión de actos de piratería en la red.

En definitiva, las consideraciones anteriores ponen en evidencia que los derechos de propiedad intelectual resultan perjudicados de múltiples formas en la red, por lo que, resulta imperante actuar a través de una adecuada gestión electrónica que, unificada con los mecanismos jurídicos, permitirían garantizar los referidos derechos.

2. Gestión electrónica de derechos de propiedad intelectual y mecanismos de seguridad jurídica en el mundo online:

La tecnología es un arma de doble filo, por un lado, puede facilitar el uso no autorizado de las creaciones digitales, pero también, puede emplearse como aliado para asegurar la supervivencia del sistema de propiedad intelectual en los medios digitales.

Con la desmaterialización provocada por la digitalización de contenidos protegidos se produce una abstracción de los resultados de la actividad creativa empresarial, es decir, de las obras y prestaciones protegidas, las cuales comienzan a separarse de sus medios o soportes tradicionales, con los que prácticamente llegaban a identificarse, para presentarse en un formato digital incorporado a un soporte electrónico tangible o intangible en el que no se percibe de forma inmediata la copia de la creación intelectual

⁸⁷ Argentina. Caso 4191/00, Juzg. de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, 23 de junio de 2000. Consultaod en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/627/wipo_pub_627.pdf

⁸⁸ Primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet. Entró en vigor en fecha 01 de julio de 2004. Los principales objetivos de este tratado son los siguientes: La armonización de los elementos nacionales de [derecho penal](#) de fondo de infracciones y las disposiciones conectadas al área de los delitos informáticos, la prevención y el establecimiento de un régimen rápido y eficaz de la cooperación internacional.

⁸⁹ Acuerdo multilateral que propone fijar protección y respaldo a la propiedad intelectual, con el propósito de evitar la falsificación de bienes, los medicamentos genéricos y la piratería.

⁹⁰ El 28 de febrero de 2007, la República Dominicana se adhirió al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), que entró en vigor para este país el 28 de mayo de 2007.

⁹¹ Muy polémica desde su estructuración. Su objetivo es combatir el tráfico de contenidos con derechos de autor y bienes falsificados a través de Internet. Ha causado posiciones en contra en la comunidad europea.

o prestación industrial contenido en el mismo.⁹² Tras el desarrollo de la tecnología se crean nuevas formas de explotaciones ilícitas. Esto provoca la necesidad de estructurar mecanismos para salvaguardar los intereses de los creadores y autores de contenidos.

Partiendo de los aspectos antes señalados, se infiere que, para crear formas adecuadas de protección en materia de propiedad intelectual, es importante definir los siguientes aspectos: A) Los alcances y límites de la propiedad intelectual en internet. B) La forma de introducir la obra intelectual en la red, y sus mecanismos de acceso, en cuanto a si será de libre circulación o se necesitará previa autorización del autor, para que el usuario ingrese. C) Determinar si el contenido amerita descargarse en el servidor del usuario. En caso de ser necesario, esto se entiende que representa un acto de reproducción, ya que implica la transferencia de la obra desde el servidor de hosting donde esta alojada, a la memoria RAM del computador del usuario.

En el régimen de propiedad intelectual tradicional los límites existentes son temporales y materiales, puesto que, la misma no es indefinida ni en el tiempo ni en el espacio. Transcurrido el plazo legal, la obra entra en el dominio público. De igual manera, en el entorno digital dicho régimen debe tener limitaciones. A fines de dimensionar los alcances de la propiedad intelectual, las normativas a nivel nacional e internacional estipulan procedimientos para otorgar licencias de uso, por tiempo determinado y en territorios específicos. Independientemente de las limitantes, resulta fundamental buscar un punto de equilibrio entre los intereses privados y públicos. La importancia de los límites es cada vez mayor.

Los límites legales no pueden interpretarse de forma que su aplicación cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o autora o vaya en detrimento de la explotación normal de las obras⁹³. La definición de cuándo el perjuicio estará injustificado y cuándo será en detrimento de la explotación normal de las obras son conceptos claves y complejos de valorar a no ser que sea caso por caso.⁹⁴

Los derechos de explotación de la propiedad intelectual están sometidos a ciertos límites o excepciones en razón de circunstancias específicas y externas a la naturaleza de la obra. En este sentido, un tercero puede realizar un concreto acto de explotación, si ese acto es un uso fundado en la existencia de una causa legal de justificación para realizarse lícitamente dicho acto, sin que el autor o titular de derechos pueda oponerse o reclamar por dichos actos.⁹⁵ De lo que se infiere que, la utilización y explotación de los derechos en materia de propiedad intelectual, de parte de una persona distinta al

⁹² Peinado Gracia, Juan Ignacio, Santana, Diego. Press clipping: competencia desleal y propiedad intelectual. Estudios RCD núm.2, 2008. Consultado en: <https://www.cremadescalvosotelo.com/media/despachoenlosmedios/pdf/PressClipping.Peinado-Solana.pdf>

⁹³ La justificación en el interés público sólo es eficaz cuando haya necesidad y proporcionalidad en expropiar el derecho de los titulares para satisfacer un interés público.

⁹⁴ Xalabarder, Raquel. La propiedad intelectual en el mundo digital: ¿un monopolio en extinción? *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2) - diciembre 2011. Consultado en: <https://www.raco.cat/index.php/QuadernsCAC/article/download/405818/499959>

⁹⁵ <https://www.cremadescalvosotelo.com/media/despachoenlosmedios/pdf/PressClipping.Peinado-Solana.pdf>

titular, debe estar sustentada en un motivo legítimo y justificado para no considerarse ilegal.

Los medios digitales pueden ser en un aliado de la seguridad jurídica en el sistema de derecho, en lugar de una amenaza, pero, estará supeditado a la forma de ser empleados. En este tenor, cabe señalar que, la seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de corrección estructural y funcional.⁹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a la seguridad jurídica, como parte de las garantías judiciales que deben tutelarse en todo Estado de Derecho, y ha señalado: La seguridad jurídica exige, que los Estados sepan a qué atenerse y a que no⁹⁷. Esto debe ser extensivo al mundo digital.

El ciberespacio también amerita de mecanismos que sirven para fortalecer la seguridad jurídica frente a los nuevos riesgos que surgen con el uso de la tecnología. El Tribunal Constitucional dominicano, mediante la sentencia TC/0100/13 de fecha 20 de junio del año 2013, criterio reiterado en la sentencia TC/0183/18 de fecha 18 de julio del año 2018, estableció: *La seguridad jurídica se erige en una 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, o la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicio.*

En consideración a lo señalado, es necesaria la articulación de mecanismos que eviten las actuaciones u omisiones que generen incertidumbre e inseguridad jurídica, por arbitrariedades, mala aplicación de la Constitución, las leyes o por apartarse del bloque de constitucionalidad sobre el cual se erige el sistema de derecho. Las instituciones jurídicas deben proporcionar estabilidad jurídica los ciudadanos.

Los sistemas de gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual constituyen una manera que proponen los consorcios comerciales y las empresas de utilizar medios técnicos para controlar la utilización de contenido.⁹⁸ De igual manera, esto sirve para articular mecanismos que proporcionen seguridad jurídica en la red. Cualquier gestión de este tipo debe emplearse sin soslayar el Protocolo de internet, el Protocolo de Transferencia de Hipertexto, ni el Lenguaje de Marcado de Hipertexto, ya que, estos establecen pautas para direccionar datos, transferir información, y establecen el significado y la estructura del contenido web.

La señalización con un aviso o nota de quien es el titular del contenido o herramienta digital, indicaciones claras de las permisiones y las prohibiciones, utilizar marcas de agua, codificación o creación de sistemas de identificación y rastreo, estructurar políticas precisas e instrucciones a los empleados de las políticas de la empresa con

96 Pérez Luño, A. La Seguridad Jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. Boletín de la facultad de derecho núm. 15. (2000). Recuperado de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 03 de febrero del año 1993.

98 La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf

relación a la presente materia, no acceder a contenido ni programas informáticos no autorizados de terceros, y que los directivos supervisen con asiduidad las prácticas comerciales de la empresa para asegurarse de que esas pautas se respetan, constituyen algunas medidas que deben tomar las empresas de comercio electrónico para proteger sus activos de propiedad intelectual en la red.

A continuación, serán tratados algunos mecanismos que se pueden emplear frente a ciertas afectaciones a los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital: En cuanto a los enlaces deep linking o enlaces profundos, el creador de estos puede incurrir en responsabilidad al emplear enlaces sin el consentimiento del titular de la web enlazada y conlleva a vulneraciones a los derechos de propiedad intelectual del mismo. En tal sentido, hay sitios webs que presentan un permiso por escrito⁹⁹ que debe solicitar aquel que quiera enlazarlos, otros lo autorizan, pero bajo la condición¹⁰⁰ de que sean enlaces que no estén muy distantes de los propósitos de la página principal, y redirija directamente a la misma. También, hay algunos que detallan las políticas por las que se rigen en cuanto a la introducción de hiperenlaces, y que permiten que les haga mención en otras webs, pero sin reproducir su contenido.

Ante la situación antes expuesta, el titular del sitio web puede manifestar su autorización o prohibición de ser enlazado, de dos formas: A) Expresa: Insertando en la página web una advertencia prohibiendo su enlace mediante el empleo de “condiciones de uso” o la celebración de “contratos de enlace”. B) Tecnológica: Insertando algún tipo de medida tecnológica en el diseño del “website” que imposibilite el funcionamiento del enlace.¹⁰¹

Otro aspecto a precisar es que, una forma de proteger los derechos de propiedad intelectual es la confección de contratos de propiedad intelectual, los cuales, deben realizarse con cautela, precisión y con una adecuada revisión jurídica, para asegurar que se están garantizando los intereses de ambas partes y que no resulta perjudicial para el titular de los derechos. De lo contrario, pueden resultar ser un arma de doble filo, y provocar litigios en los tribunales que impliquen gasto de tiempo y dinero.

Mediante dichos contratos, se pueden acordar licencias, traspaso de derecho¹⁰²s, cesiones, concesiones de explotación de patentes, entre otros aspectos. Es conveniente

⁹⁹ Por ejemplo: El sitio web de Cola Cao.

¹⁰⁰ Por ejemplo: Hola.com

¹⁰¹ Ortega Díaz, Juan Francisco. Sitio web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la propiedad intelectual. *Revista de Contratación Electrónica*. N° 45, enero 2003. Consultado en: https://www.academia.edu/20389203/Sitio_web_y_enlaces_en_Internet_Una_reflexi%C3%B3n_desde_el_%C3%A1mbito_de_la_propiedad_intelectual

¹⁰² Existen diferentes tipos de contratos de propiedad intelectual. Entre ellos se encuentra el contrato de edición, que trata de una figura contractual típico-legal, propia del ámbito jurídico del Derecho de propiedad intelectual. Su finalidad, indica la doctrina, es regular e instrumentar la relación jurídica que precisa entablar el autor de la obra con el profesional especializado en la explotación comercial de esa clase de obras, y se basa en la cesión de, al menos, los derechos de reproducción y distribución en cualquier forma por parte del autor, a cambio de un precio o remuneración, como obligación propia del editor, junto con los deberes de reproducir la obra y distribuirla, éstos como deberes de resultado, con una puesta a disposición del público en forma suficiente para su adecuada explotación en el mercado, pero sin vincularse a la obtención del resultado positivo del efectivo éxito comercial de la obra. (Corte de Apelación de Madrid. Sentencia núm. 423/2020. SAP M. 13611/2020 -

que las partes guarden los ejemplares de los contratos relativos a la propiedad intelectual. Esto se tomará en cuenta cuando la empresa realice transacciones de adquisición, fusión, venta de activos o inversión.

En caso de la vulneración de alguna cláusula de contratos de propiedad intelectual en el entorno digital, surgen interrogantes con relación al tribunal competente, y la norma a aplicar, cuando las partes son de diferentes países. En esta materia, generalmente resulta conveniente resolver las controversias mediante arbitraje internacional; la OMPI dispone de un Centro de Arbitraje y Mediación.

Por otro lado, el contenido digital que ofrece la piratería online representa un atractivo para los usuarios. Sin embargo, respecto a la óptica de los internautas acceder al mismo implica riesgos significativos, desde ser vulnerables a muchos virus y malware, así como ser víctimas de la ciberdelincuencia, hasta enfrentar multas. Desde la posición del infractor del referido delito, las autoridades pueden rastrear qué contenido ha sido pirateado y sufrir demandas judiciales por parte de la empresa propietaria de los derechos de los autores y creadores.

Una de las alternativas para contrarrestar la piratería online es precisamente emplear las herramientas tecnológicas para rastrear el origen de la misma o crear barreras que dificulten el acceso a material falsificado. Ejemplo de lo indicado es el software de protección de marcas denominado como Red Points, que rastrea, elimina listados y vendedores falsificados.

El software Red Points es una plataforma que se encarga de ofrecer servicios de eliminación de falsificaciones, rastrear y eliminar las copias ilegales, desindexar y eliminar violaciones de copyright de forma automática, identificar tendencias y rastrear infractores, y detectar contenido pirateado en cualquier parte, y protección de NFTs.¹⁰³ Este tipo de software evidencia cómo la tecnología dispone de una amplia gama de herramientas para contrarrestar las afectaciones a los derechos de propiedad intelectual.

Otro aspecto para destacar es lo referente a los cyberlockers son servicios de intercambio de archivos de terceros. Cyberlockers¹⁰⁴ también son conocidos como servicios de "alojamiento de archivos". Impulsados por la publicidad y las suscripciones, estos cyberlockers ofrecen espacio en línea en el disco duro protegido por contraseña. Tiene la opción de compartir la información de la contraseña de cyberlocker con amigos, que pueden descargar de forma privada los contenidos que coloque en esas carpetas. Los cyberlockers varían en tamaño desde unos doscientos

ECLI:ES:APM:2020:13611.Consultada.en:<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9393550/Propiedad%20intelectual/20210129>)

¹⁰³ Red Points. Consultado en: <https://www.redpoints.com/>

¹⁰⁴ Ejemplo: HotFile, RapidShare, MediaFire, MegaVideo.

megabytes para sus servicios gratuitos, hasta 2 o más gigabytes para sus suscripciones de pago.¹⁰⁵

Los cyberlockers es una herramienta útil para el trabajo, por sus funciones de almacenamiento, y las garantías a la privacidad de datos que proporciona, por su acceso restringido. Sin embargo, se puede considerar un arma de doble filo, pues, precisamente por las restricciones de acceso que tiene, algunos particulares lo emplean como una especie de refugio¹⁰⁶ para la piratería de material digital.

Básicamente se requiere de cuatro entidades para que se configure un acto ilícito en materia de derecho de autor dentro del esquema de almacenamiento remoto mediante un cyberlocker: Un *uploader* quien es la persona que sube el contenido protegido por el derecho de autor al servicio de almacenamiento. Un sitio de almacenamiento propiamente dicho, quien tiene la responsabilidad de almacenar y poner a disposición el archivo mediante un link de descarga directa. Un sitio público en internet, que puede ser una página web, un blog o un foro con una masa crítica de usuarios lo suficientemente importante como para lograr un reconocimiento y tráfico adecuados, en el cual el *uploader* publica sus links. Un usuario final que descarga el link o los links con las obras protegidas conformando para sí una copia o reproducción de la obra protegida por el derecho de autor puesta a disposición por el *uploader* y el *cyberlocker*¹⁰⁷

En esencia, un cyberlocker es empleado para almacenamiento de archivos en la nube, y ha resultado polémico, debido a que también ha servido de plataforma para contenido pirateado y distribución ilícita de archivos de contenido fraudulento. En este tenor, si bien es cierto que, dicho sistema tiene una estructura protegida, en la que cada usuario tiene autenticación con ID y contraseña para acceder a ella, no menos cierto es que, se puede rastrear contenido en el mismo, y mediante programas ¹⁰⁸ automáticos e inteligencia artificial, identificar, eliminar contenido ilícito, y hacerlo inutilizable.

En otro orden, al momento de emplear contenido digital en la red, si son textos o imágenes, la persona debe citar al autor, para evitar incurrir en plagio, y se pueden emplear herramientas para definir si una obra es del de dominio público, como Public Domain Calculator, y buscadores que permiten visualizar si las imágenes que se encuentran circulando en la internet, son gratuitas o de libre uso, tales como como Creative Commons Search, Photopin, Every Stock Foto, Foter, Pixabay¹⁰⁹, entre otros. Mientras más evolucione la tecnología, más herramientas serán creadas que hagan

¹⁰⁵¿Qué es un Cyberlocker y por qué es tan polémico? Consultado en: <https://esp.go-travels.com/89169-what-is-a-cyberlocker-2483215-5998732>

¹⁰⁶ Ejemplo: Almacenamiento de grandes archivos de películas y música pirateada.

¹⁰⁷ Salazar Rojas, óscar Eduardo. Computación distribuida, servicios de almacenamiento electrónico y otros modelos de negocio frente al derecho de autor. Consultado en: <https://oscaresalazar.wordpress.com/2011/04/14/4/>

¹⁰⁸Redpoints es una plataforma que encuentra y elimina el contenido fraudulento en cyberlockers.

¹⁰⁹Todas las imágenes y videos en Pixabay son publicadas libres de derechos de autor bajo la licencia Creative Commons. Puedes descargarlas, modificarlas, distribuirlas y usarlas libres de pago para cualquier uso, aún para aplicaciones comerciales. (Derechos de autor en el entorno académico: Uso de imágenes. Consultado en: <https://biblioguias.unex.es/c.php?g=572083&p=3944583>)

posible el reconocimiento de imágenes protegidas en el régimen de propiedad intelectual y las que se sean de dominio público.

Otro de los puntos claves en materia de gestión electrónica en propiedad intelectual en el entorno digital es el empleo de la tecnología del Blockchain, permitiendo la realización de acuerdos y transacciones de manera digital, donde la oferta y aceptación se manifiestan por medios electrónicos sobre la base de sofisticadas codificaciones, que brindan un alto nivel de seguridad y confidencialidad.¹¹⁰ La referida tecnología ofrece transparencia, integridad y conservación de los datos, su ejecución es automatizada al estar suscritos bajo códigos que podrán definir consecuencias en caso de incumplimiento de sus términos. Este tipo de herramientas resulta ser fundamental para los NFTs¹¹¹, que ha tenido auge en el mundo de la criptoindustria, de cara a los activos digitales encriptados que cada vez más adquieren mayor valor, y dan paso a nuevos universos en la red, en lo que se puede hablar de obras de arte digitales, *tweets* y hasta *gifs* digitales que se comercializan por millones de dólares.

Un NFT¹¹² es un certificado digital que confirma la propiedad de un determinado activo digital. El token en sí contiene sólo un enlace al activo y un contrato inteligente que define los derechos del propietario y su capacidad para gestionarlo. La información sobre todos los propietarios puede encontrarse en la red blockchain. Los NFT se concibieron originalmente como un medio técnico para que los autores controlaran sus propias creaciones en la esfera digital.¹¹³

Se cuestiona que los NFTs no protegen los derechos de autor, ya que, las condiciones establecidas en el acuerdo solamente tienen validez dentro de la red blockchain en la que se confeccionó el token, y se estructuran otras redes de igual forma, sin conexión entre sí. Sin embargo, también se tiene la postura de que con tecnología del Blockchain, el dueño del NFT, tiene mayor seguridad en el mundo de los activos digitales, y en el que los *criptoartistas* resaltan por sus obras creadas única y exclusivamente para exhibirse en la red. Independientemente de esto, cada plataforma de NFT dispone de su propia gestión electrónica para proteger los derechos de autor. Resulta preciso señalar que, los NFTs no constituyen la obra como tal, sino que, están vinculados a una obra de arte. Los primeros son una especie de soporte digital en el que se encuentra la obra, las cuales, son las que representan el objeto susceptible de protección. Esta distinción es importante, a fin de precisar que cuando se comercializa un NFT, esto no abarca las transferencias del derecho de autor.

110 Valencia Arancibia, A. Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile. Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile. (2008) Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106788>

111 Se adquirió, en forma de NFTs en una subasta, el primer *tweet* de Jack Dorsey, co-fundador y CEO de la red social Twitter, por más de 2,9 millones de dólares. También se han vendido multitud de obras de arte digitales, como es el caso del *collage* "Todos los días: los primeros 5000 días", que se vendió en la famosa casa de subastas Christie's por 69 millones de dólares. El NFT más caro es Timbre #109, que se vendió por \$ 7.1 millones. ¿Qué son los NFTs? Consultado en: <https://www.santander.com/es/stories/que-son-los-nft>

112 Zora, Rarible, entre otros, ofrecen servicios de NFTs.

113 Los NFTs. Consultado en: <https://coinspaidmedia.com/es/academy/>

Otro elemento de relevante importante en el marco de garantizar la seguridad jurídica de los derechos de propiedad intelectual, son las licencias que existen en la materia. En este tenor, se encuentran las licencias Creative Commons son modelos de contratos que sirven para otorgar públicamente el derecho de utilizar una publicación protegida por los derechos de autor. Entre menos restricciones implique una licencia, mayores serán las posibilidades de utilizar y distribuir un contenido.¹¹⁴ Las licencias y herramientas de derechos autorales Creative Commons, permiten crear un equilibrio dentro del contexto tradicional y tecnológico. Constituyen herramientas legales más simplificadas¹¹⁵ y estándar para los permisos de las obras, al poseer características comunes, pero, específicas dependiendo del tipo de licencia. Son reconocidas a nivel internacional y no representan un costo para el autor, emplearlas permite que el mismo establezca las pautas de uso de su creación.

Una licenciante Creative Commons debe responder un par de simples preguntas en el camino para escoger una licencia — primero, ¿quiero permitir uso comercial o no?, y segundo, ¿quiero permitir obras derivadas o no?¹¹⁶, de esto dependerá el campo de acción de la licencia. Sin embargo, por lo general, estas incluyen el derecho de reproducción y distribución de la obra. Existen seis tipos de licencias creative commons: Reconocimiento (by), reconocimiento - No Comercial (by-nc), Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual (by-nc-sa), Reconocimiento - No Comercial - Sin Obra Derivada (by-nc-nd), Reconocimiento - Compartir Igual (by-sa), Reconocimiento - Sin Obra Derivada (by-nd).¹¹⁷ De esta clasificación, unas permiten el uso comercial, otras no, también se hace referencia a que se indique expresamente quien es el autor, y establecen los parámetros que se deben seguir al utilizar la obra. De igual modo, existen licencias genéricas, y de dominio público, que poseen una etiqueta que las identifica.

Otra vertiente de licencias, son las denominadas licencias libres, que un ejemplo de ellas es el **copyleft** es una licencia de creación que consiste en liberar un programa informático, una obra de arte o cualquier otro tipo de documento para su copia, modificación y redistribución. Se trata de una práctica legal que se realiza en el ejercicio de los derechos de autor. La Fundación Copyleft define estas licencias como aquellas que, permitiendo un mayor control de los creadores sobre sus obras, investigaciones y proyectos y una remuneración compensatoria más razonable por su trabajo, también permiten a los usuarios finales un mejor acceso y disfrute de los bienes bajo este tipo de licencias no restrictivas.¹¹⁸ Esto implica que mediante estas licencias los autores pueden autorizar el uso de sus creaciones, pero no necesariamente esto sea sin una remuneración a cambio. De esta manera, se puede tener un mayor acceso a la creación.

114 Unesco. Licencias creative commons. Consultado en: <https://es.unesco.org/open-access/las-licencias-creative-commons>

115 Se puede licenciar una obra a través de la web de Creative Commons.

116 Creative commons. Consultado en: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

117 Serrano-Fernández, M.; Hornero-Méndez, C.; Sánchez-Leria, R. y Vázquez-Pastor, L. Tipos de licencias Creative Commons. Universidad Pablo de Olavide, Biblioteca/CRAI. Consultado en: https://www.upo.es/biblioteca/servicios/pubdig/propiedadintelectual/tutoriales/derechos_autor/htm_12.htm

118 Copyleft. Consultado en: <https://www.arimetrics.com/glosario-digital/copyleft#>

Con relación a la gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual, con el empleo de la tecnología y las disposiciones legales, un ejemplo exitoso de esto es la empresa Alibaba que lidera un nuevo modelo de protección de la propiedad intelectual (PI) en el comercio electrónico que busca proteger dichos derechos, convergiendo la tecnología, los modelos de negocios y el ordenamiento jurídico.

Alibaba Group ha creado y puesto en práctica en sus plataformas un sistema eficaz de detección y sanción de ofertas de bienes falsificados. El modelo de gobernanza de Alibaba se construye a partir de una vigilancia proactiva y un sistema eficaz de notificación de vulneración de los derechos de PI. Este se rige por la tecnología, las prácticas empresariales innovadoras y la ley. Dicha empresa lidera el desarrollo de la plataforma privada Electronic World Trade Platform (eWTP), una iniciativa integrada por múltiples partes que propone “generar normas de comercio electrónico, y fomentar un entorno normativo y comercial más eficiente y eficaz, con miras al desarrollo del comercio electrónico transfronterizo”.¹¹⁹

En el orden internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números, la Organización Mundial del Comercio, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, la Federación Internacional de Actores, la Federación Internacional de Músicos, la Asociación Literaria y Artística Internacional, el Instituto Interamericano de Derecho de Autor, entre otras, son parte de los organismos que se están encargando de fortalecer el sistema de protección de derechos de propiedad intelectual.

Por igual, en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados, cada institución de registro de propiedad intelectual a nivel nacional, tienen un rol importante en proteger los referidos derechos, así como el Ministerio Público, sobre base de lo que establezca cada legislación, actúa en el ejercicio de la acción penal en contra de los responsables de los delitos y faltas tipificadas en la referida materia. Resulta menester establecer un sistema de infracciones lo suficientemente preciso, que permita ofrecer mayor seguridad jurídica al sancionar las vulneraciones a la propiedad intelectual, para esto, lo primero a estipular el tipo de infracción que se comete tanto en el orden civil como penal, pues eso determina tanto la jurisdicción, las medidas y las acciones legales, como el tipo de sanción/indemnización a imponer.

Ciertamente, en la red es difícil poder tener control de las obras y contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Esto amerita articular un régimen más rígido de sanciones penales y civiles; el ciberespacio no puede soslayar el establecimiento de mecanismos de regulación en el área de propiedad intelectual.

119 Sun, Jungong. Propiedad intelectual y comercio electrónico: la visión de Alibaba. Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: 2008. Consultado en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/05/article_0004.html%20

Para establecer la responsabilidad civil y penal, es necesario identificar el usuario que incurre en violación a los derechos de propiedad intelectual, pudiéndose utilizar la tecnología para esos fines, tal como crear un software que detecte el uso y reproducción de contenido protegido, configurar una encriptación o cifrar la obra, o crear restricciones de acceso, entre otros.

En definitiva, resulta ser imperante la creación de medidas de prevención, y control que protejan los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, en especial, en el marco del comercio electrónico. La seguridad jurídica debe regir en el mundo digital, y si todos los entes del sistema se involucran, se podrá crear un ecosistema garantista, y colaborativo. Cada particular y empresa debe emplear una gestión electrónica adecuada, en combinación con disposiciones legales claras y adecuadas a los cambios tecnológicos.

Conclusión

La evolución de la tecnología ha tenido importantes efectos positivos en la vida de las personas, así como también, implicaciones que pueden resultar perjudiciales, dependiendo del uso de misma. En este contexto, el avance de la sociedad de la información tiene connotaciones en el sistema convencional de la propiedad intelectual. El medio digital facilita la difusión y reproducción de creaciones, a pesar de no tener el consentimiento del creador o autor.

Frente a las diferentes acepciones que existen en materia de propiedad intelectual, la primera interrogante que surge es ¿por qué debe fomentarse y protegerse? El avance de la humanidad depende de su capacidad de crear nuevas obras en el ámbito de la tecnología, la cultura y la sociedad. En edición a esto, la garantía jurídica de las nuevas creaciones fomenta a invertir en la innovación, y esto a su vez, estimula el crecimiento económico, al generar nuevos empleos e industrias.

Las herramientas articuladas permiten nuevas maneras de crear, así como la existencia de innovadores soportes y dispositivos tecnológicos que antes no existían, tales como programas informáticos, base de datos, webs, entre otros. De igual manera, debido a que los medios digitales facilitan el acceso sin límites de tiempo ni de territorio, el titular de dichos derechos se encuentra frente a dificultades para tener control de la difusión de sus creaciones. Esto hace imperante la formulación de soluciones jurídicas para la protección de estas, empleando a su vez la misma tecnología para lograr mecanismos de protección que sean eficientes en materia de propiedad intelectual.

El control de los mecanismos de reproducción, solicitar permiso para su uso, avisos legales, emplear las herramientas tecnológicas para rastrear el origen de las afectaciones o crear barreras para acceder y crear contenido falsificado, contratos de propiedad intelectual, tecnología del Blockchain, licencias Creative Commons, constituyen parte la gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

Con la integración de la tecnología, los modelos de negocio y el ordenamiento jurídico es posible lograr mecanismos de seguridad jurídica que sean sólidos para la protección del sistema de propiedad intelectual en el entorno digital. De igual manera, se deben unificar esfuerzos desde los consumidores, los comerciantes y los entes de la economía en general, para fortalecer dicho régimen y a su vez el comercio electrónico.

Bibliografía

- ¿Qué es la piratería online y cuáles son sus peligros? Consultado en: <https://csirt.utpl.edu.ec/node/489>
- ¿Qué es un Cyberlocker y por qué es tan polémico? Consultado en: <https://esp.go-travels.com/89169-what-is-a-cyberlocker-2483215-5998732>
- Abogados Portaley Nuevas Tecnologías S.L. Caso Napster. La música y los delitos de propiedad intelectual. Consultado en: <https://www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/napster.shtml>
- Acuerdo Comercial contra la Falsificación. Consultado en https://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_es.pdf
- Administración Nacional de Propiedad Intelectual de China (CNIPA). Fundamentos de propiedad intelectual: Preguntas y respuestas para estudiantes. Consultado en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1056.pdf
- Álvarez Álvarez, Henar. Aspectos jurídicos de las descargas de música en internet. Consultado en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12887/CC-97_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ARGENTINA. Caso 4191/00, Juzg. de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, 23 de junio de 2000. Consultado en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/627/wipo_pub_627.pdf
- Barcia Lehmann, Rodrigo. De las cosas y su clasificación. Derecho Civil, Universidad de Talca.
- Canaval Palacios, Juan Pablo. Manual de propiedad intelectual. Editorial Universidad del Rosario. (Colombia: 2008). Consultado en: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/1058>
- Caparrós de Olmedo, Silvia. El Derecho de Cita y el Press Clipping. Consultado en: <https://vlex.es/vid/derecho-cita-press-clipping-450147>
- Caso Pablo Soto-discografías. Sentencia núm. 00244/2011. Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid. Año 2011.
- Castillo Soto, Manuel, Palancares Rosales, Laura Palancares. La naturaleza de los bienes digitales, su competencia y estrategias para capturar valor. *Tiempo Económico Núm. 15, vol. V.* 2010. Consultado en: <http://tiempoeconomico.azc.uam.mx/wp-content/uploads/2017/07/15te4.pdf>
- Convenio de Berna de fecha 09 de septiembre de del año 1886. Consultado en: <https://procuraduria.utpl.edu.ec/SiteAssets/Legislacion%20Externa/Convenio%20de%20Berna.pdf>
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883).
- Copyleft. Consultado en: <https://www.arimetrics.com/glosario-digital/copyleft#>
- Corte de Apelación de Madrid. Sentencia núm. 423/2020. SAP M. 13611/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13611. Consultada en: [https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9393550/Propiedad ad%20intelectual/20210129](https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9393550/Propiedad%20intelectual/20210129)
- Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Noveno Circuito del Área Norte del Estado de California "A&M Records y otros v. Napster Inc.", Caso número, 00-16.401, febrero 12-2001.
- Corte en Polonia autoriza la extradición del propietario de Kickass Torrents. 2017. Consultado en: <https://cerlalc.org/corte-en-polonia-autoriza-la-extradicion-del-propietario-de-kickass-torrents>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 03 de febrero del año 1993.
- Creative commons. Consultado en: <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>
- Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948. Consultado en: <https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/>
- Derechos de autor en plataformas e-learning. Consultado en: https://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html
- Diccionario legal virtual. Propiedad Industrial. Consultado en: <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/propiedad-industrial/>
- España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Ministerio de Cultura «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 1996 Referencia: BOE-A-1996-8930
- Fernández, Yúbal. Los casos más sonados contra webs P2P. Consultado en: <https://www.xataka.com/entrevistas/caso-sharemula-caso-pablo-soto-y-ley-mordaza-con-david-bravo-insert-coin-1x03>

- Hernández Rodríguez, José Antonio. La importancia de los derechos de propiedad industrial monopolios legales para una competencia leal. Consultado en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/379/Jos%C3%A9%20Antonio%20Hern%C3%A1ndez%20Web%20EI%20379.pdf>
https://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallG/home_109/recursos/octubre2014/administraciondeempresas/semestre9/11092015/comercioelectronico.pdf
- Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI). Los diseños y dibujos industriales como protección de creaciones estéticas. Consultado en: <https://www.inapi.cl/portalinstitucional/600/w3-article-813.html>
- La propiedad intelectual y el comercio-e. Consultado en: http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/propiedad_intelectual_ecommerce.pdf
- López, Pablo. ¿Qué es The Pirate Bay? *Geeknetic* (2020). Consultado en: <https://www.geeknetic.es/The-Pirate-Bay/que-es-y-para-que-sirve>
- Los frames. Consultado en: <https://www.uv.es/jac/guia/frame.htm>
- Los NFTs. Consultado en: <https://coinspaidmedia.com/es/academy/>
- México. Ley Federal de Protección de Derechos de Autor de fecha 24 de diciembre del año 1996.
- Murillo, Roxana Silva. Beneficios del comercio electrónico. *Revista Perspectivas*, núm. 24, julio-diciembre, 2009, Bolivia. Universidad Católica Boliviana San Pablo Cochabamba. Consultado en: <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942160008.pdf>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Derecho de autor. Consultado en: <https://www.wipo.int/copyright/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Derecho de autor. Conceptos básicos. Consultado en: https://www.wipo.int/copyright/es/faq_copyright.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? Consultado en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/documentos-de-interes/odai/>
- Ortega Díaz, Juan Francisco. Sitio web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la propiedad intelectual. *Revista de Contratación Electrónica*. Nº 45, enero 2003. Consultado en:
- Otto, Carlos. Pablo Soto: el informático que plantó cara y venció a la industria discográfica. *El Confidencial* (2011). Consultado en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2011-12-20/pablo-soto-el-informatico-que-planto-cara-y-vencio-a-la-industria-discografica_772820/
- Peinado Gracia, Juan Ignacio, Santana, Diego. Press clipping: competencia desleal y propiedad intelectual. Estudios RCD núm.2, 2008. Consultado en: <https://www.cremadescalvosotelo.com/media/despachoenlosmedios/pdf/PressClipping.Peinado-Solana.pdf>
- Pérez Luño, A. La Seguridad Jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. Boletín de la facultad de derecho núm. 15. (2000). Recuperado de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2000-15-48A09575/PDF>
- Porcelli, Adrina. Los bienes digitales y el derecho de autor en internet. La denominada “piratería informática”, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 2 Nro. 3. 2015. Consultado en: <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-16-ARTICULO-PORCELLI.pdf>
- Red Points. Consultado en: <https://www.redpoints.com/>
- República Dominicana. Ley 20-00 sobre Propiedad Intelectual de fecha 08 de mayo del año 2000.
- República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0100/13 de fecha 20 de junio del año 2013.
- Robayo-Botiva, Diana María. El comercio electrónico: concepto, características e importancia en las organizaciones. *Generación de contenidos impresos* núm. 20: 2020. Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. Consultado en: doi: <https://doi.org/10.16925/gclc.13>
- Rojo, Nacho. Deep linking, enlaces problemáticos. *Consumer* (2003). Consultado en: <https://www.consumer.es/tecnologia/internet/deep-linking-enlaces-problematicos.html>
- Salazar Rojas, óscar Eduardo. Computación distribuida, servicios de almacenamiento electrónico y otros modelos de negocio frente al derecho de autor. Consultado en: <https://oscaresalazar.wordpress.com/2011/04/14/4/>
- Sentencias del Juzgado de lo penal de la Comunidad de Madrid del 31 de mayo del año 2005, Jur 2005/148916.
- Serrano-Fernández, M.; Hornero-Méndez, C.; Sánchez-Leria, R. y Vázquez-Pastor, L. Tipos de licencias Creative Commons. Universidad Pablo de Olavide, Biblioteca/CRAI. Consultado en: https://www.upo.es/biblioteca/servicios/pubdig/propiedadintelectual/tutoriales/derechos_autor/htm_12.htm
- Servicios de bibliotecas de la Universidad de Extremadura. Guía de la Biblioteca de la UEX. Derechos de autor en el entorno académico: Uso de Imágenes. Consultado en: <https://biblioguias.unex.es/c.php?g=572083&p=3944583>
- Sun, Jungong. Propiedad intelectual y comercio electrónico: la visión de Alibaba. Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: 2008. Consultado en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/05/article_0004.html%20
- Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970).

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de fecha 08 de septiembre del año 2016, en el asunto C-160/15. Consultado en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/vulneraciyn-de-la-propiedad-intelectual-por-enlazar-con-un-sitio-web-en-el-que-se-incluye-una-obra-ajena-protegida.pdf>
- Tribunal de Justicia Europea. Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, EU:C:2014:76.
- Tribunal de Justicia Europea. Sentencia de 14 de junio de 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456.
- Tribunal de Justicia Europea. Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke, C-301/15, EU:C:2016:87,
- Tribunal de Justicia Europea. Sentencia de fecha 09 de marzo del año 2021, asunto C-392/19. Consultado en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238661&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4348535>
- Unesco. Licencias creative commons. Consultado en: <https://es.unesco.org/open-access/las-licencias-creative-commons>.
- Unión Europea. Sentencia de fecha 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12.
- Unión Europea. Tribunal de Justicia. Sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43.
- Universidad de Pamplona-Facultad de Estudios a Distancia. Comercio Electrónico. Consultado en:
- Universidad Nacional Autónoma de México. Comercio Electrónica y principios económicos comerciales. (2018). Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4667/4.pdf>
- Valencia Arancibia, A. Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile. Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile. (2008) Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106788>
- Vidal Portábales, Ignacio. Enlaces y propiedad intelectual en Internet. Especial referencia a los enlaces profundos. Vlex. Consultado en: <https://vlex.es/vid/enlaces-intelectual-profundos-228644049>
- Villanueva González, María Ximena. El combate a la piratería online, implicaciones para el país al no tener implementada la norma de notice and take down. Consultado en: <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2017/07/01/Villanueva-Maria.pdf>
- Villarroel, Luis. Piratería: tendencias actuales y medidas no legislativas. Consultado en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187965>
- Xalabarder, Raquel. La propiedad intelectual en el mundo digital: ¿un monopolio en extinción? *Quaderns del CAC* 37, vol. XIV (2) - diciembre 2011. Consultado en: <https://www.raco.cat/index.php/QuadernsCAC/article/download/405818/499959>

Hiperpresidencialismo en la República Dominicana: ¿mito o realidad?

Víctor A. León Morel^[1]

“Una gran revolución democrática se palpa entre nosotros. Todos la ven; pero no todos la juzgan de la misma manera.” Alexis de Tocqueville “La Democracia en América”.

El sistema presidencialista es una de las mayores herencias del constitucionalismo norteamericano a América Latina, basado en el principio republicano y consagrado en todas las constituciones dominicanas, disponiendo expresamente en el artículo 4 actual que el gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo, dividido en tres poderes independientes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Este principio contiene una protección reforzada en nuestra Constitución, al disponer el artículo 268 una cláusula de intangibilidad que impide de manera expresa cualquier modificación constitucional futura al sistema de gobierno, disposición que según **PERDOMO CORDERO** se ha mantenido desde la Constitución de 1865^[2].

Por otro lado, el hiperpresidencialismo puede ser definido como una crítica al modelo constitucional imperante en el continente americano, que permite concentrar mucho poder, responsabilidad y hasta expectativas en una sola persona por un tiempo determinado (**GARGARELLA**)^[3]. Otros autores entienden que en el hiperpresidencialismo, el presidente abandona el equilibrio de poderes y genera un blindaje que le acerca más al autoritarismo que a la democracia (**CHALCO**)^[4].

De este modo, en el hiperpresidencialismo, los sistemas de frenos y contrapesos o *checks and balance*, garantizados por el principio de separación de poderes son insuficientes debido a que existe un desequilibrio en un poder ejecutivo, liderado por un presidente con mucho más poder que los otros dos poderes del Estado.

A modo de ejemplo, **GARGARELLA** resalta que entre 1978 y 2009 se erigieron 15 constituciones en América Latina; lo que llama la atención es que, de las mismas, fueron modificadas 10 en 16 oportunidades y estas modificaciones tenían algo que ver con flexibilización de cláusulas reeleccionistas. Es claro entonces que lo que se ha buscado es el concentrar el poder en cabeza de la máxima figura del ejecutivo en los diferentes estados del continente, a través de reforma constitucionales con intereses a corto plazo.

Esto se evidencia en la última reforma constitucional dominicana, julio 2015, precisamente tuvo como único propósito habilitar la reelección presidencial a fines de que el presidente de turno pudiera ser electo presidente nuevamente.

Para que pueda entenderse como un sistema hiperpresidencialista, **NINO** resume los elementos institucionales esenciales, entendiendo que en estos Estados se configuran estas realidades jurídicas y fácticas: **(I)** el presidente de la república tiene plena libertad discrecional para nombrar su gabinete así como los demás cargos de la rama ejecutiva

del poder público que son de su resorte; **(II)** el poder legislativo tiene un limitado control del presupuesto y de los fondos públicos; **(III)** amplias facultades en estado de sitio; **(IV)** el excesivo centralismo en desmedro de los entes territoriales; **(V)** la intervención del ejecutivo en la función natural del legislativo a través del veto; **(VI)** la intervención del jefe de estado en la administración de justicia y **(VII)** las desbordadas facultades reglamentarias otorgadas que nublan la delgada línea entre delegación administrativa y normas de ejecución[5].

A partir de estas características, pasemos a analizar las atribuciones otorgadas por la Constitución actual, especialmente en su artículo 128, así como la realidad fáctica, a fines de determinar si existen elementos esenciales de hiperpresidencialismo en República Dominicana, bajo la teoría de Nino. Veamos con detalle:

I. Los artículos 128.1.c, 128.2.a, 128.2.b y 128.3.a, facultan al presidente para nombrar y destituir libremente a funcionarios del ámbito militar, policial y ejecutivo. En materia diplomática, requiere autorización del Senado;

II. El artículo 128.2.g faculta al presidente para someter al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado;

III. Una vez aprobado el estado de sitio, o alguno de los Estados de Excepción consagrados en los artículos 262 y siguientes, el presidente tiene amplias facultades para limitar derechos fundamentales;

IV. El artículo 128.3.d faculta al presidente a autorizar o no a los ayuntamientos a enajenar inmuebles y aprobar o no los contratos que hagan, cuando constituyan en garantía inmuebles o rentas municipales; De igual forma, el artículo 198 le faculta a nombrar los gobernadores civiles en cada provincia[6];

V. Los artículos 101, 102 y 103 regulan la facultad del presidente para observar una ley, y disponen el procedimiento a seguir;

VI. Actualmente, el presidente es el encargado de nombrar al Procurador General de la República y la mitad de sus adjuntos. De igual forma, preside el Consejo Nacional de la Magistratura, órgano encargado de elegir a los jueces de las Altas Cortes;

VII. El artículo 128.1.b otorga facultades al presidente de la República para expedir decretos, reglamentos e instrucciones cuando fuere necesario, de modo que instaure los reglamentos autónomos.

Respecto al elemento fáctico, es importante resaltar que no conocemos ningún nombramiento diplomático que no haya sido aprobado por el Senado, lo cual refuerza las características de un sistema hiperpresidencialista. Tampoco conocemos casos de Proyectos de Leyes de Presupuesto no aprobados por el Congreso Nacional, aunque no dudamos que puedan existir de manera excepcional.

De igual forma, hemos visto como en casos recientes, tanto Leonel Fernández y Danilo Medina han ejercido los poderes de observación (conocido comúnmente como veto) para evitar la aprobación del nuevo Código Penal, 2006 y 2016, respectivamente, aunque por razones distintas[7].

OVIEDO precisaba que la Constitución de 1966 rutinizó el liderazgo carismático de Balaguer con la institución de un Poder Ejecutivo básicamente independiente, con un comprensivo arco de poderes para el presidente de la República en un entorno de fragilidad de otros poderes e instituciones del Estado, predominio presidencial sobre las fuerzas militares, y dominio de la Presidencia sobre el proceso de formulación, asignación y ejecución del Presupuesto. Concluyó su trabajo respecto a un *modelo para desarmar el hiperpresidencialismo en la República Dominicana* afirmando que este sistema mantiene vigencia, debido a la combinación de poderes de jure y poderes fácticos desplegados por la presidencia disminuyendo la relevancia de los demás poderes de manera sistémica[8].

En conclusión, somos de opinión que, aunque hemos tenido avances importantes en el sistema de pesos y contrapesos a fines de limitar el poder, sobre todo con la instauración de nuevos órganos extra poder, la República Dominicana mantiene elementos esenciales del hiperpresidencialismo, donde se evidencia que la figura del presidente concentra más poder jurídico y fáctico del necesario en una democracia.

[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, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] PERDOMO CORDERO, Nassef, “*La constitución Comentada por FINJUS*”, Santo Domingo, 2011, P. 509.

[3] Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Editorial Katz;

[4] Chalco, J. (2016). Hiperpresidencialismo: Hacia un blindaje presidencial. *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos*, 76-84;

[5] Nino, C. (1992). *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea Nogueira, H. (2017). La tipología de gobiernos presidencialistas en América Latina y gobiernos semipresidencialistas en Europa. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 15-82.

[6] Importante resaltar que la Constitución del 2002, facultaba al presidente a anular por Decreto motivado los arbitrios establecidos por los ayuntamientos.

[7] <https://hoy.com.do/leonel-fernandez-y-danilo-medina-observaron-por-distintas-razones-el-codigo-penal/>

[8] [http://investigare.pucmm.edu.do:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12060/1293/PresidencialismoDemocraciaSociedad_PUCMM.pdf?sequence=3;](http://investigare.pucmm.edu.do:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12060/1293/PresidencialismoDemocraciaSociedad_PUCMM.pdf?sequence=3)

El recurso de reconsideración en materia tributaria: aspectos generales, formalidades, plazos y pruebas

*Claudia De Aza Almonte*¹²⁰

Generalidades

Tributar es un deber que tienen todos los ciudadanos dominicanos según lo dispuesto por el artículo 75.6 de la Constitución. El propósito de tal deber es colaborar con las recaudaciones del país a los fines de que el Estado pueda financiar sus gastos e invertir en su desarrollo, y para poder lograrlo, la Administración Tributaria¹²¹ se asiste de las facultades que le fueron dadas por el legislador, establecidas en el artículo 32 del Código Tributario, a saber: facultad normativa, de inspección y fiscalización, de determinación y sancionatoria.

En el ejercicio de tales facultades, la Administración Tributaria emite actos administrativos, siendo estos la expresión unilateral de su voluntad capaz de producir efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros. Empero, si bien solo contemplan la voluntad de la Administración, no se configuran como un acto irrevocable, ya que, pueden ser recurridos si con su contenido se pone fin al procedimiento o se verifica alguna imposibilidad para continuarlo, así como cuando el contribuyente constata elementos que produzcan indefensión, lesione sus derechos subjetivos o produzcan daños irreparables.

El derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, es una de las garantías de las cuales gozan los ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 69, numeral 2 de la Constitución. Esta garantía, en sede administrativa, se pone de manifiesto cuando los ciudadanos ejercen su derecho y expresan sus inconformidades respecto de las actuaciones y los actos de la Administración Pública. En materia tributaria, los contribuyentes tienen a su disposición la interposición del recurso de reconsideración a los fines de que la propia Administración Tributaria, proceda a la revisión del acto administrativo tributario que ha emitido, evaluando si hacen méritos los argumentos que estos presentan en su recurso.

No obstante, como es sabido, recurrir ante la sede administrativa es una opción que poseen los contribuyentes, pues estos pueden dirigirse directamente ante la sede jurisdiccional, procurando que la evaluación de sus pretensiones sea realizada por el Tribunal Superior Administrativo (TSA).

Formalidades

¹²⁰ Abogada, con maestría en Derecho Tributario y Procesal Tributario en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), maestrando en Derecho de la Administración del Estado en el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) y Derecho Económico y Financiero en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Con experiencia laboral en la materia tributaria. Correo electrónico: claudiadeaza@gmail.com.

¹²¹ Al leer Administración Tributaria, deberá entenderse que me refiero a la Dirección General de Impuestos Internos (DGII).

Si el contribuyente decide optar por la vía administrativa e interponer su recurso de reconsideración por ante la Administración Tributaria, debe cumplir con ciertas formalidades para su admisión, según lo prescrito por los artículos 57 y 58 del Código Tributario (Ley No. 11-92): este debe depositarse por escrito, conteniendo los alegatos y las pruebas en la que fundamente sus pretensiones, requisitos que se constatan tanto en la ley tributaria como en la ley de procedimiento administrativo (Ley No. 107-13). Esto, porque si bien al promoverse una reconsideración de la actuación o del acto emitido por la Administración, se entendería que se debe hacer una revisión integral, no menos cierto es que los contribuyentes deben poner a la Administración en condiciones para poder ponderar sobre las inconformidades que sustentan su acción.

Visto lo anterior, se resalta que la interposición de este recurso no amerita de la intervención de un profesional de las leyes, carece de esta formalidad, pudiendo ser interpuesto por el propio contribuyente o interesado, siempre que demuestre la legitimidad del interés y brinde las informaciones generales que permitan su identificación, tales como: nombres, apellidos, cédulas de identidad y electoral, domicilio, etc.

Actos recurribles

Bajo el prisma del artículo 57 del Código Tributario, el recurso de reconsideración solo aplica respecto del acto de determinación de la obligación tributaria, al establecer que su interposición es cuando el contribuyente considere incorrecta o injusta la estimación de oficio de sus rentas y del impuesto, o de los ajustes que les sean practicados a sus declaraciones o que no estuvieren de acuerdo con la determinación de cualquier otro impuesto.

Sin embargo, con la puesta en vigencia de la ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, la esfera de los actos pasibles de ser recurridos se amplía, por ello, este recurso puede ser interpuesto no solo sobre los actos de determinación, también sobre aquellos que produzcan efectos jurídicos en cabeza de los contribuyentes e interesados, como es el caso de la negativa de créditos, compensaciones y reembolsos por saldo a favor, exclusión del régimen simplificado de tributación, pliego de modificaciones sucesorales, resoluciones de multas, avalúos de inmuebles realizados por la Administración Tributaria, entre otros.

Plazos

Otra de las formalidades para la interposición del recurso de reconsideración, es que debe hacerse dentro del plazo que establece la ley. En materia tributaria, como en todas las demás, este plazo debe ser razonable, pero, puede establecerse de cara al principio de especialidad normativa, de origen romano: *lex specialis derogat legi generali*, el cual se basa en la decisión jurisprudencial de Papiniano, recogida en D.50,17,80, según la cual, en derecho, lo específico prevalece sobre lo genérico.

En ese tenor, es fácil explicar por qué el Código Tributario establece en su artículo 57 que el recurso de reconsideración deberá ser interpuesto en el plazo de 20 días, siguientes a la fecha de la recepción de la notificación, al tratarse de una materia especializada.

De lo anterior, se puede colegir que con la entrada en vigor de la Ley 107-13, al tratarse de una norma general de procedimiento administrativo, la Administración Tributaria podía perfectamente seguir recibiendo los recursos de reconsideración en el plazo de 20 días, siendo estos hábiles y francos, ya que, el principio de especialidad normativa no establece una contradicción entre la norma general y la especial, sino que estando ambas en vigencia de manera simultánea, la ley especial se aplicará con preferencia.

Sin embargo, la Administración Tributaria ha decidido actuar de conformidad con el contenido de la ley general de procedimiento administrativo, ofreciendo una garantía mayor a los contribuyentes, por ello, el plazo se extendió a 30 días hábiles y francos para interponer el recurso de reconsideración.

Asimismo, el artículo 57 menciona un segundo plazo, 30 días para la ampliación del recurso de reconsideración. Sobre este particular, es necesario destacar que el texto de la ley es preciso al sostener que: *la Administración podrá conceder un plazo no mayor de 30 días*, empero, el uso y costumbre por la Administración ha sido el de otorgar la totalidad del plazo.

Este plazo, necesariamente, siendo de naturaleza procesal, debe seguir la suerte de lo principal, además, es la manera en que se garantiza la seguridad jurídica de los contribuyentes, pues poseen la certeza de que no se pondrán en relieve cambios que transgredan sus derechos. Por tanto, estos 30 días deben ser hábiles y francos, en las mismas condiciones en que fue otorgado el plazo para la interposición del recurso de reconsideración, por lo que, si el contribuyente solicita dicho plazo, la Administración debe esperar que venza el plazo otorgado para proceder con la valoración de sus pretensiones, es decir, para que el expediente quede en estado de recibir fallo.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto por artículo 20, párrafo I de la Ley 107-13, relativo a que en los casos en que la ley especial no disponga otra cosa, se considerará que los plazos en el procedimiento administrativo serán hábiles, excluyéndose del cómputo, los sábados, domingos y feriados.

La prueba

Ya hemos visto que uno de los requisitos para la interposición del recurso es que el contribuyente presente las pruebas que sustentan sus alegatos, es decir, no basta con manifestar la mera inconformidad con el acto o la actuación de la Administración Tributaria, también debe presentar los medios de pruebas que contrarresten su accionar.

En ese tenor, los artículos 59, 60 y 61 del Código Tributario tratan el régimen de la prueba en materia tributaria, verificándose que el artículo 59 menciona un plazo no mayor de 30 días en favor del recurrente, en caso de que necesite hacer prueba, debiéndose destacar que el otorgamiento de dicho plazo está sujeto a que se traten de hechos sustanciales y pertinentes, debiendo indicar en su solicitud la materia sobre la cual deba recaer la prueba y el procedimiento para rendirla.

Es decir, este plazo no puede confundirse con el plazo otorgado a fines de escrito ampliatorio, sino que su enfoque está destinado a que, por ejemplo, una vez interpuesto su recurso, si el contribuyente verifica que su prueba sustancial se encuentra bajo el resguardo de un tercero ajeno a la Administración Tributaria y al propio contribuyente, pueda contar con la extensión del plazo para poder requerir dicha prueba a este tercero y así, fundamentar su recurso en el sentido que alega.

Efecto suspensivo

Otra manifestación del principio de especialidad normativa en materia tributaria tiene lugar cuando analizamos que el Código Tributario establece que con la interposición del recurso de reconsideración se suspende la obligación de efectuar el pago de impuestos y recargos determinados, hasta que intervenga decisión sobre el mismo, contrario a lo dispuesto por la ley 107-13 que dispone en su artículo 49 que la interposición de los recursos administrativos no suspende el ejercicio del acto impugnado.

El acto de determinación de la obligación Tributaria es un acto administrativo, por tanto, de seguir la regla general, debería ser ejecutivo y ejecutorio no obstante la interposición del recurso de que se trata, lo cual no ocurre en la especie, cuando se valida que son suspendidas las obligaciones que se desprenden de este acto respecto del recurrente hasta tanto se emita la resolución de reconsideración.

Resolución de reconsideración

Una vez reunidos en el expediente todos los elementos de prueba, argumentos y vencidos todos los plazos solicitados, este queda en estado de recibir fallo, debiendo la Administración Tributaria dar respuestas a los alegatos expuestos en el recurso, apegada a los principios que se describen en el artículo 3 de la ley 107-13. En ese tenor, la respuesta dada debe regirse, entre otros, por el principio de racionalidad, es decir, motivada, bien argumentada, que pueda constituirse en una buena decisión administrativa que valoró todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática.

Es por ello, que la Administración Tributaria goza de poderes que permiten que, en el curso del conocimiento del recurso, al revisar el acto administrativo por ella emitido, pueda modificarlo, revocarlo e incluso confirmarlo. Además, puede rectificar sus errores, tanto de forma como de fondo, por lo que, el recurso de reconsideración no deja de ser una revisión del acto y de la actuación administrativa, a los fines de que

pueda enmendar su error si lo hubiere o confirmar la actuación, de verificarse como correcta, conforme al debido proceso administrativo y apegada a la normativa tributaria vigente.

Fuentes consultadas

1. Constitución dominicana, 2015.
2. Ley No. 11-92, Código Tributario.
3. Ley No. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

La determinación de la oferta más conveniente en el régimen de contratación pública

Ruth Henríquez Manzueta^[1]

Introducción

La Ley núm. 340-06 sobre compras y contrataciones de bienes, servicios y obras dispone que, en los contratos administrativos, la adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para la entidad contratante que responda a la satisfacción de los intereses institucionales y del país. En efecto, esta norma establece que deberá tenerse en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio generalizado o de uso común establece un criterio preciso para la identificación de esa conveniencia que será el menor precio.

En el ámbito de la doctrina administrativa, la determinación de la oferta más conveniente ¿se trata de un concepto jurídico indeterminado?, debido a que solo existe una única solución justa al momento de identificarla en una contratación particular, y, por lo tanto, se objeta que se verse de un supuesto de ejercicio de potestades discrecionales. O, por el contrario, ¿se trata del ejercicio de potestades discrecionales?, donde hay una valoración de criterios de oportunidad, apreciados y seleccionados creativamente por la Administración que permiten múltiples soluciones justas y válidas. En este trabajo, a partir del análisis de los presupuestos conceptuales de ambas teorías, se intentará demostrar que la selección de la oferta más conveniente constituye un concepto jurídico indeterminado, sujeto al control judicial total.

I. Normativa de la selección de la oferta más conveniente en el régimen de contratación pública dominicano

La Ley núm. 340-06^[2] señala como métodos de adjudicación la oferta del menor precio o la oferta más conveniente. El numeral 4 del artículo 3 establece el principio de economía y flexibilidad, el cual define la oferta más conveniente al señalar que: “Las normas establecerán reglas claras para asegurar la selección de la propuesta evaluada como la más conveniente técnica y económicamente. Además, se contemplarán regulaciones que contribuyan a una mayor economía en la preparación de las propuestas y de los contratos”^[3].

De la lectura del citado texto legal se advierte la composición de otros elementos no coligados al precio que podrán constituir la oferta más conveniente o también denominada por la doctrina como la oferta más ventajosa, es decir, factores técnicos que acreditan ciertas condiciones a la oferta que no se agota solamente en el precio o lo económico.

Asimismo, en la definición de licitación pública nacional en numeral 1 del artículo 16^[4], la ley aporta un elemento nuevo al concepto de oferta más conveniente, pues esta

deberá ser establecida en los pliegos de condiciones específicas que regirá el procedimiento de contratación seleccionado por la institución contratante. Igualmente, la normativa prevé en su artículo 26 que la oferta más conveniente deberá reunir condiciones no solo de precio sino también de calidad e idoneidad de conformidad a los intereses de la institución contratante y del país, debiendo establecerse dichos requisitos en los pliegos de condiciones por ser la reglamentación específica del procedimiento de contratación[5].

Luego en el reglamento de aplicación de la ley[6], se encuentra el término “oferta más conveniente” en los artículos 102[7] y 109[8]. Según el artículo 102, la entidad contratante deberá indicar en el acto administrativo de adjudicación los criterios de evaluación previamente definidos que hayan permitido al adjudicatario obtener la calificación de oferta más conveniente. En el artículo 109, se indica que, si no se llegare a suscribir el contrato con el primer adjudicatario, por causas imputables a este, los peritos podrán examinar las demás propuestas con el fin de determinar la oferta más conveniente para los intereses institucionales.

De la lectura de los artículos precedentemente mencionados, se distinguen otros aspectos establece la ley para determinar la oferta más conveniente, que los criterios que evaluarán las ofertas estén previamente definidos, ósea, establecidos de manera precisa y previa en los pliegos de condiciones específicas para que aquellas ofertas que obtengan la valoración más alta sean determinadas como las ofertas más convenientes.

A tales efectos, la ley establece que deberá tenerse en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, la ley establece un criterio preciso para la identificación de esa conveniencia: la de menor precio[9].

En cambio, sino la contratación no corresponde a un bien o servicio común ¿cuál sería la oferta más conveniente? La Ley núm. 340-06 no define estos casos, es la razón por la cual que la elección de cuál o cuáles factores determinarán la oferta más conveniente estará a cargo de las instituciones contratantes, en ejercicio del criterio descentralización de la gestión operativa previsto en el artículo 34[10] de la ley, y que deberán definirse en el pliego de condiciones. ¿Constituye esta acción una potestad discrecional o un concepto jurídico indeterminado?

La doctrina administrativista discute cuál es el carácter de este núcleo, si se trata de un concepto jurídico indeterminado, a partir de lo cual, deducen, existe una única solución justa al momento de identificar la oferta más conveniente en una contratación particular y, por lo tanto, rechazan que se trate de un supuesto de ejercicio de potestades discrecionales, o, por el contrario, este núcleo permite, en rigor, el ejercicio de potestades discrecionales, aunque sean mínimas.

II. A propósito de la potestad discrecional de la Administración Pública

Las potestades son los medios jurídicos con los que la Administración procura sus fines, en ese carácter son deberes jurídicos. La función constitucional de la Administración Pública consiste en servir con objetividad los intereses generales, actuando a tal efecto con pleno sometimiento a la ley y al derecho. En ese sentido, el magistrado Rosario García esboza que los fines o propósitos que tiene la Administración Pública son la prestación de servicios de calidad para la garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas, lo que constituye un respeto a su dignidad y que no es otra cosa que la concreción del mandato constitucional establecido en el artículo 8 de la Constitución dominicana[11].

Este artículo constitucional establece como 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 (...)”, debido a que la administración constituye la estructura por la cual se desarrollan los asuntos de gobierno. Pero ese propósito constitucional dado a la Administración Pública debe materializarse con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico vigente, siendo este sometimiento una de las manifestaciones más relevantes del Estado de Derecho y, más concretamente, de uno de sus principios fundamentales, el principio de legalidad, razón por la cual la actividad administrativa se halla, por tanto, plenamente juridificada, o sea, no se desenvuelve nunca en un ámbito libre de normas y principios jurídicos.

Como señala el profesor Allan R. Brewer-Carías, el principio de legalidad es la sumisión al ordenamiento jurídico de todos los órganos que ejercen los poderes públicos, y en particular, los que conforman la Administración Pública. Establece que todas las actividades de los órganos del Estado y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse conforme a la Constitución, a la ley tanto orgánicas como ordinarias, a los tratados y a todas las otras fuentes del derecho que les sean aplicables en su actuación dentro de los límites establecidos por las mismas. Toda actuación contraria a la Constitución, a la ley o alguna otra fuente del derecho administrativo vicia de ilegalidad[12].

Ciertamente, nuestra Constitución en su artículo 138 ordena los principios que regirán la actuación de la Administración Pública indicando que: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”. La expresión *in fine*, subrayada, se refiere al principio de juridicidad, que se analizará más adelante.

Igualmente, la Ley núm. 107-13[13] establece que la Administración Pública en el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto (bloque de juridicidad), deberá servir y garantizar con objetividad el interés general, fundamentando su actuación esencialmente en los principios que el legislador ha considerado esenciales para reglar la actuación de la Administración y de los administrados. Entre ellos, se encuentra el principio de juridicidad, que no es más que el principio de legalidad que

establece la sujeción de la Administración Pública a las normas jurídicas vigente en toda su actuación.

En ese orden, para Concepción Acosta, el principio de juridicidad supone la observancia a la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico vigente, por lo que las normas imponen a la Administración Pública requisitos de cuyo cumplimiento depende la validez de lo que decide, y con ello, la ejecutividad de sus actos[14]. De manera tal que no existe un ámbito de la actuación administrativa que no esté sujeta a la ley y al derecho.

Precisado lo anterior, de la sujeción plena al ordenamiento jurídico de la Administración Pública, se desprende que el ejercicio de sus potestades, la ley la atribuye en forma previa y delimitada, es decir, que el ejercicio de potestades por parte de la Administración siempre presupone una atribución legal.

Para Ivanega, M., las potestades administrativas constituyen una facultad “de actuación otorgada por una norma jurídica, que apodera y habilita a la Administración, por eso toda la acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido en forma previa por la ley, y por ella delimitado y construido”[15]. De ello se deriva que frente a la potestad nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y de una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas sino el conjunto de ciudadanos.

El ejercicio de la potestad supone entonces, en primer lugar, la creación de un ente u órgano administrativo con la consiguiente atribución de competencias; la determinación específica de éstas que supondrá la atribución de potestad y, por último, la determinación de la titularidad de esas competencias y por ende de la potestad. Por otro lado, la doctrina, por la relevancia que tiene el ejercicio de las potestades administrativas y atendiendo su función, las clasifica en potestades regladas y discrecionales.

Ciertamente para Parejo Alfonso, la ley puede determinar en forma precisa todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, construyendo el supuesto legal y la potestad, la que es definida en todos sus términos o consecuencias; o atribuir a la Administración la estimación subjetiva de determinar algunas de las condiciones de ejercicio, “ya sea para la integración última del supuesto de hecho, para determinar el contenido específico dentro de los límites legales, o para ambos elementos, lo que nos describe a las de potestades regladas y discrecionales”[16].

En las potestades regladas, se supone que la acción administrativa está prefigurada estrictamente y que se ciñe a la ejecución de la norma o aplicación de ella mediante la subsunción del caso concreto en el supuesto legal que definen, ósea, la operación lógica en determinar que un hecho jurídico reproduce la hipótesis contenida en una norma general. Hay una única solución correcta que deriva de la aplicación de la norma, por ello el control judicial que puede practicarse sobre ella abarca todos los aspectos. La ley

regula todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de forma tal que la Administración se limita a aplicar el contenido de las normas legales aplicables al hecho.

La potestad discrecional, en cambio, remite la toma de decisión al juicio o voluntad de la Administración. Ésta tiene cierta libertad, pues la norma solo define algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad, atribuyendo al administrador la capacidad para completar algunas determinaciones del contenido de ésta. No obstante, se entiende que su ejercicio siempre está integrado por un conjunto de elementos reglados: su habilitación o existencia, su alcance que no puede ser absoluta, la competencia para ejercerla y el fin.

La ley delega en el órgano administrativo la apreciación subjetiva de la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina totalmente cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, “sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia”[17]. Esta estimación subjetiva de la Administración que comporta la discrecionalidad, como bien señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:

(...) no es una facultad extralegal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter[18].

De lo anterior se hace necesario rescatar la idea de que el si el ejercicio de la potestad discrecional esta completada por un conjunto de elementos reglados, la determinación de la oferta más conveniente, ¿implica la observancia de algunas condiciones o límites?[19]

La Ley núm. 340-06, sobre la base de los principios que rigen la contratación pública, ha establecido límites para determinar los criterios y factores que definirán que es “la oferta más conveniente”, criterios para la evaluación de ofertas que deben ser completos, minuciosos, proporcionales, generales, obligatorios y pertinentes, de conformidad con los principios de eficiencia,[20] igualdad y libre competencia,[21] economía y flexibilidad,[22] y razonabilidad, [23] y los artículos 8, párrafo II,[24] y 20 de la Ley núm. 340-06.[25]

De la lectura de los textos legales precedentemente mencionados, se desprende que la determinación de la oferta más conveniente a cargo de la administración está sujeta a un conjunto de límites, condiciones y efectos que establece la normativa que rige la contratación pública, pero como un ejercicio intelectual de la Administración y no un ejercicio volitivo de esta. En efecto, al concretar conceptos indeterminados, debe hacerlo evitando la imprecisión o vaguedad.

La Ley núm. 340-06 no remite a la Administración a su propia apreciación conforme a criterios de oportunidad cual es la oferta económica más convenientes, porque no hay una facultad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas según la ley, sino que hay aspectos reglados que conducen a una solución jurídicamente única. Como acertadamente expresa una Sentencia del Tribunal Supremo español, de 28 de febrero de 1989:[26]

La discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional.

Esta sentencia del Tribunal español reafirma que la administración no debe hacer lo que desea sino hacer lo que le corresponde, evitando en ello cualquier vicio de arbitrariedad, lo cual constituye un paso de avance en la protección del interés público y los intereses de los administrados. De ahí la relevancia en el caso que nos ocupa distinguir la discrecionalidad administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados, por lo que resulta necesario abordar estos últimos a fin de concluir si la determinación de la oferta más conveniente es una potestad discrecional o concepto jurídico indeterminado.

III. Los conceptos jurídicos indeterminados

La doctrina distingue la discrecionalidad administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados. Este criterio, que procede de la doctrina alemana, entiende que son verdaderos conceptos que definen un preciso supuesto legal, sin perjuicio de dar lugar a una cierta capacidad de apreciación interpretativa. Para Sesín, D., la legislación realiza un acotamiento de un ámbito preciso de la realidad con pretensión de definir jurídicamente un concreto supuesto legal, ya sea utilizando para ello conceptos de valor o de experiencia.[27] De este modo, la norma no admite, en su interpretación y aplicación, más que una solución jurídica correcta, es decir, se da o no se da el concepto.

El concepto jurídico indeterminado es el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. Por ejemplo, interés público, de utilidad pública, urgencia, necesidad, mérito, etc. Frente a estos conceptos, la Administración Pública no puede determinar su contenido siguiendo su criterio, pues conlleva una operación lógica intelectual, sino más bien constituye un proceso cognoscitivo o de

mera comprobación, por lo que la indeterminación del enunciado solo habilita a una unidad de solución justa en cada caso.

Esencialmente, la apreciación que supone la actividad discrecional implica valoración cualitativa y cuantitativa de los diversos intereses que pueden ser comparados y apreciados. Por eso, atiende a seleccionar el medio, el modo y los instrumentos operativos necesarios para la realización del interés público, ya establecido por la norma. Sin embargo, un concepto jurídico es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, Como señala Sesín, cuando no reflejan claramente una realidad, donde la imprecisión no procede de manera exclusiva de la ambigüedad en el lenguaje ni de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos[28].

En el ordenamiento jurídico del ámbito administrativo abundan numerosas disposiciones legales y reglamentarias que compendian estándares o normas generales, cuya indeterminación es evidente. López Peña cita lo siguiente: “El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad”[29] como ejemplo cotidiano, cuya relación con la realidad a la que se refiere puede impregnarse de mayor o menor vaguedad o indeterminación. En ese orden, le corresponde a la Administración, en el ámbito de imprecisión o indeterminación que otorgan los conceptos jurídicos indeterminados, clarificarlos al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

Para la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados solo admiten una opción válida para cada supuesto, en efecto, la integración normativa se produce por medio de la interpretación. De tal manera, la ruina de la obra, la urgencia, la actividad riesgosa, el orden público, etc., son supuestos cuya resolución sólo admite una posibilidad; en consecuencia, se elimina la discrecionalidad de la administración. Esta teoría, sustentada, entre otros, por Garcia de Enterría, supone que el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa[30], de lo cual se infiere que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas.

En ese sentido, el concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la cual se le considera parte de la actividad vinculada o reglada: de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad, sino de calidad. De esa misma manera, si la tarea de subsunción en los determinados jurídicos es casi de aplicación automática, por ejemplo: autorizar licencia de conducir a partir de los 18 años, por el contrario, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa, por ejemplo: la urgencia existe o no; tales bienes son de interés cultural o no, razón por la cual sólo es admisible una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Asimismo, es importante a señalar en relación con estos conceptos, es que la Administración no dispone en su aplicación, de poder discrecional alguno, por lo que la

actividad administrativa que se realicen utilizándolos, puede y debe estar efectivamente sujeta a control judicial contencioso administrativo.

Ciertamente cuando se aplican estándares, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de aceptación universal, tales como la idoneidad, la urgencia, la oferta más ventajosa, que implican en el caso concreto actuar conforme a ciertas pautas objetivas y universales, estamos frente a conceptos jurídicos indeterminados y, por lo tanto, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y, por ende, determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo regulado o vinculado.

IV. ¿La determinación de la oferta más conveniente es una potestad discrecional o un concepto jurídico indeterminado?

La Administración Pública para decidir cuál es la oferta más conveniente, no goza de amplio margen, como hemos indicado en el cuerpo de este trabajo, que esta determinación se encuentra sujeta al cumplimiento de elementos reglados. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sostiene que, cuando la Administración debe aplicar estos conceptos, solo existe solo una decisión que es jurídicamente válida. De ahí que el proceso de aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados esté reglado. Esto es así porque no admite más que una única solución justa; en efecto, se trata de un proceso de aplicación e interpretación de la ley.

Para los autores que defienden esta posición, en estos casos estamos ante un margen de apreciación, pero no de discrecionalidad. Para Beltrán Gambier, en suma, “cuando la ley utiliza la expresión oferta más conveniente, la elección de la oferta no habilita el ejercicio de una actividad discrecional, pues estamos en presencia de los denominados conceptos jurídicos indeterminados...” [31]. Es por eso por lo que, según su criterio, la actividad de la Administración será reglada. Evidentemente, en la medida en que se entienda que la actividad de la Administración está sujeta a pautas o normas que cercenan la libre actividad y la colocan ante el inequívoco y claro camino de cumplir la función que la norma propone, no quedaría ninguna abertura para el ejercicio de discrecionalidad.

Para algunos autores, como Balbín y Sesín, la oferta más conveniente constituye, en principio, un concepto jurídico indeterminado, porque la propuesta debe cumplir con las condiciones que exige el pliego de condiciones, siempre que la Administración identifique previamente los criterios que deben emplearse para analizar la oferta más conveniente, solo advierten, “que únicamente, en caso de que existan dos o más propuestas que cumplen de igual modo con las condiciones contractuales se podrá decidir discrecionalmente”. [32] De ahí que sostengan que la oferta más conveniente es un concepto reglado, sin perjuicio de que en ciertos aspectos reviste carácter parcialmente discrecional, sin embargo, en la normativa que rige la contratación pública dominicana, se establece que la Administración deberá decidir con criterios objetivos y previos aquella que mejor satisface el interés general, estableciendo metodologías para su adjudicación, tales como el sorteo entre las ofertas que terminen

acumulando iguales valoración, lo que conduce siempre a una solución única como válida.

Ciertamente, la oferta más conveniente es la que cumple, y mejor que las otras, con las condiciones que exige el pliego de condiciones específicas, condiciones previamente definidas por la Administración, lo que lleva a una única solución justa, siendo una característica de los conceptos jurídicos indeterminados. La normativa que rige la contratación pública establece que la Administración deberá decidir con criterios objetivos y previos aquella que mejor satisface el interés general, estableciendo metodologías para su adjudicación, tales como criterios de sustentabilidad, valor por dinero, entre otros, en otras palabras, es la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta tales como precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, antecedentes en obras similares, justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la utilidad, responsabilidad social o eficacia de la prestación; la demostración de la relación inmediata entre la ventaja de la prestación con el objeto y las funciones que debe cumplir, de modo que cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la oferta más conveniente encierra la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, como hemos ido explicando, tiene como principal objetivo la restricción del empleo de la discrecionalidad. Es así como transita sobre la elección de una interpretación única para resolver una situación determinada o la existencia de un margen de apreciación que permitiría a la Administración Pública valorar e interpretar el caso concreto para poder tomar una decisión. Aquellos conceptos utilizados por la ley en calidad de marco de límites conceptuales abiertos, pero que en cada circunstancia precisa admiten una sola solución justa, apreciable, en última instancia, por el juez. Esta última circunstancia, además, justificaría la posibilidad de actuación del Poder Judicial en sustitución a las decisiones de la Administración constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Empero, para Sesín,

... los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

No obstante, somos de la opinión que los conceptos jurídicos indeterminados, como lo constituye la oferta más conveniente, encierran una valoración subjetiva de la Administración, pues, a ella le corresponde determinar las condiciones de su ventaja de conformidad a elementos reglados, pero en esa valoración no hay una apreciación de oportunidad o un acto volitivo de la Administración, sino más bien un acto intelectual, el de definir previamente los requisitos y condiciones que debe reunir para que una oferta resulte ser la más conveniente.

En mi criterio, los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada a reglas técnicas, estándares objetivos, entre otros, pero no como un ejercicio discrecional, en otras palabras, es que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro y no volitivo de la Administración. Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por un riguroso orden de antigüedad; o cuando, según los pliegos de condiciones específicas que rigen la contratación, se determina que la oferta más ventajosa es la de menor precio, o aquella que reúne las condiciones técnicas y económicas más ventajosas previamente descritas. La realización del concepto de idoneidad y de oferta más ventajosa se efectiviza, siguiendo un procedimiento cabalmente objetivo.

En fin, como bien advierte la doctrina, en los conceptos jurídicos indeterminados, la ley hace referencia a un ámbito de realidad, cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado; no obstante, es clara la intención del legislador de delimitar un supuesto concreto, porque se trata de conceptos “que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”[33]. De ahí que la Administración debe referirse a supuestos concretos que apunten a determinar la oferta más conveniente y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto.

Sesín plantea que los conceptos jurídicos indeterminados no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso, sobre el mismo esquema normativo, expresa que hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad, tal como el supuesto de que dos oferentes presentan ofertas de igual precio señala que determinar la oferta que será adjudicada si la norma no establece nada al respecto, podría afirmarse en su selección una modalidad discrecional, aunque sea mínima.

Sin embargo, somos de opinión que la Administración al determinar la oferta más conveniente hace una valoración intelectual en un marco reglado que permiten llegar a una solución justa, características que no se dan en el ejercicio de la potestad discrecional, ya que esta implica completar de manera creativa la ley en un caso en concreto, donde pueda dar lugar a varias soluciones justas y válidas.

Para Sainz Moreno, la indeterminación del concepto jurídico enunciado no debe entenderse como una indeterminación de las aplicaciones de este, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso, “se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado”[34]. García Enterría y Fernández distinguen entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad de esta manera:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional[35].

De ese criterio de García Enterría y Fernández, como señala Brewer-Carías, surge entonces otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, en la primera la operación que debe realizar la Administración es siempre de naturaleza volitiva, En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados el ejercicio que realiza la Administración es de naturaleza intelectual[36].

La Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en la sentencia de 27 de abril de 1989, dictaminó lo siguiente:

El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y, por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada.

Por consiguiente, ante el control judicial de una decisión de la Administración en determinar la oferta más conveniente, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el juez debe buscar si la solución a la que se ha alcanzado es la única solución justa que la ley permite. En el caso de que la Administración haya actuado en contra, estaría facultado para sustituirla en su decisión, es decir, el juez estaría autorizado a identificar cuál es la oferta más conveniente para la entidad contratante en un procedimiento de contratación pública. En cambio, la decisión de la Administración Pública resultante del ejercicio de su potestad discrecional, el juez debe

limitarse a fiscalizar la legalidad de su actuación y no ejercer control sobre los criterios de oportunidad que haya empleado.

En conclusión, que, estableciendo metodologías para la adjudicación, tales como criterios de sustentabilidad, valor por dinero, entre otros. La selección de la oferta más conveniente será el resultado de la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta tales como precio, plazo, plan de ejecución, aspectos técnicos, antecedentes o experiencias, ponderación del valor económico frente a otros valores vinculados a la utilidad, responsabilidad social o eficacia de la prestación, de modo que cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra limitada exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que en la elección de la oferta más conveniente se aprecie cuestiones de hecho concomitantemente a consideraciones técnicas y jurídicas.

Referencias Bibliográficas

- Brewer-Carías, Allan R. *La Técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*. Universidad Central de Venezuela.
- Comadira, Julio R. (coord.) - Escola, Jorge H. (colab.) - Comadira, Julio P. (actualizador), *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, t. II.
- Concepción Acosta, Franklin E. *La Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo: con doctrina y jurisprudencia dominicana y comparada, sistematizada con el régimen administrativo vigente*. Impresora Soto Castillo, 2016.
- Cordón Moreno, Faustino. "El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales". *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2003, vol. 1, pp. 141-169.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, 2000, Madrid, España.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983.
- Gambier, Beltrán, "El concepto de "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)", LL, 1988-D-744.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo I, Parte general, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Ivanega, Miriam Mabel. "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora". *Revista de derecho administrativo*, (4), 2008, 107-120.
- López Peña, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Marcheco Acuña, Benjamín. "El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia, vol. 39, núm. 110, enero-junio, 2009, pp. 57-75.
- Mocoroa, Juan. "La determinación de la "oferta más conveniente" en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", *Revista El Derecho*, Universidad Católica de Argentina, 2019, N.º 14.661.
- Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Madrid, España, 2015.
- Parejo Luciano, Alfonso. *Crisis y Renovación del Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.
- Parejo Alfonso Luciano. "La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas", en *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel-Derecho, 4ta. edición corregida aumentada, Barcelona, 1998.
- Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas ISSN: 0120-3886 revista.derecho@upb.edu.co Universidad Pontificia Bolivariana Colombia.
- Rosario García, Argenis. "La Administración pública es para hacer feliz a la gente". *Gaceta Judicial*, año 23, número 388, agosto 2019.
- Sainz Moreno, Francisco, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- Sesín, Domingo. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa". *Documentación Administrativa*, núms. 269-270, pp. 87-100.
- Constitución de la República Dominicana, promulgada en 2015.

Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo. G.O. núm. 10722, del 8 de agosto de 2013.

[1] Doctora en Derecho graduada Magna Cum Laude de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Máster en Resolución de Conflictos y Mediación Universidad Europea del Atlántico y Universidad Internacional Iberoamericana - UNINI Puerto Rico, Especialista en Sociedad Civil y Políticas Públicas del Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC), Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Instituto Superior de Defensa (INSUDE), Máster (C) en Derecho Administrativo y Regulación Económica (PUCMM). Becaria del Programa de Líderes del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Ha laborado en la administración pública como abogada en el Senado de la República y en la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo. Fue Miembro de los Cuerpos Colegiados del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL y en la actualidad es Miembro de la Lista de Árbitros del Centro de Resolución Alternativa de Controversias (CRC) de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo. El 17 de agosto de 2020, mediante el Decreto del Poder Ejecutivo No. 348-20, es designada como subdirectora general de Contrataciones Públicas de la República Dominicana, desde esas funciones ha liderado la elaboración del proyecto Ley General de Contrataciones Públicas, la implementación de un nuevo modelo de atención a la ciudadanía, el código de pautas éticas e integridad que rige el sistema de contratación pública así como los mecanismos de control ciudadano a las compras gubernamentales, entre otros.

[2] La Ley núm. 340-06, sobre compras y contrataciones de bienes, servicios y obras, de 18 de agosto de 2006, establece los principios y normas generales que rigen la contratación pública de la Administración Pública. Esta ley fue modificada por las leyes núm. 449-06, 47-20 y 6-21. En lo adelante, se referirá como la Ley núm. 340-06.

[3] Este y los siguientes subrayados son nuestros.

[4] El numeral 1 del artículo 16 de la Ley núm. 340-06 define la licitación pública nacional de la siguiente manera: "Es el procedimiento administrativo mediante el cual las entidades del Estado realizan un llamado público y abierto, convocando a los interesados para que formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará la más conveniente conforme a los pliegos de condiciones correspondientes. Las licitaciones públicas podrán ser internacionales o nacionales".

[5] El artículo 26 de la Ley núm. 340-06 establece que "la adjudicación se hará en favor del oferente cuya propuesta cumpla con los requisitos y sea calificada como la más conveniente para los intereses institucionales y del país, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones que se establezcan en la reglamentación, de acuerdo con las ponderaciones puestas a conocimiento de los oferentes a través de los pliegos de condiciones respectivos".

[6] El reglamento de aplicación de la Ley núm. 340-06 fue aprobado mediante Decreto núm. 543-12, de 6 de septiembre de 2012. En lo adelante, se referirá como el reglamento de aplicación de la ley.

[7] El artículo 102 del reglamento de aplicación de la ley establece que "la entidad contratante adjudicará mediante acto administrativo debiendo notificarlo al adjudicatario y al resto de los participantes, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del acta de adjudicación. En dicho acto administrativo deberán especificarse los criterios de evaluación que, estando previamente definidos, hayan permitido al adjudicatario obtener la calificación de oferta más conveniente".

[8] El artículo 109 del reglamento de aplicación de la ley dispone que "En la situación de que no se llegare a suscribir el contrato con el primer adjudicatario, por causas imputables al mismo, los peritos, a pedido de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, podrán examinar las demás propuestas, con el objeto de determinar la más conveniente para los intereses institucionales y proceder a la adjudicación, según el orden de mérito o el reporte de lugares ocupados".

[9] Párrafo del artículo 26 de la Ley núm. 340-06: "Cuando se trate de la compra de un bien o de un servicio de uso común incorporado al catálogo respectivo, se entenderá en principio, como oferta más conveniente la de menor precio".

[10] Art. 34 de la Ley núm. 340-06 "El Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones se organizará en función de los criterios de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa, teniendo como fin general el de procurar la excelencia y transparencia en las contrataciones del Estado y el cumplimiento de los principios de esta ley".

[11] Rosario García, Argenis. "La administración pública es para hacer feliz a la gente". Gaceta Judicial, año 23, número 388, agosto 2019.

[12] Brewer-Carías, Allan R. *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*. Universidad Central de Venezuela, 2005.

[13] La Ley núm. 107-13, sobre el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, fue promulgada el 6 de agosto de 2013. En lo adelante, se referirá como la Ley núm. 107-13.

[14] Concepción Acosta, Franklin E. *La Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo: con doctrina y jurisprudencia dominicana y comparada, sistematizada con el régimen administrativo vigente*. Impresora Soto Castillo, 2016.

[15] Ivanega, M. M. (2008). "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora". *Revista de derecho administrativo*, (4), 107-120.

- [16] Parejo Alfonso Luciano, "La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas", en *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel-derecho, 4ta. edición corregida aumentada, Barcelona, 1998, p. 369.
- [17] Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo I, Parte general, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, p. 300.
- [18] García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, 2000, Madrid, España.
- [19] Las negritas son nuestras.
- [20] Artículo 3.1 de la Ley núm. 340-06: "Principio de eficiencia. Se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración. Los actos de las partes se interpretarán de forma que se favorezca al cumplimiento de objetivos y se facilite la decisión final, en condiciones favorables para el interés general".
- [21] Artículo 3.2 de la Ley núm. 340-06: "Principio de igualdad y libre competencia. En los procedimientos de contratación administrativa se respetará la igualdad de participación de todos los posibles oferentes. Los reglamentos de esta ley y disposiciones que rijan los procedimientos específicos de las contrataciones no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes".
- [22] Artículo 3.4 de la Ley núm. 340-06: "Principio de economía y flexibilidad. Las normas establecerán reglas claras para asegurar la selección de la propuesta evaluada como la más conveniente técnica y económicamente. Además, se contemplarán regulaciones que contribuyan a una mayor economía en la preparación de las propuestas y de los contratos".
- [23] Artículo 3.9 de la Ley núm. 340-06: "Principio de razonabilidad. Ninguna actuación, medida o decisión de autoridad competente en la aplicación e interpretación de esta ley deberá exceder lo que sea necesario para alcanzar los objetivos de transparencia, licitud, competencia y protección efectiva del interés y del orden público, perseguidos por esta ley. Dichas actuaciones medidas o decisiones no deberán ordenar o prohibir más de lo que es razonable y justo a la luz de las disposiciones de la presente ley".
- [24] Artículo 8, párrafo II, de la Ley núm. 340-06: "Las entidades públicas no impondrán criterio, requisito o procedimiento alguno para evaluar la idoneidad y capacidad de los proponentes, diferentes a aquéllos que hayan quedado descritos en el pliego de condiciones".
- [25] Artículo 20 de la Ley núm. 340-06: "El pliego de condiciones proporcionará toda la información necesaria relacionada con el objeto y el proceso de la contratación, para que el interesado pueda preparar su propuesta".
- [26] Cordón Moreno, Faustino. "El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales". *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2003, vol. 1, p. 149.
- [27] Sesín, Domingo. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa". *Documentación Administrativa*, núms. 269-270, p. 88.
- [28] *Ibídem*, p. 93.
- [29] López Peña, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- [30] García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. Civitas. Madrid, 1983, pp. 27-28.
- [31] Gambier, Beltrán, El concepto de "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial), LL, 1988-D-744.
- [32] Sesín, Domingo. *Op. Cit.*, p. 96
- [33] Mocoeroa, Juan. "La determinación de la "oferta más conveniente" en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", *Revista El Derecho*, Universidad Católica de Argentina, 2019, N.º 14.661.
- [34] Sainz Moreno, Francisco, *Op. Cit.*, págs. 68 y 70.
- [35] García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. *Op. Cit.*
- [36] Brewer-Carías, Allan R. *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*. Universidad Central de Venezuela, 2005.

El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad

Adolfo Martínez Martínez

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana -también conocido por sus siglas en español TC- fue creado con la emisión de la reforma constitucional del 26 de enero del año 2010. Con el propósito de garantizar la supremacía de la Carta Magna, la protección de los derechos fundamentales y defensa del orden constitucional para consolidar el Estado social y democrático de derecho. Las decisiones tomadas por dicho tribunal constarán de un precedente vinculante para todos los poderes públicos y los órganos del estado. Dichas decisiones son definitivas e irrevocables.

El Tribunal Constitucional es independiente de los demás poderes públicos y órganos del Estado. Para certificar esta característica posee autonomía administrativa y presupuestaria. El poder de dicho órgano proviene en parte de los artículos 184 y 185 de la Constitución dominicana. A mi parecer, el TC es el órgano con el mayor poder adquirido por la Carta Magna.

En la República Dominicana existen dos principios primordiales para garantizar en mayor medida una justicia constitucional, los cuales son: el control difuso de constitucionalidad o como se conoce en derecho comparado modelo americano, que permite apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la ley a la cual se está llevando un proceso de revisión. Este puede ser ejercido por todos los jueces de los tribunales del país, sin distinción de jerarquía. Dicha herramienta tiene un efecto *Inter partes*, es decir, que solo influye en la decisión entre las partes de ese caso en específico; y el control concentrado de constitucionalidad o como se conoce en derecho comparado modelo europeo, similar al anterior este le permite al juez considerar la constitucionalidad y la inconstitucionalidad de una norma jurídica -ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza- si se considerara necesario, pero a distinción del difuso, este tiene un efecto vinculante en la norma sobre la cual se está llevando el proceso de revisión, es decir, que la decisión tomada por el juez tiene un poder anulatorio que pudiere llegar a expulsar dicha ley de nuestro ordenamiento jurídico -a dicho efecto vinculante se le denomina *erga omnes* que quiere decir que se les aplica a todos los procesos que lleven esta ley-. Esta potestad solo puede ser ejercida por el Tribunal Constitucional.

En caso del control difuso, esa acción se le denomina excepción de constitucionalidad y en el caso del control concentrado se le denomina acción directa de inconstitucionalidad.

El control difuso no trata de un proceso constitucional que tiene por objeto específico controlar la constitucionalidad de una ley, sino de una decisión judicial que se adopta en un proceso judicial cualquiera, con un objetivo específico, en el cual, para decidirlo, se aprecia la inconstitucionalidad de la ley. Por ello, la decisión tomada por el juez solo consta de validez exclusivamente para las partes de ese caso. Dicho de este modo, se comprende que las excepciones de constitucionalidad ejercidas por el control difuso no

condicionan la decisión que pueda emitir otro tribunal respecto a la misma norma jurídica. El juez, en estos casos, no anula la ley, sino que la considera inconstitucional para el objeto del caso.

Para que el Tribunal Constitucional pueda iniciar la aplicación del proceso de una acción directa en inconstitucionalidad, esta deberá ser interpuesta a instancia de cualquier persona o entidad con un interés legítimo y jurídicamente protegido.

El reconocimiento de un método de control mixto o integral de constitucionalidad de las normas en el ordenamiento jurídico dominicano ha creado un debate de sumo interés entorno a la facultad del Tribunal Constitucional de conocer en atribuciones de amparo de las excepciones de inconstitucionalidad planteadas por las partes dentro de un caso.

Según el juicio mayoritario, el Tribunal Constitucional no puede conocer de la excepción de inconstitucionalidad, debido a que esta competencia corresponde exclusivamente a los jueces del Poder Judicial. Esta tesis se apoya en el artículo 51 de la Ley número 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. En dicho texto se establece lo siguiente:

***“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”.*

Pero, al contradecirse dicho artículo de dicha ley con el artículo 188 de la Constitución dominicana, considero que se debe hacer una ponderación sobre cuál mandato pesa más, si la Ley número 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales o la Carta Magna de nuestro país.

La razón por la cual el Tribunal Constitucional sustenta la falta de uso de dicha facultad la explica Roberto Medina Reyes, en un artículo de su portal web donde expresa lo siguiente: “el control difuso dentro de un recurso de revisión constitucional de sentencias de amparo, -en el cual el Tribunal Constitucional puede abocarse a conocer el fondo del asunto-, plantea una cuestión anómala que escapa de las atribuciones taxativamente confiadas al Tribunal Constitucional conforme al artículo 185 de nuestra Carta Magna y la Ley No. 137-11” (párr. i).”.

Contrario a lo planteado por el TC, considero que el control de constitucionalidad ya sea concentrado o difuso es parte de las facultades otorgadas al Tribunal Constitucional para lograr su cometido de salvaguardar tanto los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y lograr una justicia constitucional eficiente para la población. Aunque en esencia el TC se creó particularmente para conocer las acciones directas de inconstitucionalidad, el artículo 185 de nuestra Carta Magna, afirma

explícitamente que este órgano es competente para conocer otras materias que diga la ley, como puede ser sentencias del Tribunal de Amparo o decisiones de otros tribunales.

Además, el propio Tribunal Constitucional reconoce la existencia del control difuso de constitucionalidad en el octavo considerando de Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales lo siguiente: *“Que el control difuso de la constitucionalidad fue otorgado a los tribunales del Poder Judicial, los cuales por disposición de la propia normativa constitucional, tienen la facultad de revisar, en el marco de los procesos sometidos a su consideración, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico dominicano.”*.

Por otro lado, cabe resaltar que, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0670/16:

“... el Tribunal Constitucional, como único órgano calificado para estatuir acerca de la constitucionalidad de una norma jurídica por la vía concentrada, mediante una acción directa de inconstitucionalidad, no debe –y de hecho no puede– ejercer también el control difuso de constitucionalidad cuando se encuentra apoderado de un recurso de revisión –sea de sentencia de amparo o de decisión jurisdiccional–, debido a que el legislador le ha confiado dicha potestad a los jueces o tribunales del Poder Judicial, conforme al artículo 51 de la Ley número 137-11.”

Esto se pudiere interpretar como que el uso de una excepción de constitucionalidad de parte del TC supondría una marcada contradicción con su fisonomía, cuestión traducible en una inminente violación a las reglas de competencia delimitadas en la Constitución y ley de procedimientos constitucionales, ya que se estarían rebasando los poderes que le han sido conferidos por la normativa constitucional vigente.

En la anteriormente mencionada sentencia TC/0670/16, el Tribunal Constitucional se vio obligado a retractarse y declarar que se reiteraban las decisiones tomadas en las sentencias TC/0177/14, TC/0116/16 y TC/0270/16, en las cuales dicho tribunal había fungido su potestad otorgada por nuestra Carta Magna para ejercer el control difuso de constitucionalidad por motivos. Por lo cual, el TC se vio obligado a fallar en contra de sus propias decisiones. Dando a relucir una falla por parte de un órgano que debería ser visto como infalible para dar un buen uso de sus facultades y cumplir con su misión de garantizar la Constitución y proteger los derechos fundamentales de las personas.

A mi parecer, considero que el motivo por el cual el TC no hace un mayor uso de esta facultad, se debe a que prefiere que sus decisiones sean sobre casos sustanciales, vitales y significativos que repercutan favorablemente al ordenamiento jurídico y no sobre situaciones que puedan limitarse a favorecer a particulares. Como sabemos, el efecto vinculante que tienen sus sentencias deja sin efecto para fines prácticos una ley, aunque esta no sea extirpada del ordenamiento. Por eso, pienso que para el Tribunal Constitucional es más importante que la población se dé cuenta que las decisiones

tomadas son por el bienestar general de la población y no por una interpretación de la viabilidad de una norma en un caso de excepción constitucional.

Tomando en cuenta la similitud de los sistemas de justicia constitucionales de los países latinoamericanos Colombia y Perú con el nuestro, podemos tomar como referencia la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional peruano para comparar el funcionamiento sus controles con el de nuestro Tribunal Constitucional. Como se explica en la última sentencia mencionada:

“La Corte Constitucional de Colombia considera que los jueces del sistema tienen el deber y la obligación de conocer de las excepciones de inconstitucionalidad y en lo que a ella respecta, también despliega dicha facultad cuando conoce de un recurso de revisión de sentencia de tutela, recurso que es similar a nuestro recurso de revisión contra sentencia de amparo.”

Por último, en el Tribunal Constitucional de Perú, al igual que la Corte Constitucional de Colombia, conoce las excepciones de inconstitucionalidad. Un ejemplo lo constituye una sentencia emitida el 9 de mayo del 2011 por dicho tribunal. Mediante esta sentencia fue declarado inconstitucional el literal 4, del artículo 2001 del Código Civil. Dicho texto establece un plazo de dos años de prescripción para la ejecución de las sentencias que fijan una pensión alimenticia en beneficio de los menores de edad. Tal declaratoria de inconstitucionalidad fue hecha en ocasión de un recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene aptitud para conocer de las excepciones de inconstitucionalidad -control difuso de constitucionalidad-, en virtud de lo previsto en el artículo 188 de nuestra Carta Magna. Por otra parte, dada las características del sistema de justicia constitucional vigente existe la posibilidad de que ante dicho tribunal se plantee la indicada excepción. La posibilidad de que se presenten excepciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional se debe, fundamentalmente, a que este órgano no solo conoce de las acciones de inconstitucionalidad, sino también de los recursos de revisión constitucional utilizados para garantizar una justicia constitucional efectiva de parte del máximo intérprete de la Constitución. En cuyo conocimiento despliega una labor jurisdiccional muy similar a la que realizan los tribunales del orden judicial.

Considero que la razón por la cual el TC no hace función de la anterior potestad mencionada es debido a la característica *Inter partes* que posee el control difuso al contrario del *erga omnes* que posee el control concentrado característico de dicho tribunal. El control difuso, aunque conste de un efecto *Inter partes*, se le ha de añadir cuando es ejercido por el Tribunal Constitucional el efecto vinculante a la norma que se le está haciendo revisión. Dicho esto, podemos concluir que, si bien la norma quedaría vigente en el ordenamiento jurídico, esta quedaría sin efecto para fines prácticos. Por lo que, la inaplicación de una ley para un caso concreto quedando vigente para el resto de los casos. Siendo este el caso, el TC no cometería ningún acto de inconstitucionalidad y estaría en sus facultades para fungir ambos controles.

Bibliografía:

Brewer-Carías, A. R. (s. f.). *El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la ley orgánica del tribunal constitucional y de los procedimientos constitucionales (2011)* 1. Scielo.cl. Recuperado 30 de octubre de 2022, de <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art11.pdf>

Constitución Dominicana del 2015. (s. f.). Gob.do. Recuperado 30 de octubre de 2022, de https://www.dgcp.gob.do/transparencia/documentos/base_legal_institucional/Constituci%C3%B3n%20Dominicana%202015.pdf

El Tribunal Constitucional y el control difuso. (s. f.). vLex. Recuperado 30 de octubre de 2022, de <https://vlex.com.pe/vid/tribunal-constitucional-control-difuso-77239907>

El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad. (s. f.). Roberto Antonio Medina Reyes. Recuperado 30 de octubre de 2022, de <http://www.robertomedinareyes.com/el-tribunal-constitucional-y-el-control-difuso-de-constitucionalidad.html>

Ley o. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. o. 10622 del. EL CONGRESO NACIONAL En nombre de la República. (15 de junio de 2011). Recuperado 27 de noviembre de 2022, de Gob.do website: https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf

Morel, V. A. L. (s. f.). *El gobierno de los jueces y los límites del juez constitucional: una visión del caso República Dominicana*. Edu.do. Recuperado 30 de octubre de 2022, de <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/Documents/revista-iuris/El-gobierno-jueces-los-limites-del-juez-constitucional-IF2.pdf>

Prats, E. J. (2021, julio 30). *El control difuso ejercido por el Tribunal Constitucional*. Hoy Digital. <https://hoy.com.do/el-control-difuso-ejercido-por-el-tribunal-constitucional/>

Reyes, R. M. (2019, noviembre 27). *El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad*. Acento. <https://acento.com.do/opinion/el-tribunal-constitucional-y-el-control-difuso-de-constitucionalidad-8754614.html>

Tribunal Constitucional. (s. f.). Gob.do. Recuperado 30 de octubre de 2022, de <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sobre-el-tc/sobre-nosotros/qui%C3%A9nes-somos/>

Tribunal Constitucional. (2016, diciembre 14). Recuperado 24 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc067016>

Tribunal Constitucional. (27 de mayo 2019). Recuperado 28 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc011119/>

Tribunal Constitucional. (11 de enero 2017). Recuperado 28 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc001917>

Tribunal Constitucional. (14 de diciembre 2016). Recuperado 28 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc066216>

Tribunal Constitucional. (13 de agosto 2014). Recuperado 28 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc017714>

Tribunal Constitucional. (02 de noviembre 2015). Recuperado 28 de noviembre de 2022, de Gob.do website: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc044815>

Pinceladas sobre la tributación de los criptoactivos

Chaly Nicole Cruz Pozo

Nuestra sociedad y economía se ha visto notablemente afectada por nuevos desarrollos tecnológicos e innovaciones computacionales. Una afectación notable ha sido el aumento del uso de los activos virtuales o digital como las criptomonedas. De pocos años hasta ahora, son cada vez más las transacciones que se realizan con monedas digitales, pero ¿sabemos su alcance? ¿conocemos su impacto fiscal?

Ha sido evidente como los criptoactivos han transformado la forma en las cuales se tranzan ciertas operaciones o compra y venta de bienes y servicios en la economía. Las autoridades de los países, los organismos internacionales han tenido de sumarse rápidamente al análisis de estas operaciones e iniciar una carrera para su regulación. Carrera que aún estamos cursando.

“Creo que el internet va a ser una de las principales fuerzas para reducir el papel del gobierno. Lo único que falta, pero que pronto se desarrollara es un efectivo electrónico fiable.” Milton Friedman.

1. Nociones generales de los criptoactivos

No existe actualmente una definición de criptoactivos que haya sido aceptada de manera oficial. Podemos afirmar que los criptoactivos son un tipo de activo virtual o digital cuyo origen está en la criptografía¹²², es decir, son activos virtuales no tangibles con un valor otorgado por el mercado. De acuerdo con Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), los criptoactivos o criptomonedas, son monedas virtuales distribuidas, de fuentes abiertas, basada en matemáticas persona a persona que no cuentan con una autoridad central de administración y ningún monitoreo o supervisión central¹²³. Existen, desde el 2009 a la fecha, más de 10,000¹²⁴ tipos de criptoactivos diferentes.

Al no hallarse una definición oficial del término, existe un espectro amplio de productos digitales que se emiten de forma privada con tecnología similar a la criptografía y que pudieran entrar dentro de la categoría de *criptoactivos*. El término más utilizado, y pudiera computarse como el pionero bajo esta tecnología, está el *bitcoin*; pero también existen otros términos y conceptos como, *activo virtual*, *activo financiero*, *activo digital*.

Entonces, ¿dónde y cómo nacen las operaciones con criptoactivos? Desde 1983, David Chaum, criptógrafo, desarrolló un sistema que integraba la criptografía con el dinero de manera electrónica, que en su momento se denominó *eCash*. Posteriormente, en 1995, desarrolló otro sistema, *DigiCash*, que empleaba la criptografía para volver anónimas

¹²² De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, la criptografía es el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático. La criptografía es una práctica que consiste en proteger información mediante el uso de algoritmos codificados, hashes y firmas

¹²³ GAFI, (2015). Directrices para un Enfoque basado en Riesgo: Monedas Virtuales. FATF/OCDE.

¹²⁴ Según la Escuela de Negocios de la Innovación y los Emprendedores a 25 de marzo de 2021.

las transacciones de dinero, sin embargo, ambos sistemas aún dependían de una institución centralizada para la emisión y liquidación del dinero.

Pero, no fue sino hasta el 2008, que Nakamoto¹²⁵ puso en funcionamiento la primera moneda digital, llamada *bitcoin*¹²⁶, que trajo consigo el inicio de la minería¹²⁷. Constituía un proyecto de código abierto, que permite un sistema de pago descentralizado, es decir, no respaldado ni controlado por ningún Estado o banco central. Sin duda alguna, el *bitcoin* es la criptomoneda más conocida pero como pudimos validar no es la única del mercado ni fue la primera.

1.1. Conceptualización de los criptoactivos en el derecho comparado

Haciendo referencia al origen etimológico de la palabra *criptografía* de donde se deriva *criptoactivos*, se puede desglosar en dos partes,

- (1) '*kryptós*', que significa recubierto, oculto y,
- (2) '*grafein*' cuyo significado es escribir.

En ese sentido, los criptoactivos son meramente códigos almacenados, a los que se accede electrónicamente¹²⁸. La tecnología utilizada para las operaciones de los criptoactivos funciona de forma descentralizada (peer-to-peer), lo que elimina la necesidad de intermediación. La tecnología de registro que utilizan la mayor parte de los criptoactivos se denomina blockchain, que es una clase específica de tecnología Distributed Ledger Technology (DLT)¹²⁹.

Algunos países han ido regulando y estableciendo consideraciones sobre los activos virtuales. Conforme la regulación de Chile, dentro de la Ley Fintech publicada en enero de 2023, se define a los criptoactivos o activos virtuales financieros como aquella representación digital de unidades de valor, bienes o servicios, con excepción de dinero, ya sea en moneda nacional o divisas, que pueden ser transferidos, almacenados o intercambiados digitalmente¹³⁰.

Por su parte, Colombia a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ha definido los criptoactivos como bienes inmateriales e intangibles susceptibles de tener un valor medible, pues se obtienen a través de una transacción

125 Satoshi Nakamoto, seudónimo

126 Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: a peer -to-peer electronic cash system. Disponible en línea: [bitcoin.pdf](#)

127 Minería, dentro de este ámbito, la podemos definir como la validación de las transacciones con criptomonedas.

128 Narain, A.; Moretti, M. La regulación de los criptoactivos. Fondo Monetario Internacional, 2022 Disponible en línea: [Regulación de los Criptoactivos \(imf.org\)](#)

129 Conesa, C. (2019) Bitcoin: ¿Una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Documentos Ocasionales N.º 1901. Banco de España. ISSN: 1696-2230 (edición electrónica). [Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?. Documentos Ocasionales N.º 1901. \(bde.es\)](#)

130 Ley Fintec No. 21521 del 22 de diciembre de 2022, que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros. Disponible en: [Ley Chile - Ley 21521 - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#)

previa y logran proporcionar a su poseedor beneficios económicos futuros razonablemente estimables. Siendo bienes, deben formar parte del patrimonio del contribuyente.

México en su Ley para regular las instituciones de tecnología financiera, de 2018¹³¹, establece que un activo virtual es la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos y no se entenderá como una moneda de curso legal.

1.2. Clasificación de los criptoactivos

Si bien existen un sin número de criptoactivos o monedas virtuales actualmente, las diferencias fundamentales que presentan se encuentran basadas en la tecnología utilizada y la base o filosofía del diseño. No existe tampoco una clasificación oficial de los criptoactivos, pero si podemos afirmar que la mayoría de las criptomonedas emplean la tecnología blockchain, pero cada una implementa ciertas variaciones que permiten innovar una frente a otras.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a través de su Informe 132 sobre *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, sugiere una clasificación basada en la función económica, a saber: tokens de pago, tokens de utilidad o tokens de seguridad.

1.2.1. Tokens de pago

Supone una semejanza con las monedas regulares o tradicionales. Son utilizadas para medios de intercambios de bienes y servicios, y son llamadas *monedas virtuales*. Dentro de este grupo, podemos mencionar al *bitcoin*, *ethereum*, *altcoins*, *stablecoin*, entre otros.

1.2.2. Tokens de utilidad

Son activos virtuales negociables con fines de inversión y clasificados como un valor según las leyes aplicables en cada país. Por ejemplo, TZero (t0), permite a las empresas crear y emitir activos simbólicos a los inversores y se encuentra regulado por la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) y FINRA¹³³.

1.2.3. Tokens de seguridad.

¹³¹ Ley para regular las instituciones de tecnología financiera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018, publicada en fecha 20 de mayo de 2021. Disponible: [Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera \(diputados.gob.mx\)](http://diputados.gob.mx)

¹³² OECD (2020). Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues. OECD, Paris. Disponible en línea: [Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/tax/taxing-virtual-currencies/)

¹³³ Ver más [tZero \(t0\) - Traders Studio](https://www.tzero.io/)

Facilitar el intercambio o el acceso a bienes o servicios específicos, y persiguen financiamientos y afiliaciones dentro de las empresas que las emiten.

Cabe indicar que esto es únicamente una sugerencia, dado que algunos criptoactivos no pueden clasificarse bajo ninguno de estos parámetros o bien, pueden encontrarse en múltiples categorías. También influiría mucho como las jurisdicciones o los estados empiecen a regular estos criptoactivos, dado que pudieran resultar en una categoría diferente tomando en consideración los desafíos que impliquen, el patrimonio o las implicaciones fiscales.

1.3. NFT: *non-fungible token*

No todos los criptoactivos son considerados como monedas virtuales, dentro de la gama de variadas existentes, se han creado nuevas clases, tales como los tokens no fungibles o NFTs por sus siglas en inglés (“non fungibles tokens”). La gran particularidad de este criptoactivos es que es único en su especie, tiene características singulares que no permiten que puedan ser intercambiado.

Entre las características principales, podemos resaltar las siguientes:

- Representan activos como objetos de arte, colección.
- Son indivisibles, irrepetibles.
- Son datos de representación digital irrepetible
- La prueba de la propiedad es el mismo token que es registrado en la cadena de bloques.

Cualquier imagen puede ser convertida, comprada y vendida como NFT. Ahora bien, un NFT tiene la particularidad que la propiedad es única e indivisible. Esto sucede porque, la tecnología utilizada para los NFT puede garantizar su autenticidad.

Cabe indicar, sobre todo, para fines de propiedad intelectual, adquirir o comprar un NFT no quiere decir que se haya adquirido la obra de que se trata o un bien u obra subyacente. Lo adquirido corresponde a un token criptografiado que representa el objeto, pero no el objeto en sí mismo ni tampoco sus derechos de uso, disfrute o explotación.

2. Pinceladas en la tributación de los criptoactivos

Definitivamente cada día crecen las transacciones e interacción con las criptomonedas. Evidentemente, han tenido sus picos de uso y también sus estados de equilibrio; sin embargo, no han dejado de evolucionar. Esta evolución ha tenido en constante estudio y determinación a las administraciones tributarias y los bancos centrales de las jurisdicciones, quienes han tenido que pronunciarse sobre la forma y tratamiento que pudiera aplicar sobre los criptoactivos.

Entendemos que no existe una única forma de tributación de las criptomonedas o de sus efectos. Cada jurisdicción debe trabajar con el marco normativo conforme el sistema tributario de su país y determinar en cada caso concreto si existen hechos imposables que sean objeto de tributación¹³⁴. En ese sentido, abordaremos brevemente la experiencia de algunos países en la consideración y determinación de la tributación del cryptoactivos.

2.1. Regulación a nivel de derecho comparado.

El Departamento de Mercados Monetarios y de Capital del FMI, ha indicado que está estructurando la trama regulatoria en las jurisdicciones respecto de los cryptoactivos. Son muchas las que han establecido un marco regulatorio especial, unas tantas aún están en proceso de redacción y análisis de que pueda tener esto y, otras como medida extrema, han prohibido la emisión o la tenencia de cryptoactivos por parte de residentes o la capacidad de realizar transacciones con ellos o usarlos para ciertos fines, como pagos¹³⁵.

2.1.1. España

España ha indicado, a través de la Agencia Tributaria, que las criptomonedas o monedas virtuales, al tener contenido económico como el resto de los bienes de los que sea titular un sujeto pasivo del Impuesto sobre el Patrimonio, deben ser declarados. En efecto, conforme la Ley 11/2021 de julio de 2021¹³⁶, sobre medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, se incluyen disposiciones sobre el tratamiento de los cryptoactivos.

Además, establecer ciertas regulaciones sobre prácticas elusivas, también se introduce una obligación de suministro de información sobre los saldos que mantienen los titulares de monedas virtuales, a cargo de quienes proporcionen servicios en nombre de otras personas o entidades para salvaguardar claves criptográficas privadas que posibilitan la tenencia y utilización de tales monedas, incluidos los proveedores o las proveedoras de servicios de cambio de las citadas monedas si también prestan el mencionado servicio de tenencia.

A estos efectos, y conforme las disposiciones legales vigentes en España, dentro del impuesto sobre la renta, será necesario declarar las ganancias que reporten los rendimientos, transmisiones o ventas de criptomonedas.

2.1.2. Colombia

¹³⁴ Collosa, A. (2022). deben trabajar con el marco normativo de su país y determinar en cada caso concreto si existen hechos imposables que sean objeto de tributación. CIAT. Disponible: [¿Qué están haciendo las Administraciones Tributarias para gestionar los cryptoactivos? | Centro Interamericano de Administraciones Tributarias \(ciat.org\)](#)

¹³⁵ Narain, A.; Moretti, M. “La regulación de los cryptoactivos”. Finanzas y desarrollo. Fondo Monetario Internacional, 2022. Disponible en línea: [Regulación de los Cryptoactivos \(imf.org\)](#)

¹³⁶ Ver: [Agencia Tributaria: 14. Monedas virtuales](#)

Conforme el Oficio No.020733137 de 2018, la DIAN ha indicado que teniendo en cuenta que los criptoactivos son considerados como activos, los residentes colombianos que tengan en su patrimonio criptoactivos deberán declararlos en su declaración de renta anual.

2.1.3. Chile

Chile, por su parte, ha indicado a través del Oficio N°963 del 2018138 y de la Circular No. 13 de 2021, que las rentas obtenidas de la compraventa de cualquier activo virtual o digital, ya sea en Chile o en el extranjero, deben declararse en la Declaración Anual de Impuestos a la Renta y que no es susceptible del impuesto al valor agregado (IVA), por recaer sobre bienes incorporeales.

2.1.4. México

México con la promulgación de la Ley para Regular las instituciones de tecnología financiera¹³⁹ ha dispuesto que el Banco de México, es la entidad facultada para regular, clasificar y determinar los activos virtuales. Sin embargo, con la promulgación de la referida no se establece que puedan realizarle cambios a la moneda nacional, ya que no es moneda de curso legal y no está respaldado por el Gobierno Federal, ni por el Banco de México.

Dicha Ley, considera que las personas distintas de las entidades financieras, que provean plataformas para realizar intercambio de activos virtuales, así como a las facilitadoras de carteras y sitios de compraventa de activos virtuales (casas de venta, cajeros de dichos activos y plataformas digitales), serán supervisadas por el Servicio de Administración Tributaria.

2.1.5. El Salvador

Actualmente es el único país que ha reconocido al *bitcoin* como una divisa de circulación legal. A través del Decreto Legislativo No.57, se estableció al *bitcoin* como moneda de curso legal en el territorio de El Salvador. A través de dicho Decreto, la Superintendencia del Sistema Financiero tiene la facultad de supervisión y regulación sobre los sujetos obligados. Además, las entidades de intermediación financiera tienen la potestad discrecional de prestar o no sus servicios financieros a proveedores de servicios de Bitcoin.

2.1.6. República Dominicana

¹³⁷ Ver: Coordinación de Relatoría: www.dian.gov.co

¹³⁸ Ver:

https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2018/ja963.htm

¹³⁹ Ver: [Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera \(diputados.gob.mx\)](http://ley.para.regular.las.instituciones.de.tecnologia.financiera.diputados.gob.mx)

República Dominicana no cuenta con un marco de regulación específico para el uso de activos virtuales en el país. En 2017, el Banco Central, se pronunció al respecto, y ha manifestado que *“no regula, ni supervisa, ni garantiza en manera alguna estos activos como medio de pago a través del Sistema de Pagos en la República Dominicana”*.

Además, se ha indicado que *“Los activos virtuales mencionados no son una moneda de curso legal y, por sí mismos, no poseen fuerza liberatoria, por lo que no puede ser garantizado su uso como medio de pago en nuestra economía, ni ninguna persona está en la obligación de aceptarlos como medio de pago de bienes o servicios prestados¹⁴⁰.”*

Respecto al tratamiento tributario aplicable la Dirección General de Impuestos Internos ha expresado que, *conforme la Constitución (...) el peso dominicano es la unidad monetaria nacional y se designa al Banco Central como la única entidad del Estado Dominicano, como emisora de billetes y monedas de circulación nacional (...) Además indican que, la comercialización e inversión de activos digitales no cuenta con regulación ni tratamiento fiscal previsto, pero si (...) se convierten dichos activos en liquido (dinero valido y reconocido) los ingresos generados constituyen rentas gravables por representar un incremento patrimonial y generación de utilidad¹⁴¹.”*

3. Regulación internacional

3.1. Crypto Asset Reporting Framework

En el 2021, la OCDE desarrolló un marco de intercambio de información entre jurisdicciones con el objetivo de intercambiar de manera automática información relativa a los activos virtuales. Este marco se denomina *Crypto Asset Reporting Framework* (en lo adelante “CARF” por sus siglas en inglés) y prevé, la notificación de información fiscal sobre transacciones en criptoactivos de manera estandarizada y útil para las jurisdicciones firmantes.

El CARF requiere informes de forma agregada, divididos por tipo de criptoactivos y tipo de transacción. De acuerdo con el informe de OCDE, las reglas de este mar regulatorio se han diseñado en torno a cuatro elementos fundamentales:

- i) Alcance de los criptoactivos
- ii) Personas (físicas y jurídicas) que estarían sujetas
- iii) Transacciones sujetas a reporte
- iv) Procedimientos de debida diligencia

Esta recopilación e intercambio de información fiscalmente relevante entre las administraciones tributarias con respecto a las personas que realizan determinadas operaciones con criptoactivos aumentará notablemente los niveles de transparencia y será un potencial reductor de los niveles de evasión y elusión fiscal.

¹⁴⁰ Ver: [Banco Central de la República Dominicana \(bancentral.gov.do\)](http://bancentral.gov.do)

¹⁴¹ Consulta No.2692. Disponible en: [Carta para uso Legal DGII Color](#)

3.2. MiCA (Markets in Cripto-Assets)

MiCA es una regulación del Parlamento Europeo, que tiene como propósito establecer un régimen para la emisión de criptoactivos. Se contempla que estos queden fuera del raongo de aplicación de los servicios financieros y su legislación. *“La propuesta (de regulación) aboga por un planteamiento holístico de la cadena de bloques y la TRD, con el objetivo de situar a Europa a la vanguardia de la innovación y la adopción de la cadena de bloque¹⁴².”*

4. Conclusiones

Con muchos los retos que atravesaran los países para la regulación de las monedas digitales. Cada uno de estos se encuentran en una situación asimétrica respecto de la consideración legal de las operaciones con criptoactivos. Lo único en consenso es que los criptoactivos son una realidad y es necesaria la supervisión estricta y el desarrollo de normas internacionales, como el intercambio de informacion, que puedan permitir conocer y resolver situaciones que plantean los criptoactivos.

Bibliografía

- 4.1. Collosa, A. (2022). "¿Qué están haciendo las Administraciones Tributarias para gestionar los criptoactivos?". Centro Interamericano de Administraciones Tributarias: [¿Qué están haciendo las Administraciones Tributarias para gestionar los criptoactivos? | Centro Interamericano de Administraciones Tributarias \(ciat.org\)](#)
- 4.2. Collosa, A. (2023). "Los juegos criptográficos y su tributación". Centro Interamericano de Administraciones Tributarias: [Los juegos criptográficos y su tributación | Centro Interamericano de Administraciones Tributarias \(ciat.org\)](#)
- 4.3. Comision europea (2020). Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva 2019/1937. Disponible en línea: [resource.html \(europa.eu\)](#)
- 4.4. Conesa, C. (2019) Bitcoin: ¿Una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Documentos Ocasionales N.º 1901. Banco de España. ISSN: 1696-2230 (edición electrónica). Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Documentos Ocasionales N.º 1901. (bde.es)
- 4.5. Dirección General de Impuestos Internos de la República Dominicana. Consulta No.2692. Disponible en: [Carta para uso Legal DGII Color](#)
- 4.6. GAFI, (2015). Directrices para un Enfoque basado en Riesgo: Monedas Virtuales. FATF/OCDE.
- 4.7. Ley Fintec No. 21521 del 22 de diciembre de 2022, que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros. Disponible en: [Ley Chile - Ley 21521 - Biblioteca del Congreso Nacional](#)
- 4.8. Ley para regular las instituciones de tecnología financiera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018, publicada en fecha 20 de mayo de 2021. Disponible: [Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera](#)
- 4.9. Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: a peer -to-peer electronic cash system.
- 4.10. Narain, A.; Moretti, M. "La regulación de los criptoactivos". Finanzas y desarrollo. Fondo Monetario Internacional, 2022. Disponible en línea: [Regulación de los Criptoactivos](#)
- 4.11. OECD (2020). Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues. OECD, Paris.

142 Comision europea (2020). Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva 2019/1937. Disponible en línea: [resource.html \(europa.eu\)](#)

Candidaturas independientes sin respaldo normativo

Stalin Osser

La baja incidencia de candidaturas a puestos de elección popular fuera del monopolio de las organizaciones políticas no es un hecho fortuito. La realidad es que, pese a la previsión legal de la figura del “candidato independiente” desde 1997 (Ley 275-97, Electoral de República Dominicana), aún no existe un marco normativo que lo respalde, mucho menos una estructura sistémica que lo garantice, ni que guarde compatibilidad con su naturaleza jurídica y política.

Existen muestras evidentes en la normativa electoral de la preeminencia del *copy and paste* legislativo como una práctica recurrente en el diseño de los asuntos electorales, lamentablemente, la figura del candidato independiente no escapó a esa realidad, pues su configuración en 1997 fue la misma que se utilizó, 22 años después, en la vigente Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, lo cual arrastró la misma problemática: su desnaturalización e ineficacia.

El fundamento jurídico de las candidaturas independientes es que, históricamente, el derecho al sufragio pasivo, es decir, ser elegible y poder aspirar a una candidatura, ha contado con una restricción fundamental ante la hegemonía del sistema de partidos, pues ha impedido a los ciudadanos el ejercicio pleno de este derecho de participación política con la exigencia de estar afiliado a un partido político o bien la obligación de ser postulado por una organización de esa naturaleza.^[2]

Por su parte, en el aspecto político, las candidaturas independientes elaboran una crítica reactiva al sistema representativo tradicional que apunta hacia el descontento de la partitocracia. Esto guarda una relación importante con el electorado dominicano, ya que datos recogidos por el Latinobarómetro 2021 dan muestra de que las organizaciones políticas son de las instituciones democráticas que gozan del mayor porcentaje de desconfianza por la ciudadanía, siendo la confianza un variable medular a tomar en cuenta para el diseño de los sistemas electorales^[3]. Así, dentro de los países de la región que prevén este instituto se encuentran Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Venezuela, El Salvador y México.^[4]

En tales atenciones, en nuestro ordenamiento jurídico las exigencias y formalidades para ser candidato independiente están previstas en el artículo 147 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, el cual señala textualmente lo siguiente:

Artículo 147.- Declaración. Podrán ser propuestas candidaturas independientes de carácter nacional, provincial o municipal, que surjan a través de agrupaciones políticas en cada elección^[5]. Al efecto, las agrupaciones que se propongan sustentarlas deberán declararlo previamente a la Junta Central Electoral, cuando menos setenta y cinco (75) días antes de cada elección.

Párrafo. – Para sustentar candidaturas independientes, provinciales, municipales y en el Distrito Nacional, las agrupaciones políticas deberán estar constituidas de conformidad con la Ley de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

Como se puede observar, la disposición transcrita exige como requisito indispensable para optar por una candidatura independiente que la misma sea postulada por una organización política, en este caso, una agrupación. En efecto, sobre las agrupaciones políticas, el artículo 3 de la Ley 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, las define como organizaciones de “alcance local, cuyo ámbito puede ser de carácter provincial, municipal o del Distrito Nacional”, esto las distingue de los partidos (alcance nacional) y los movimientos (alcance local o municipal).

Lo anterior tiene serias consecuencias, pues implica que aquellos ciudadanos que no se identifican con los ideales de ninguna de las organizaciones políticas legalmente reconocidas y quieran motorizar su participación política de manera directa, se encuentren limitados a dos pobres opciones para postularse como candidatos independientes: i) afiliarse a regañadientes a una agrupación política ya reconocida, pese a no coincidir con sus programas electorales, lo cual no es saludable ni para la institucionalidad partidaria ni para el candidato; o ii) solicitar a la administración electoral el reconocimiento de su propia agrupación política y soportar los costos del complejo procedimiento administrativo diseñado para tales fines (art. 14 y sgts. Ley 33-18). Sobre este último aspecto, es útil hacer la salvedad de que el reconocimiento debe someterse 12 meses antes de las elecciones ordinarias (artículo 16) para, posteriormente, solicitar su inscripción como candidato independiente 75 días antes de la elección respectiva.

En el proceso electoral pasado hubo varios intentos infructuosos por inscribir candidaturas independientes, las Resoluciones núms. 023-2020 y 033-2020, emitidas por la Junta Central Electoral, dan muestra de la inadmisibilidad de las solicitudes ya que fueron interpuestas fuera del plazo legalmente previsto, no el de los 75 días para la inscripción como candidato arriba indicado, sino de los 12 meses, previos a las elecciones ordinarias, para el reconocimiento de la personería jurídica de la organización política que los iba a postular.

Una de estas resoluciones fue sometida al control jurisdiccional del Tribunal Superior Electoral y se planteó una excepción de inconstitucionalidad en contra de los ya citados artículos 147 y 148 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, ya que, a juicio de los recurrentes, “son inconstitucionales, pues añaden requisitos no previstos por la Constitución para ser nominado al cargo de presidente de la República”.

Al respecto, mediante sentencia TSE-667-2020, la jurisdicción electoral rechazó la excepción y confirmó el acto impugnado, replicando dentro de sus motivaciones un argumento dado por el Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0050/13, en el sentido de que las disposiciones objeto de juicio de constitucionalidad “no añaden ni agregan condiciones o requisitos de elegibilidad para optar por una candidatura, sino

que se limita a establecer formalidades para las inscripciones de candidaturas independientes”.

Sin ánimos de profundizar en el amplio debate sobre la conformidad constitucional o no de una norma, mi crítica se enfoca en que las formalidades requeridas para ser candidato independiente, particularmente, el hecho de que sean postuladas a través de agrupaciones políticas desborda el propósito jurídico y político de esta figura electoral.

Con lo anterior no quiero decir que los requisitos para optar por estas deban ser relajados hasta el punto de que cualquiera pueda obtenerlas, sino que los mismos mantengan el balance ideal entre rigurosidad y viabilidad; exigir presupuestos de inscripción que puedan arrojar una muestra palpable del posible –o eventual– respaldo popular que tienen los aspirantes, así como su idoneidad y que no se encuentren en ningún supuesto de inelegibilidad o incompatibilidad. Una mirada a la legislación comparada sobre la materia podría brindar luz al respecto.

Muchas veces estas figuras se prevén en determinados ordenamientos jurídicos para crear una ilusión formal de integridad electoral, aunque la realidad tras bastidores sea distinta. Ahora, con toda autoridad, podemos preguntarnos: ¿Candidaturas independientes, pero independientes de qué?

[1] Abogado, egresado con honores de la Universidad Acción Pro Educación y Cultura (UNAPEC). Especializado en derecho público con Máster en Derecho Administrativo y Tributario (UNAPEC) y maestrante en Estudios Electorales y Administración Electoral en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

[2] ASTUDILLO, César. *La postulación de las candidaturas partidistas e independientes en América Latina en el contexto de los derechos de participación política*. En: Freidenberg, F., y Muñoz-Pogossian, B. (eds.) *Reformas a las organizaciones de partidos en América Latina (1978-2015)*. Disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/7.pdf>

[3] V.gr. Debido al debilitamiento de la confianza en los asuntos electorales, en República Dominicana tenemos un modelo de sistema electoral desconcentrado en el que un órgano administra el proceso electoral (Junta Central Electoral), mientras otro juzga los conflictos que de este se deriven (Tribunal Superior Electoral).

[4] *Reformas Políticas en América Latina: tendencias y casos*. Organización de los Estados Americanos. Disponible en línea: https://www.oas.org/es/sap/pubs/reformas_politicas.pdf

[5] Subrayado añadido

Régimen fiscal de las asociaciones sin fines de lucro (ASFL)

Claudia De Aza Almonte¹⁴³

Generalidades

Los seres humanos somos sociales por naturaleza, relacionarnos hace parte de nosotros, por ello, establecer la forma en que lo haríamos era necesario, de ahí, que en la Constitución dominicana como parte de los derechos civiles y políticos se identificara la libertad de asociación como ese derecho del cual gozan los ciudadanos para reunirse con fines lícitos y de conformidad con la ley (artículo 47), apoyado del derecho a reunirse sin permiso previo, a los mismos fines y de manera pacífica (artículo 48).

Esta manera de relacionarnos puede darse de distintas formas según nuestro ordenamiento jurídico. Lo podemos hacer de manera natural como personas físicas, o como personas jurídicas, también denominadas personas morales, que es una figura jurídica que permite la existencia de un individuo que no es una persona natural o física, sino que su forma de manifestarse es a través de instituciones, permitiéndoles adquirir una personalidad jurídica propia que la hace poseedora de derechos, deberes y obligaciones, en ese tenor, es capaz de ejercer sus derechos, contraer obligaciones, hacerse representar en justicia y fuera de ella.

Las personas jurídicas o morales se dividen en dos grupos, las lucrativas cuyo fin es desarrollar una actividad comercial que les permita generar beneficios en su provecho, y las no lucrativas que procuran desarrollar actividades que favorezcan a la colectividad.

Asociaciones sin fines de lucro

Las personas jurídicas no lucrativas, también denominadas como entidades no lucrativas, asociaciones sin fines de lucro (ASFL), entidades benéficas, caritativas, tercer sector, organizaciones no gubernamentales (ONGs), organizaciones de la sociedad civil (OSCs), fundaciones y patronatos, son de gran importancia para el fortalecimiento y desarrollo de una sociedad civil plural, democrática y participativa, al favorecer la realización de objetivos de interés público o de beneficio para toda la sociedad; de ahí, que se procediera a su regulación y fomento mediante la Ley 122-05 de fecha 08 de abril de 2005, y su reglamento de aplicación No. 40-08, de fecha 16 de enero de 2008, instrumentos legales que sustituyeron la Orden Ejecutiva No. 520 del 26 de julio de 1920 y sus modificaciones, que era el medio que regulaba este tipo de asociaciones

¹⁴³ Abogada, con maestría en Derecho Tributario y Procesal Tributario en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), maestrando en Derecho de la Administración del Estado en el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) y Derecho Económico y Financiero en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Con experiencia laboral en la materia tributaria. Correo electrónico: claudiadeaza@gmail.com.

En ese tenor, la ley 122-05 define las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) como el acuerdo entre cinco o más personas físicas o morales, con el objeto de desarrollar o realizar actividades de bien social o interés público con fines lícitos y que no tengan como propósito u objeto el obtener beneficios pecuniarios o apreciables en dinero para repartir entre sus asociados

De lo anterior, se desprende que las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) se caracterizan por ser organizaciones privadas, no estatales, que realizan actividades tendentes al desarrollo nacional con la protección directa y permanente del Estado, por tanto, la labor que desempeñan no va encaminada a obtener beneficios monetarios en favor de sus asociados.

Régimen fiscal de las asociaciones sin fines de lucro (ASFL)

Así las cosas, el Estado, validando la importancia de la labor realizada por este tipo de asociaciones en ejercicio de su derecho a la libre asociación que dispone la Constitución dominicana, entendió necesario el establecimiento de incentivos, estímulos y beneficios no solo en favor de estas, también para quienes las favorezcan a través de donaciones. Por esto, es que vemos que a partir del artículo 50 de la ley 122-05 se establece el régimen fiscal al que se encuentran obligadas, el cual, básicamente *las exonera de manera general del pago de todos los tributos, impuestos, tasas, contribuciones especiales, de carácter nacional o municipal, vigentes o futuros*; así como de cualquier impuesto que se genere en ocasión de las donaciones o legados que perciban, evidentemente, posterior a la validación del acto que las califiquen como donatarias o legatarias de personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, organismos internacionales y gobiernos.

Pero, este régimen especial no se adquiere de manera automática, sino que las organizaciones sin fines de lucro deben cumplir con los requisitos legales para su constitución y ser autorizadas para operar en el país bajo estas condiciones, procedimiento que se realiza a través del Ministerio de Hacienda, quien tramitará la solicitud de exención general a la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) con la autorización correspondiente.

Es decir, contrario a lo que pueda parecer, no están exentas de cumplir con sus deberes formales, los cuales deben estar al día para que sean efectivas las solicitudes de exenciones que realicen, así como con las obligaciones tributarias que se les generen que, en su mayoría, parten de los mismos deberes formales a los que se encuentran sujetas, por tanto, si no se mantienen al día en estos deberes no podrán beneficiarse de las exenciones de pago de los impuestos.

En ese tenor, los deberes formales a los cuales se encuentran obligadas las asociaciones sin fines de lucro (ASFL), son:

Deberes Formales de las ASFL	
a) Estar inscritos y registrados, en el o en los registros habilitados para inscribir las organizaciones sin fines de lucro. El número de registro de identificación dado por la Dirección General de Impuestos Internos deberá ser impreso en los documentos y cheques de las asociaciones sin fines de lucro.	b) Haber presentado su declaración jurada informativa anual por ante la Dirección General de Impuestos Internos, en la forma que lo dispongan los reglamentos y normas establecidas al respecto, contentiva de las informaciones que les fueren requeridas, en un plazo de 120 días después de la fecha de cierre del ejercicio fiscal.
Contenido de la Declaración Jurada Informativa Anual (ISFL-01) y sus anexos (ASFL-01-A, B y C)	
1) Ingresos brutos del año;	
2) Los gastos incurridos en el año;	
3) Los desembolsos efectuados durante el año;	
4) Un estado demostrativo de los activos, pasivos y activos netos al inicio y al cierre de cada ejercicio anual;	
5) El monto total de las contribuciones recibidas durante el año, con nombres y direcciones de las personas donantes, además de los datos relativos a los depósitos bancarios en caso de que las donaciones sean en dinero en efectivo y de los inventarios en caso de que se trate de donaciones en especie;	
6) Informes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias de cualquier tipo;	
7) Los nombres y direcciones de quienes integran la dirección, la gerencia y los principales puestos directivos;	
8) Las compensaciones y cualesquiera otros pagos hechos a la empleomanía, a la dirección y a la gerencia de mayor jerarquía;	
9) Cualquier otra información necesaria a los fines de darle cumplimiento a la presente ley y a las leyes tributarias y demás leyes vinculadas a las organizaciones sin fines de lucro;	
10) Un informe sobre las donaciones internacionales recibidas por la asociación, el cual debe contener los datos de la entidad donante, el monto de la donación y los programas o proyectos que financian dichos fondos; entre otros.	

Además, se habilitan otros deberes formales de los dispuestos en el artículo 50 del Código Tributario (Ley 11-92), como el de solicitar el alta para emitir comprobantes fiscales, las secuencia de estos y el proceder a emitirlos en los casos en que realicen operaciones relativas a transferencias bienes o prestaciones de servicios con el objetivo de sustentar las transacciones llevadas a cabo con terceros, informaciones que deberán constar en sus libros de contabilidad.

De igual manera, la exención de impuestos de las cuales gozan no las exoneran del ejercicio de las facultades de la Administración Tributaria y sus consecuencias, por tanto, deben encontrarse dispuestas a recibir la inspección, fiscalización e investigación de este órgano, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 122-05,

especialmente, porque las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) se constituyen en agentes de retención en las mismas condiciones que prevén los artículos 9 y siguientes del Código Tributario cuando se encuentran realizando operaciones con contribuyentes sujetos al pago de impuestos.

Así, las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) deben cumplir con la presentación y pago de las declaraciones juradas de Retenciones de Asalariados (IR-3) y de Otras Retenciones o Retribuciones Complementarias (IR-17), a más tardar los días 10 de cada mes y, en el caso de que como agentes de retención, las retenciones sean en ocasión del Impuesto Sobre las Transferencias de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS), deberá presentar las declaraciones juradas y efectuar el pago a más tardar los días 20 de cada mes.

Es por ello, que si en los procesos de inspección, fiscalización e investigación se verifican conductas contrarias al régimen fiscal que las regula, pueden ser sancionadas con la suspensión temporal de los beneficios que en principio poseen, hasta tanto cumplan con las obligaciones que le corresponden, volviéndose definitiva dicha suspensión si transcurrido el plazo de un año no ha satisfecho los requerimientos que le fueron realizados, junto a la pérdida de su personalidad jurídica y de todos los atributos jurídicos que ello conlleva.

Donaciones

Como se ha indicado precedentemente, el legislador no solo previó beneficios para las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) en cuanto a obligaciones tributarias se refiere, también tomó en consideración a quienes aportaran a la labor que estas realizan, por tanto, pueden recibir en donación todo tipo de bienes, tanto de persona físicas como jurídicas, considerándose exento el valor donado y pudiendo ser deducido por el donante en el impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal en el que ha realizado la donación, por una cantidad máxima de un 5% de la Renta Neta Imponible, luego de haberse deducido las pérdidas obtenidas, si hubiere lugar a ellas. Obviamente, la deducción de que se trata debe encontrarse sustentada por comprobante fehaciente a juicio de la Administración Tributaria y los requisitos que establece el artículo 169 del reglamento No. 40-08, a saber:

- 1) El valor de las donaciones en bienes de capital de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria, deberá coincidir con el valor en libros con que estos bienes estén contabilizados por el donante.
- 2) En caso de acciones, bonos, cédulas y similares, se computarán por su valor en libro actualizado con las primas, descuentos, dividendos o intereses por cobrar.
- 3) Para la obtención de la deducción, la donataria deberá figurar inscrita en el registro especial que para tales fines llevará la Administración Tributaria, y encontrarse al día en la presentación de su declaración jurada informativa anual.

Asimismo, en caso de que el donante sea un extranjero no domiciliado en la República Dominicana, la donataria deberá adjuntar a la declaración presentada en la Dirección General de Impuestos Internos, copias de los documentos presentados por el donante que avalen el aporte realizado y la identidad de este.

Consideraciones finales

Ahora bien, no todas las asociaciones sin fines de lucro (ASFL) se encuentran reguladas por la Ley 122-05 y su reglamento de aplicación No. 40-08, pues cuando se tratan de organizaciones que poseen su propia ley especial, se regirán por estas, como es el caso de los partidos políticos, los sindicatos, las comunidades de bienes y propietarios, los condominios, las entidades que se rigen por contratos de sociedades, las cooperativas, las uniones ocasionales de empresas y las agrupaciones de interés económico.

Es por ello, que el régimen que les aplica no es el dispuesto en la Ley 122-05 y su reglamento de aplicación No. 40-08, en todo caso, lo más sano es volver a la ley que rige la materia tributaria, y en ese sentido, estudiar lo relativo a la renta que conforme el artículo 268 del Código Tributario, es definida, a menos que fuera excluido por alguna disposición expresa del título al que pertenece, todo ingreso que constituya utilidad o beneficio que rinda un bien o actividad y todos los beneficios, utilidades que se perciban o devenguen y los incrementos de patrimonio realizados por el contribuyente, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.

En ese mismo tenor, el artículo 299, literal d) del citado código establece que no estarán sujetas a este impuesto las rentas que obtengan las entidades civiles del país de asistencia social, caridad, beneficencia, y los centros sociales, literarios, artísticos, *políticos*, gremiales y científicos, siempre que tales rentas y el patrimonio social se destinen a los fines de su creación y en ningún caso se distribuyan directa o indirectamente entre los asociados. Por tanto, cualquier ingreso que sea de naturaleza lucrativa deberá ser declarado y pagado al cierre del ejercicio fiscal que posea, de ahí que, queda habilitado el procedimiento de fiscalización sobre las donaciones que se reciban para verificar que sean utilizada para satisfacer los fines de creación de los donatarios y no se estén incumpliendo los deberes formales a los que se encuentran sujetas.

Fuentes consultadas

4. Constitución dominicana, 2015.
5. Ley No. 11-92, Código Tributario.
6. Ley 122-05 para la Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro en República Dominicana.
7. Decreto No. 40-08 que establece el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 122-05 sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro (ONG) en la Republica Dominicana.

Frankenstein jurídico: consideraciones respecto a los colegios profesionales

Víctor A. León Morel^[1]

“Ciencia es cualquier disciplina en la que incluso un estúpido de esta generación puede superar el punto alcanzado por un genio de la generación anterior^[2].” Umberto Eco.

El derecho administrativo, en el marco de la organización administrativa, constituye un complejo entramado de entes, órganos, instituciones, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público, autoridades administrativas independientes, así como otras denominaciones que varían dependiendo de la normativa del Estado en que se aplique y sus características.

De modo que analizar la naturaleza de determinadas formas en las cuales operan las instituciones del derecho administrativo resulta complejo, no solo porque en algunos casos puede existir una contradicción entre la norma que crea la misma y sus funciones, sino también porque en algunos casos sus atribuciones son de naturaleza mixta, enmarcándose en el derecho público, pero también en el derecho privado.

Las corporaciones públicas sectoriales son organizaciones administrativas que tienen encomendadas algunas funciones públicas, pero también desarrollan actividades privadas. Esto explica que el Derecho Administrativo solo les aplique en lo relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas^[3].

En lo que nos ocupa para el presente artículo, **Laguna de Paz** nos indica que existen tres tipos de corporaciones públicas sectoriales:

I.Las cámaras de comercio, industria y navegación;

II.Las cámaras agrarias; y

III. Los colegios profesionales^[4].

Los colegios profesionales, conforme a la doctrina y la jurisprudencia, son verdaderos Frankenstein jurídicos^[5], debido a su naturaleza mixta, entre atribuciones públicas y privadas.

Desde una perspectiva comparada, vemos como en España, la Ley 2 de 1974 en su artículo 13.2 califica a los colegios profesionales como corporaciones de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. No obstante, la doctrina española no ha dejado de discutir su naturaleza jurídica, aunque la doctrina mayoritaria considera que no estamos ante organizaciones jurídico-públicas, sino de base privada, que agrupan a profesionales para la defensa de los intereses de sus miembros, a las que el ordenamiento jurídico confiere determinadas facultades administrativas (autoadministración)^[6].

En Alemania, son también corporaciones de Derecho público, expresión del principio de autoadministración funcional, mientras que en USA, los colegios profesionales se explican como un fenómeno de autorregulación.

Es importante resaltar que algunos reconocen que el primer antecedente histórico del control judicial de constitucionalidad resultó precisamente de un conflicto entre un doctor y el Colegio Real de Médicos de Londres, debido a la exigencia de afiliación obligatoria para practicar la medicina en esta ciudad, y consecuentemente, la sanción de prisión aplicada por inobservar dicha obligación.

El profesor **Hermógenes Acosta** comenta en su obra del Control de Constitucionalidad que es en Inglaterra donde puede haber nacido la primera idea moderna de control de constitucionalidad. Esta idea fue desarrollada en el **CASO BONHAM**, resuelto por el célebre juez inglés Sir Edward Coke del tribunal “Common Pleas,” en 1610. En este caso se sentó el criterio de que una ley del Parlamento que fuera contraria al common law, era nula, porque el common law era la “ley superior, controlando y limitando los poderes de dicho colegio profesional[7].

En República Dominicana, no tenemos un marco legislativo general de organización administrativa que defina los colegios profesionales, más allá de las legislaciones especiales correspondiente a cada gremio.

El Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias importantes, a fines de esclarecer la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, precisando la necesidad de que exista una colegiatura obligatoria a fines de proteger a los usuarios y a los mismos profesionales, así como debido a la delegación del poder disciplinario a sus miembros.

La primera sentencia, es la **TC/0163/13**, donde el Tribunal distingue entre las corporaciones de derecho público y de derecho privado, definiendo las de derecho público como aquellas entidades autónomas que representan los intereses de ciertos sectores sociales ante los poderes públicos y desempeñan funciones públicas de ordenación de dicho sector; mientras que las de derecho privado son consideradas como establecimientos fundados y regidos por particulares, que actúan a veces bajo la vigilancia y con el permiso de la administración, pero sin ninguna delegación del poder público.

En dicha sentencia el Tribunal también precisa que debido a la naturaleza mixta de los colegios profesionales, se le otorga una doble dimensión, debido a que, por un lado, tienen **base privada**, al estar constituidas con el fin de representar y defender los intereses de un determinado colectivo; y, por el otro, tienen al mismo tiempo una **dimensión pública** determinada por el ejercicio de funciones públicas administrativas, las cuales le otorgan una naturaleza propia similar a los órganos de la Administración Pública, por el ámbito propio de su actividad, la cual lo acerca a la esfera del derecho administrativo.

Otra sentencia importante es la **TC/0226/13**, respecto al Colegio Dominicano de Notarios, refiriéndose a esta como una corporación de derecho público creada por la ley, con las siguientes características:

a) la existencia de un grupo integrado por miembros calificados como tales a partir de una cualidad personal distintiva, que otorga derecho subjetivo a pertenecer al grupo y que conlleva, además, un estatus especial, incluyente de deberes y derechos que escapan total o parcialmente a quienes no lo tienen, ni integran, por ello mismo el grupo;

b) la constitución del grupo en un ente jurídico (con personalidad), exponente de los intereses del conjunto y llamado a satisfacerlos, cuya organización está compuesta por dos órganos de función y naturaleza diversas: una asamblea general o reunión del grupo, que es el órgano supremo de la entidad, de funcionamiento periódico o extraordinario, que tiene por cometido resolver en última instancia todos los asuntos encargados al ente y dictar sus decisiones fundamentales (programas, presupuestos, normas, etc.) y un cuerpo colegiado, llamado consejo o junta directiva, que, dentro del marco del ordenamiento y de las decisiones y reglas dictadas por la asamblea general, a la que está subordinado, gobierna y administra los intereses del grupo en forma continua y permanente; y

c), el origen electoral y el carácter representativo del colegio gobernante, en relación con el grupo de base.

De igual forma se resalta que las atribuciones de los colegios profesionales involucra la potestad reglamentaria sobre el ejercicio de la profesión, la de gobierno y administración en cuanto al régimen interno, la de representación, la jurisdiccional, que se concreta en juzgar las infracciones del orden corporativo e imponer las sanciones disciplinarias correspondientes; la de fiscalización del ejercicio profesional, así como la organización de las elecciones de sus directivos y representantes.

Respecto al Colegio Médico Dominicano, la sentencia **TC/0215/21** mantiene la misma posición, afirmando que se trata de una corporación de derecho público interno, de carácter autónomo y con personería jurídica, el cual debido a sus funciones administrativas se encuentra sujeto a un control de legalidad pleno conforme el artículo 139 de la Constitución.

Otras se refieren al Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores (CODIA) **TC/0536/20**, y al Instituto de los Contadores Públicos Autorizados (ICPARD) **TC/0535/15**, como corporaciones de derecho público con funciones administrativas.

En materia legislativa, la Ley 13-07 otorga competencia al Tribunal Contencioso Administrativo (actual Tribunal Superior Administrativo, para conocer de los actos y disposiciones de las corporaciones profesionales adoptados en el ejercicio de potestades públicas. Esto permanece prácticamente igual en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que se encuentra en el Congreso Nacional. El

proyecto también otorga competencia al TSA para conocer de los recursos de apelación en materia disciplinaria del Colegio de Abogados y de Notarios.

En la mayoría de los casos, parece existir un consenso en que existen atribuciones públicas y privadas que serán sujetos del control jurisdiccional conforme corresponda a cada una de estas, lo cual determinará asuntos relevantes como la competencia jurisdiccional, ya sea pública o privada.

Ahora bien, no todos los grupos gremiales están en la misma situación. Un ejemplo podría ser la Asociación Dominicana de Profesores (ADP) o en el caso concreto del Colegio Dominicano de Periodistas, creado por la Ley 10-91, la cual contiene varias disposiciones que no encajan dentro de una corporación de Derecho público, según las mismas características y atribuciones previamente establecidas por el Tribunal Constitucional.

Lo primero que debemos resaltar es que la Ley que rige el Colegio Dominicano de Periodistas indica expresamente que la afiliación es voluntaria. En ese tenor, se trata más bien de un grupo de personas asociadas en atención a una finalidad común y cuyo núcleo fundamental radica en la defensa de intereses privados. Esta afiliación voluntaria no permite que el CPD ejerza un verdadero control sancionador y disciplinario sobre los no afiliados, ni de fiscalizar profesionales no afiliados.

La adscripción voluntaria es propia del modelo asociativo, no de las organizaciones jurídico-públicas, por lo que no deben existir más colegios profesionales que los que estén suficientemente justificados, pero en los que se constituyan, la colegiación debe ser obligatoria[8]. En ese sentido, Laguna de Paz señala que la obligatoriedad de adscripción ha sido una nota que tradicionalmente ha acompañado al régimen jurídico de los colegios profesionales, y que debería serlo en todos, pero no todos deberían ser colegios profesionales[9].

Debido a la delegación de funciones administrativas por parte del Estado, como afirma la sentencia TC/0163/13 en el caso del CARD, no es una asociación que se integra con la adición libre y espontánea de cada uno de sus miembros, sino que, como bien lo dispone la ley que lo crea, es una corporación con fines públicos, que originalmente pertenecen al Estado, y que este, por delegación circunstanciada, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matriculación y el régimen disciplinario de todos los abogados de la República. Se trata de un caso distinto al del CPD, donde la afiliación no es obligatoria, por propia decisión del legislador. Tampoco la Ley le otorga una verdadera potestad sancionadora sobre sus miembros, pues no se cumplen los elementos básicos de tipicidad (conducta penada y sanción a imponer), conforme un verdadero derecho administrativo sancionador.

Por esto precisamos que en estos casos, el Colegio Dominicano de Periodistas y la Asociación Dominicana de Profesores, no se tratan de corporaciones de Derecho público como verdaderos colegios profesionales, sino de simples asociaciones, pues el

Estado ni siquiera exige a sus miembros una habilitación legal para ejercer su profesión (exequátur).

En conclusión, somos de opinión que la complejidad por las normas multisectoriales de estas agrupaciones gremiales no permite a simple vista determinar si se trata de un colegio profesional, pues el propio legislador no ha otorgado funciones públicas a todos, ni se justifica el traspaso de las competencias del Estado en materias donde no se ver seriamente afectado el interés público, como si ocurre en materia de salud o en la protección de la seguridad jurídica de las personas.

Por esto, el profesor Laguna de Paz afirma correctamente que si los colegios profesionales se configuran como corporaciones jurídico-públicas a las que se encomienda el ejercicio de funciones públicas, necesariamente, deben ser de adscripción obligatoria, por lo que la simple denominación del nombre Colegio, no necesariamente implica que dicha asociación de miembros cumpla con los requisitos que la jurisprudencia y doctrina ha requerido.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Coursante 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] Eco, Umberto, "A hombros de gigante", Lumen, 2018, P. 22.

[3] LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo, General y Económico", Navarra, 2022, p. 190.

[4] Op. Cit, p. 138.

[5] Aunque su nombre correcto es el monstruo de Frankenstein, popularmente se hace referencia a Frankenstein, como un monstruo creado por Victor Frankenstein a partir de partes diferentes de cadáveres, otorgándole vida durante un experimento.

[6] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2020, P. 429-436.

[7] DE LOS SANTOS ACOSTA, Hermógenes, "El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la constitución", P. 190.

[8] Op. Cit. 2, P. 574.

[9] Op. Cit. 2, P. 571.

Política Criminal: Derechos Humanos y Enfoque de Género

Joan Manuel Guerrero Tejeda¹⁴⁴

La ausencia de un enfoque de derechos humanos y de género en las distintas fases de la política criminal de República Dominicana ha provocado que el Sistema de Justicia Penal no garantice con efectividad la reinserción social de las personas privadas de libertad. Contar con un entorno seguro se convierte en un derecho fundamental derivado de la obligación de protección y garantía de los derechos.

Este artículo se divide en cuatro secciones. En un primer término se aborda la dignidad humana como principio fundante y el Estado Social y Democrático de Derecho y su vínculo con la política criminal; en segundo lugar, el corpus iuris nacional e internacional que sustenta la política criminal con perspectiva de género y de derechos humanos; en tercer término, se aborda la necesidad de transversalizar la política criminal por el enfoque de género y de derechos humanos.

La dignidad humana como principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho y de la política criminal:

La Constitución de República Dominicana (en lo adelante “*la Constitución*” o “la Carta Magna”) consagra la organización del Estado en pro de garantizar el Principio de la Dignidad Humana¹⁴⁵ y el Estado Social y Democrático de Derecho, a favor de la protección de la igualdad y los derechos humanos, como valores y premisas antropológicas que deben regir el ejercicio constitucional y legal en todos los órdenes del Estado.

Es bien conocido que el aporte realizado por Kant sobre la dignidad humana, esbozándola un como *valor no instrumental*, es decir, *un bien inherente a la persona, que no se encuentra sujeto a condición o requisito alguno, y que se traduce en la obligación de su reconocimiento, respeto, promoción y protección, por ello no puede ser creada, conferida ni retirada*¹⁴⁶, permitió que los derechos humanos se fundamenten en la

¹⁴⁴ Del autor: estudiante meritorio de licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Santo Domingo con formación sectorial en Participación Social, Ciudadanía responsable y defensa de los derechos humanos (Defemspr del Pueblo y UASD, 2023) Litigio Estratégico de Interés Público (Defensor del Pueblo de República Dominicana, UFHEC, 2023); Taller sobre medidas de coerción (UASD, 2023); Perspectiva de género en las estadísticas de delincuencia y justicia penal (UNODC, México, 2022); Derechos Humanos y sus Mecanismos de Protección (UASD, 2019). Además, ha publicado la investigación “Análisis de la Criminalidad en República Dominicana 2008 - 2019 (UASD, Cátedra UASD - UNESCO, 2020); y ha colaborado en otras investigaciones como “Integración socioeconómica de los migrantes venezolanos beneficiarios de la OIM (ONU Migración, 2022)” y “Perfil de Movilidad de la Mancomunidad del Gran Santo Domingo.

¹⁴⁵ Véase Constitución de República Dominicana proclamada en 2015, Artículos 5, 7,8 y 38.

¹⁴⁶ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de C. García Trevijano y M. García Morente, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 53 y ss; Copetti Neto, A. y Fernandes Motta, L. “Elementos filosóficos sobre el Derecho Constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”; cit. en Brea Cabral, M., *El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano*, pp. 232 y ss.

dignidad, principio que luego legitimó el Estado moderno¹⁴⁷, que *inspiró el proyecto del Estado Social y Democrático de Derecho*¹⁴⁸.

En ese sentido, la garantía y tutela de los derechos fundamentales se convierten en un elemento característico del Estado Social y Democrático de Derecho, suponiendo entonces que *ningún órgano del Estado se encuentra legitimado para actuar contra la dignidad humana y los derechos fundamentales*¹⁴⁹. Como consecuencia, este principio implica que las autoridades *desarrollen actividades que resulten indispensables para concretar la protección efectiva de la autonomía individual, las condiciones materiales básicas de existencia y la integridad física [mental], y moral de la persona*¹⁵⁰. Es decir, el Estado está llamado a poner a la persona en el centro de las políticas públicas, estrategias y programas, incluso si se tratase de políticas orientadas a proteger y garantizar la seguridad ciudadana.

El Tribunal Constitucional de República Dominicana se ha referido respecto a la dignidad humana, indicando que el *respeto a la dignidad humana (...), constituye un fundamento tanto de la Constitución (...) como del Estado, siendo su respeto y protección una responsabilidad esencial de los poderes públicos*¹⁵¹, además, ha adoptado un criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-521-98 donde se estipula que, reconocer el principio fundante de la dignidad humana, implica, entre otras cosas, que la persona se convierte en un *fin* para el Estado y que, cuando el Estado emana normas sustanciales o procedimentales, *independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social*,¹⁵²

A fines de este artículo, la política criminal, más allá de ser una respuesta coercitiva a las definiciones favorables a la comisión de un delito en un Estado determinado, es una política pública integral orientada a prevenir el delito, perseguirlo una vez materializado (o haya existido tentativa de materialización), judicialización del mismo y, a posteriori, la reinserción social de quien comete crímenes y delitos, a través de las

¹⁴⁷ Restrepo Ospina, A., Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional Colombiana, cit. p. 10. cit. en Brea Cabral, M., *El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano*, pp. 232 y ss.

¹⁴⁸ Copetti Neto, A. y Fernandes Motta, L. “Elementos filosóficos sobre el Derecho Constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”; cit. en Brea Cabral, M., *El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano*, pp. 232 y ss.

¹⁴⁹ Nogueira Alcalá, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, n.o 2, 2009, p. 201. Cit. en Brea Cabral, M., *El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano*, p. 236.

¹⁵⁰ Lozano Bedoya, C., *¿Qué es el Estado Social y Democrático de Derecho?* P. 23. 2013. Consultado el 29/12/22. Disponible en:

<https://repositorio.defensoria.gov.co/bitstream/handle/20.500.13061/260/Que%20es%20el%20estado%20social%20y%20democratico%20de%20derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁵¹ Tribunal Constitucional de República Dominicana, Una década de labor jurisprudencial, *Sentencia TC/0030/19*, pp. núm. 209 y 210. 2022.

¹⁵² Tribunal Constitucional de República Dominicana, *Sentencia TC/0059/13*. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc005913>

estrategias penitenciarias de reinserción social durante y post la vida penitenciaria; es decir, el fin último de la política criminal es una sociedad pacífica, donde la gente pueda ejercer sus derechos sin temor a ser víctima de un delito o ser perseguido de manera indebida, más no solamente la tipificación de conductas atípicas y delictivas.

La Corte Constitucional de Colombia en una sentencia de 2001 esboza que si bien la Política Criminal es un concepto amplio sin de uniformidad conceptual, la política criminal implica:

- a. La definición de los bienes jurídicos que deben ser protegidos a través del orden jurídico penal;*
- b. La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos;*
- c. La competencia de los jueces y el régimen aplicable para la persecución de delitos;*
- d. Debe consagrar el aumento punitivo (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado;*
(...)
- e. Establecer criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante establecimiento de subrogados penales. como un conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción¹⁵³.*

En tanto política criminal, el principio de la dignidad humana - y sus implicaciones socio jurídicas - impactan de manera holística, desde el diseño de la misma hasta la ejecución y fiscalización, esto es así porque *cuando la calidad democrática de un Estado es alta, se instituyen políticas criminales y penitenciarias centradas en el respeto de los derechos humanos*¹⁵⁴. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aduce que, la interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte¹⁵⁵. En ese sentido, la política criminal debe ir orientada en base a estos principios y a los principios de desarrollo progresivo y pro homine.

La función de garantía y protección —que se desprende del principio de la dignidad humana—, el Estado tiene que proteger y garantizar el respeto de los grupos en situación de vulnerabilidad, esto en consonancia con el principio del Estado Social y

¹⁵³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-646-01*. 2001. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC - 29/22 *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad*. Párr. 38 *in fine*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, Párr. 37. Véase que la República Dominicana suscribió y ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos el 21.1.1978. <http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm>

Democrático de Derecho cuyo fin es alcanzar el desarrollo de una sociedad equitativa, igualitaria y con justicia social (y espacial), por tanto, la actividad punitiva del Estado no debe estar basada en la teoría del *derecho penal del enemigo*, más bien, en los mismos principios jurídicos que fundamentan el Estado pues, a nuestro juicio, el derecho penal del enemigo como política criminal instaura una estructura de exclusión que vulnera derechos fundamentales.

El derecho penal del enemigo no es admisible en el Estado Social y Democrático de Derecho. La consideración de *non personae* a quien no se ajuste a las normas que mantienen el *status quo* o “*quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantías de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar en un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es un Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido*”¹⁵⁶; no solo rompe el esquema democrático, si no que su ejercicio marca un ejemplo de exclusión subrepticia (o tácita en algunos casos) que viola el derecho internacional de los derechos humanos.

Defender la prevalencia de un grupo de personas como ciudadanas y otras como enemigas es, a ciencia cierta, desconocer las realidades sociales que inciden en el desarrollo de la criminalidad, lo que llevaría a un errado enfoque preventivo y, por consiguiente, tratamiento de la conducta criminal. Por lo tanto, es necesario dejar atrás esta teoría pues, citando a Zaffaroni, *el enemigo no viene ópticamente impuesto, no es un dato de hecho que se impone al derecho, sino que es políticamente señalado*¹⁵⁷.

Si se aplicase el derecho penal del enemigo al trato que se le otorga a las personas condenadas por haber cometido violencia basada en género o intrafamiliar, el fin de la pena no sería entonces reintegrarlos (as) a la sociedad como establece nuestra Constitución, más bien, excluirlos, lo cual viola el principio de reinserción social que rige el sistema penitenciario y el de ejecución de la pena de República Dominicana, así como el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos.

Corpus Iuris que sustenta el enfoque de derechos humanos y de género en la política criminal:

La Constitución de República Dominicana consagra en su artículo 39.3.4 el deber de promocionar las condiciones jurídicas y administrativas para alcanzar una *igualdad real y efectiva*, a través de medidas para prevenir, combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión; además, la prohibición de actos que menoscaben el reconocimiento del ejercicio igualitario de derechos entre hombres y

¹⁵⁶ Jakobs, G. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Trad. Cancio, M., M. 2003. Cit. en Gonzalo Rodrigo, P. *¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?* 2010. Consultado el 1/1/2023. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092010000100012

¹⁵⁷ Zaffaroni, E. *El enemigo en el Derecho Penal*. Pág. 184. 2006. Cit. en Gonzalo Rodrigo, P. *¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?* 2010. Consultado el 1/1/2023. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092010000100012

mujeres, y la promoción de las medidas necesarias para garantizar la erradicación de desigualdades y discriminación de género.

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en su artículo 3 que *“los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad de goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados”*. El Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en la Observación General núm. 4 ha mencionado que el cumplimiento del artículo 3, así como el párrafo 1 del art. 2 y 26, requieren no solo de medidas de protección, sino también de una acción positiva, que vaya más allá de la promulgación de leyes y aborde el papel de las mujeres en la *“práctica”*¹⁵⁸, es decir, en el ejercicio de ciudadanía, y su incidencia en las políticas públicas.

La Obligación General núm. 28, realizando una mayor interpretación al artículo 3 mencionado *ut supra*, contempla que los Estados deben informar sobre las medidas adoptadas para proteger a la mujer de prácticas que vulneren su derecho a la vida, como el *infanticidio de niñas*; sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, incluyendo la violación; si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación el acceso al aborto en condiciones de igualdad; las medidas adoptadas para erradicar la trata de mujeres y niños dentro del país o fuera de sus fronteras; y el deber de presentar *toda la información que sea pertinente para asegurarse de que los derechos de las personas privadas de libertad estén amparados en igualdad de condiciones para la mujer y para el hombre*¹⁵⁹.

Por su parte, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ha esbozado en la Recomendación General núm. 19 que, la violencia basada en género, o que afecta de forma desproporcionada a la mujer, incluyendo daños físicos, mentales o sexuales, así como amenazas, coacción y otras formas de privación de libertad, constituye un acto de discriminación contra la mujer, sostenido en el artículo 1 de la Convención¹⁶⁰.

Además, el Comité resalta que, en función del inciso *e* del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar *todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera persona, organizaciones o empresas*, recalcando la corresponsabilidad de los Estados, en virtud del derecho internacional, por actos de violencia cometidos por entes privados, si no se adoptan medidas con *diligencia debida* para impedir las violaciones de derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas. Resaltando de

¹⁵⁸ Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Obligación General núm. 4. Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos*.

¹⁵⁹ Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Obligación General núm. 28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, párrafos 10, 11 y 12.

¹⁶⁰ Organización de Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General núm. 19, *La Violencia contra la Mujer*; Véase también Organización de Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General núm. 12, *La violencia contra la mujer*.

aquí la conclusión de que la adopción de medidas para mitigar y abordar la violencia basada en género le corresponde incluso a las personas jurídicas.

El corpus iuris internacional destacado anteriormente - que, en virtud del artículo 74.3 de la Carta Magna tiene aplicación directa e inmediata -, impone obligaciones a los Estados - en este caso, el dominicano - en pro de que se garanticen esos derechos. En tanto, políticas públicas y estrategias sectoriales deben ser realizadas para: aumentar la participación política de las mujeres y disminuir la violencia basada en género (prevención del delito). Es decir, existe una necesidad de contar con una política criminal integral, holística, que logre reducir y prevenir la violencia social crónica existente e indirectamente reduzca los niveles de subparticipación de las mujeres en la dirección de asuntos públicos.

Por otra parte, República Dominicana promulgó en 2012 la ley 1-12, sobre Estrategia Nacional de Desarrollo, unificando la visión de desarrollo humano del Estado dominicano del 2010 al 2030, teniendo como base la persona al centro de las políticas públicas - precepto que se desprende del Estado Social -. En ese sentido, se consagró en el artículo 11 que *“todos los planes, programas, proyectos y políticas públicas deberán incorporar el enfoque de derechos humanos en sus respectivos ámbitos de actuación, **a fin de identificar situaciones de vulneración de derechos, de discriminación o exclusión de grupos vulnerables de la población**”* y, en su artículo 12 se estipuló que *“todos los planes, programas, proyectos y políticas públicas deberán incorporar el **enfoque de género** en sus respectivos ámbitos de actuación, **a fin de identificar situaciones de discriminación entre hombres y mujeres y adoptar acciones para garantizar la igualdad y la equidad de género**”* (subrayado propio).

La ley menciona objetivos específicos que se desprenden del objetivo general 1.2 *“Imperio de la ley y seguridad ciudadana”* cuya operacionalización (jurídicamente vinculante) impactaría en la política criminal, a saber (se destacan los más importantes):

- Objetivo 1.2.1.5. Capacitar y sensibilizar al personal de todas las instituciones del Sistema de Justicia en materia de derechos humanos, con énfasis en los derechos de las mujeres, niñez y adolescencia; (subrayado propio);
- Objetivo 1.2.1.6. Universalizar y fortalecer la reforma del sistema penitenciario, como medio de rehabilitación, reeducación y reinserción social de las personas que cumplen penas;
- Objetivo 1.2.1.9. Actualizar la legislación adjetiva para adecuarla a los principios constitucionales y los avances del derecho comparado, **promoviendo con ello el desarrollo y la competitividad del país y asegurando el estricto cumplimiento de los convenios internacionales, entre ellos los relativos a la equidad y derechos de las mujeres y grupos vulnerables**; (Subrayado propio)
- 1.2.2.4. Fortalecer el marco institucional y normativo para el control de prácticas que inciden en el delito y la violencia, sobre todo la violencia de

género y contra niños, niñas y adolescentes, tales como uso de armas, drogas y juegos de azar;

● 1.2.2.9 Fortalecer y ampliar los sistemas integrales de denuncia, atención y protección a personas víctimas de violencia, en particular mujeres, adolescentes, niños y niñas, incluyendo centros de refugio y atención.

De igual manera, es propicio mencionar que la República Dominicana adoptó en 2015

La Resolución de Naciones Unidas que instituye la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. De este instrumento se desprenden objetivos y metas cuya ejecución también coadyuvará a la tenencia de una política criminal con perspectiva de géneros y de derechos humanos, a saber:

Objetivo de Desarrollo Sostenible	Meta	Indicador ¹⁶¹
ODS 3. Salud y bienestar.	<p>3.1 Para 2030, reducir la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100,000 nacidos vivos.</p> <p>3.4 De aquí a 2030, reducir en un tercio la mortalidad prematura por enfermedades no transmisibles, mediante su prevención y tratamiento, y promover la salud mental y el bienestar.</p> <p>3.5 Fortalecer la prevención y el tratamiento del abuso de sustancias adictivas, incluido el uso indebido de estupefacientes y el consumo nocivo de alcohol.</p>	<p>3.1.1 Tasa de mortalidad materna.</p> <p>3.1.2 Proporción de partos atendidos por personal sanitario.</p> <p>3.4.2 Tasa de mortalidad por suicidio.</p> <p>3.5.1 Cobertura de los tratamientos (farmacológicos y psicosociales y servicios de rehabilitación y postratamiento) de trastornos por abuso de sustancias adictivas.</p>
ODS 5. Igualdad de género y empoderamiento de la mujer.	5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación	<p>5.2.1 Proporción de mujeres y niñas a partir de 15 años de edad que han sufrido violencia física, sexual o psicológica a manos de su actual o anterior pareja en los últimos 12 meses, desglosada por forma de violencia y edad;</p> <p>5.2.2 Proporción de mujeres y niñas a partir de 15 años de edad que han sufrido violencia sexual a manos de personas que no eran pareja en los últimos 12 meses,</p>

¹⁶¹ Organización de Naciones Unidas, Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/71/313 *Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.*

		desglosado por edad y lugar de hecho.
ODS 16. Paz, Justicia e Instituciones Sólidas	<p>16.1 Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.</p> <p>16.2 Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.</p>	<p>16.1.1 Número de víctimas de homicidios intencionales por cada 100.000 habitantes, desglosado por sexo y edad.</p> <p>16.1.2 Muertes relacionadas con conflictos por cada 100.000 habitantes, desglosada por sexo, edad y causa.</p> <p>16.1.3 Proporción de la población que ha sufrido violencia física, psicológica o sexual en los últimos 12 meses.</p> <p>16.4 Proporción de la población que se siente segura al caminar sola en su zona de residencia.</p> <p>16.2.1 Proporción de niños de entre 1 y 17 años que han sufrido algún castigo físico o agresiones psicológicas a manos de sus cuidadores en los últimos meses.</p> <p>16.2.2 Número de víctimas de la trata de personas por cada 100.000 habitantes, desglosado por sexo, edad y tipo de explotación.</p>

Fuente: elaboración propia con datos de la Organización de Naciones Unidas.

En ese orden de ideas, considerando que la política criminal es una política pública elaborada por el Estado cuyo fin es proteger y garantizar derechos y el bienestar común de la población que se encuentra bajo la jurisdicción dominicana, esta debe contar, por obligación, con perspectiva de género y de derechos humanos, de lo contrario, no abordaría correctamente las desigualdades estructurales que, por obligación, un Estado Social y Democrático de Derecho está llamado a reconocer y reducir. La política criminal, así como cualquier otra política, debe garantizar el cumplimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales, en tanto, su adopción debe tomar en cuenta el desarrollo progresivo de la sociedad, en aras de alcanzar un Estado con niveles mínimos de violencia y criminalidad.

Al tiempo, es menester comprender que lo establecido en la ley 1 - 12 no constituye una mera declaración política, su cumplimiento es de estricto cumplimiento para los poderes públicos y los terceros.

¿Por qué transversalizar la política criminal con perspectiva de género y de derechos humanos?

La Constitución de República Dominicana, el bloque de constitucionalidad, así como las leyes sectoriales analizadas *ut supra*, reconocen y garantizan el derecho a la igualdad bajo todo tipo de circunstancia, sin embargo, la igualdad material es distinta. La vigencia de los roles sociales culturales tradicionales sobre el género ha influido en mantener algunas normas jurídicas, como la criminalización del aborto en el código penal, vigentes y sin ánimos de revertirse.

De igual manera, la motivación de algunos legisladores, en el escenario de la modificación del Código Penal, de eximir la pena y responsabilidad la actividad sexual sin consentimiento, dentro de la pareja¹⁶², refleja la dominación estructural del hombre sobre la mujer, superponiendo el deseo sexual masculino a los derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho —progresivo— a una vida digna de las mujeres.

Esta posición sobre la violación sexual en contexto de pareja, viola los estándares interamericanos e internacionales para la protección de las mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consagrado en su sentencia “*Caso Brisa Angulo Losada vs. Bolivia*” que el consentimiento es un elemento central para definir la existencia o no de una violación y, por tanto, “[l]os tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual”¹⁶³ y, que solo se puede validar la existencia del consentimiento “cuando éste se haya manifestado libremente a través de actos que, en atención a las circunstancias, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Ya sea mediante la anuencia verbal, o sea porque dicho consentimiento se deriva de un comportamiento evidentemente identificable con una participación voluntaria”¹⁶⁴.

Las posiciones que constriñen la voluntad de la mujer son el resultado de un orden social del género heteronormado, inscrito en la objetividad de las estructuras sociales y en la subjetividad de las estructuras mentales¹⁶⁵. Sin embargo, el rol del Derecho y la sociedad en un contexto como este es de no mostrarse indiferente ante las desigualdades y la discriminación que se deriva de la construcción cultural de la diferencia sexual¹⁶⁶, por ello, incluso el legislador en su rol de creador de leyes debe tomar en cuenta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y los estándares que los regulan para evitar la adopción de leyes que pudiesen resultar no conformes al orden constitucional.

¹⁶² Diario Libre, *Legisladores no creen que sexo no consentido en pareja sea violación*. Consultado el 14 de enero de 2023. 2021. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/actualidad/politica/legisladores-no-creen-que-sexo-no-consentido-en-pareja-sea-violacion-KN29354097>

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, párr. 145.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Estados Unidos Mexicanos, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género*. Consultado el 14 de enero de 2023. 2020. Pág. 14. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf

¹⁶⁶ *Ibidem*.

A su vez, existe una diferencia en el impacto generado por la comisión de crímenes y delitos en los hombres, las mujeres y la población LGBTIQ - tanto en su rol de víctimas como de victimarios -. A nivel mundial, las mujeres cometen menos crímenes que los hombres¹⁶⁷, en los delitos violentos participan más hombres que mujeres, a pesar de esto, el número de mujeres en prisiones crece más rápido que el de hombres¹⁶⁸, mientras la población masculina en prisiones (a nivel mundial) creció cerca de un 20% desde el 2000, el crecimiento porcentual de la población femenina fue de 53%¹⁶⁹.

El aumento de la población femenina privada de libertad se debe a diversos factores. Por ejemplo, la criminalización del aborto ha generado que mujeres sean privadas de libertad por abortar; por participar en delitos relacionados a las drogas, otras, por su participación forzada en el tráfico ilícito de dichas sustancias a cambio de sumas de dinero¹⁷⁰.

Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, han sido obligadas, en algunos casos, al tráfico ilícito de drogas¹⁷¹ en beneficio de sus tratantes, de igual manera, algunos países criminalizan a las víctimas de trata de personas, o ponen sobre ellas la carga de la prueba para lograr eximirles del proceso penal, si bien esto no es una criminalización, es un factor que deviene en revictimización. Todo esto ha coadyuvado a mantener un aumento porcentual de la población femenina en las prisiones desde el inicio del siglo hasta la actualidad.

Lo que se quiere decir con esto no es que no se debe enjuiciar a las mujeres por su participación en diversos tipos de delitos, sino que existen factores sociales, económicos, que generan una discriminación *de jure* y *de facto* que luego puede influir en la comisión de crímenes y delitos, factores que los Estados tienen la obligación de abordar a través de las políticas públicas sociales y económicas de que dispongan.

En 2021, 45,000 mujeres y niñas fueron asesinadas por sus parejas u otros miembros de la familia; en promedio, más de 5 mujeres por cada hora¹⁷². Cuatro de cada diez homicidios de mujeres en 2021 carecían de datos contextuales que permitieran clasificarlos como asesinato por razones de género, 4 de cada 10 homicidios de mujeres en el mundo sigue sin clasificarse¹⁷³. Esto pone de manifiesto una situación global que no solo tiene influencia en las estadísticas criminales, también afecta la manera en que se judicializan los delitos, y las políticas preventivas que puedan diseñar los Estados.

¹⁶⁷ Larson, R. *Explaining the Gender Gap in Crime Cross - Nationally*. 2018.

¹⁶⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, *Toolkit on Gender - Response non - custodial measure*. Pág. 7. 2020.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, *Toolkit on Gender - Response non - custodial measure*. Pág. 9.

¹⁷¹ Véase sobre esto Vargas, T, Núñez, K, Beltrán R, & el Instituto Nacional de Migración de la República Dominicana, “*Trata de mujeres dominicanas en Costa Rica, Suiza y España: en el marco de los estudios de género, migración y desarrollo*”, p. 217 y ss. 2022., Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global report on trafficking in persons*, p. 159. 2023.

¹⁷² Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito & ONU Mujeres. *Asesinatos de mujeres y niñas por razones de género (femicidio/feminicidio)*, pág. 7. 2022.

¹⁷³ *Ibidem*.

La no producción del dato “*relación de la víctima con el/la perpetrador(A)*” es otro factor que contribuye a la tenencia de políticas criminales sesgadas pues, el Estado no observa, por ejemplo, si los casos de violencia que se producen se dan en un contexto de relación de pareja o de familia o la existencia de una relación de poder que afecta de manera desproporcionada a la víctima.

En República Dominicana, el número de denuncias de violencia basada en género, violencia intrafamiliar y de delitos sexuales aumentó del 2008 al 2022¹⁷⁴. Existen fuertes denuncias sobre casos de violencia a personas LGBTIQ posiblemente basadas en su orientación sexual o expresión de género¹⁷⁵. De igual manera, se ha observado apatía colectiva respecto a la educación con perspectiva de género, ignorando el rol de los estigmas en la violencia basada en género, intrafamiliar y delincuencia juvenil.

La Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples (ENHOGAR) 2022 publicó en el módulo de seguridad algunos datos que reflejan las diferencias en torno al impacto de la inseguridad objetiva y subjetiva en torno al género. En primer lugar, al calcular el indicador del ODS 16.1.4 “*composición porcentual de 15 años y más, por percepción de seguridad al caminar solo o sola en su barrio o comunidad de noche, según sexo*”, se determinó que 23.0% de la población femenina se siente *nada segura* al caminar sola de noche, frente al 18.4% de la población masculina; de igual manera, sobre la percepción de seguridad, el 26.3% de la población masculina se siente más segura, frente al 17.9% de la población femenina¹⁷⁶.

Respecto a la abstención de actividades cotidianas por miedo al delito, el porcentaje de abstención fue mayor en mujeres que en hombres, por ejemplo, un 25.5% de la población femenina ha dejado de usar transporte público, frente a 23.1% de la población masculina; un 30.1% de la población femenina ha dejado de participar en actividades de su barrio o comunidad frente a un 25.9% de la población masculina encuestada¹⁷⁷. Es decir, el miedo al delito ha repercutido en actividades cotidianas de suma importancia para la productividad y la cohesión social, así como para la gobernanza local.

En ese sentido, es una obligación jurídica del Estado dominicano idear una macro política criminal con perspectiva de género y derechos humanos, que permita establecer estrategias de persecución, prevención, investigación, judicialización y reinserción sectoriales, como por ejemplo el plan nacional contra la trata de personas que se elaboró del 2017 al 2020, con perspectiva de género, edad y de derechos humanos. El camino para seguir de aquí al 2050 es el de una sociedad pacífica, equilibrada, justa, transparente y que no deje a nadie atrás. Alcanzar esto depende, en gran medida, de una política criminal más humana, incluyente y eficiente.

¹⁷⁴ Véase Guerrero, J. Análisis de la Criminalidad en República Dominicana: 2008 - 2019.

¹⁷⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Encuesta Nacional LGBTI*, p. 13. 2021.

¹⁷⁶ Oficina Nacional de Estadística. *Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos Múltiples ENHOGAR, Informe Básico, 2022*. Pág. 42 y ss.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Fisionomía orgánica de las juntas electorales: crónica de atribuciones confusas

Nikauris Báez Ramírez[1]

En el sistema electoral latinoamericano, que se caracteriza por el establecimiento de órganos electorales especializados, siendo esta característica una de las aportaciones más significativas de la región a la ciencia política y al derecho electoral[2], se distinguen varios modelos de diseños orgánicos para el ejercicio de la función electoral. Un modelo concentrado, donde un solo órgano electoral es el encargado de la administración electoral y la justicia electoral al mismo tiempo[3]; un modelo mixto en el cual los máximos órganos electorales son autónomos en sus funciones, aunque puedan contar con órganos base que aún funcionen de manera concentrada realizando la doble función: administrativa y contenciosa al mismo tiempo. Finalmente, existen los modelos de sistemas electorales que son completamente desconcentrados y donde la separación funcional se produce desde los máximos órganos hasta los órganos de base o de primer grado.

A partir de la reforma constitucional de 2010, República Dominicana modificó la estructura de su sistema electoral para pasar de un modelo *concentrado* a otro de carácter *mixto*. Esto quiere decir que las funciones electorales del Estado pasaron a ser competencia de varios órganos y no solamente de uno como tuvimos desde 1923 con la fundación de la Junta Central Electoral hasta 2010 con el establecimiento del Tribunal Superior Electoral, al que se le atribuyen las funciones contenciosas electorales que hasta ese momento ejercía la Junta Central Electoral. Sin embargo, las juntas electorales continúan con atribuciones mixtas, es decir, respecto a estos órganos -con la reforma constitucional intervenida- no hubo separación funcional.

Las juntas electorales son órganos electorales locales de carácter permanente, los cuales deberán estar ubicados uno en razón de cada municipio y en el Distrito Nacional. En la actualidad hay en total ciento cincuenta y ocho (158) juntas electorales. Tienen atribuciones administrativas y contenciosas electorales. En materia administrativa están subordinadas a la Junta Central Electoral y en materia contenciosa sus decisiones son recurribles ante el Tribunal Superior Electoral, de conformidad con las disposiciones legales diseñadas al efecto (art. 213 constitucional).

La Constitución al referirse a las juntas electorales, si bien no aborda sus competencias, estructura ni requisitos de sus miembros o el periodo para el ejercicio funcional de tales, las ha enmarcado como órganos con cierta relevancia constitucional[4]. En su confección constitucional normativa se hayan cinco (5) aspectos fundamentales: primero, su distribución territorial; segundo, el carácter mixto de su función electoral: administrativa y jurisdiccional; tercero, la subordinación de las juntas electorales a la Junta Central Electoral en materia administrativa; cuarto, el órgano ante el que se recurren las decisiones contenciosas dictadas por las juntas electorales, esto es el Tribunal Superior Electoral; y, cinco, la competencia del legislador para desarrollar las funciones de estos órganos.

Empero, la fisionomía orgánica de las juntas electorales resulta, cuanto menos, imprecisa. Hay varias razones por las que me permito hacer esta afirmación: **(i)** su naturaleza jurídica no se encuentra delineada en el ordenamiento jurídico dominicano; **(ii)** su doble carácter: administrativo y jurisdiccional; y, **(iii)** el carácter de las decisiones que emite en funciones contenciosas electorales. En el presente análisis abordaré el primero: su naturaleza orgánica, sin perjuicio de que en subsiguientes entregas realice un estudio pormenorizado de los últimos dos aspectos que, a mi modo de ver, son parte de la crónica de atribuciones confusas de estos órganos.

Se encuentran conceptualizados, con alto grado de timidez normativa, en el Capítulo II relativo a los órganos electorales, Sección I de la Junta Central Electoral, artículo 213, sin embargo, su naturaleza jurídica no se haya especificada por los asambleístas constituyentes. La Constitución -si acaso- menciona de soslayo para formarnos cierto concepto de su naturaleza, que en materia administrativa se encuentran “subordinadas” a la Junta Central Electoral, órgano de administración electoral junto al que, vale decir, se encuentra configurada formalmente en la Constitución.

La parquedad en cuanto a la naturaleza jurídica de las juntas electorales en su raigambre constitucional, aunado con la dispersión normativa de su competencia, nos hacen requerir un ejercicio de intelección para determinar si constituyen órganos autónomos, descentralizados o desconcentrados. En cualquier caso, si la fisionomía orgánica a la que finalmente arribemos (ya sea que se trate de autonomía, descentralización o desconcentración) si tal aplica *mutatis mutandis* a su duplicidad competencial: contenciosa y administrativa o si, contrariamente, para determinar su naturaleza jurídica la función mixta que realiza en nada influye. Vamos despejando:

En primera instancia, vale decir que el término “desconcentrado” o “concentrado” en el Derecho Electoral latinoamericano se circunscribe a la determinación de que un mismo órgano tenga o no las dos competencias básicas de la función electoral: administrar y juzgar. Ello en razón de que -como introdujimos en el presente análisis- en Latinoamérica, persiguiendo la especialidad de los órganos electorales, existen tres modelos de sistemas electorales: concentrados, desconcentrados o mixtos. Desde tal categorización, las juntas electorales, como órganos electorales locales, serían -sin más- órganos concentrados. Sin embargo, el presente análisis aborda su fisionomía jurídica desde un prisma más amplio que involucra su configuración constitucional, el despliegue de sus funciones, su capacidad -o no- de autogobierno y autorregulación, por ello la fisionomía que se determine puede o no coincidir con la categorización realizada desde la doctrina para los sistemas electorales.

En materia administrativa al estar subordinadas las juntas electorales a la Junta Central Electoral, le corresponde al presidente del órgano de administración electoral asegurar el regular funcionamiento de las juntas electorales, para garantizar que cumplan con la correcta aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes (art. 20.14 Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral). Las competencias administrativas de las juntas electorales se encuentran reguladas por el art. 46 de la Ley 15-19, Orgánica de

Régimen Electoral, sin perjuicio de que la Junta Central Electoral pueda atribuirle, a través de su facultad reglamentaria, otras competencias.

Las funciones contenciosas se encuentran reguladas por la Ley 29-11, Orgánica del Tribunal Superior Electoral la cual establece que tendrán “las demás atribuciones de carácter contencioso” en el reglamento que al efecto sea dictado por el Tribunal Superior Electoral. De conformidad con el artículo 15 de la Ley 29-11, a estas les corresponde -en materia contenciosa electoral- en primer grado, entre otras cosas, la anulación de elección de uno o varios colegios electorales y dictar medidas cautelares para garantizar la protección del derecho al sufragio, recurridas tales decisiones por ante el Tribunal Superior Electoral. El Reglamento Contencioso Electoral y de Rectificación de Actas del Estado Civil les atribuye a las juntas electorales la competencia para conocer amparos electorales para tutelar el derecho al sufragio, exclusivamente el día en que se reúnan las asambleas electorales (art. 179), en otras palabras, el día de la elección.

Se aprecia que para delinear el radio competencial de las juntas electorales en materia contencioso electoral e, incluso, administrativa, en el ordenamiento jurídico existe, si se quiere, un *doble grado de reserva*. Más concretamente:

- Los asambleístas constituyentes instituyen que las juntas electorales tendrán las demás atribuciones que disponga la ley, dado que la Constitución no hace más que precisar su función mixta: contenciosa y administrativa, sin trazar las atribuciones en una u otra función electoral;
- El asambleísta orgánico diseña, en materia administrativa a través de la Ley 15-19 y en materia contenciosa a través de la Ley 29-11, el radio competencial de las juntas electorales. Dispone que estos órganos tendrán las demás atribuciones que les atribuya el Tribunal Superior Electoral y/o la Junta Central Electoral, por la vía reglamentaria.

Como se advierte, el *doble grado de reserva* se cifra al Constituyente encomendar al legislador la competencia de añadir atribuciones a las juntas electorales y este, a su vez, delegar en la Junta Central Electoral y el Tribunal Superior Electoral, ambos órganos constitucionales autónomos, para que estos a través de su facultad reglamentaria atribuyan competencias a las juntas electorales, de conformidad con el marco Constitucional y legal. Ello pone de relieve que sus competencias se hayan en instrumentos normativos de diverso carácter jurídico: Constitución, leyes orgánicas y reglamentos.

Retomando sus funciones, el enlistar las atribuciones contenciosas de las juntas electorales no ha sido una tarea ociosa. Lo he hecho con el objetivo de poner de relieve que el solo análisis de tales ilustra que las funciones contenciosas de las juntas electorales, sintetizadas sustancialmente en la protección del sufragio activo y pasivo, así como en la legalidad de las asambleas electorales, **se circunscriben al día de la elección**, sin perjuicio de que las decisiones y recursos sean decididos, ulteriormente, después de la jornada electoral.

Es decir, las atribuciones contenciosas constituyen el mínimo funcional de las juntas electorales, frente a sus atribuciones administrativas, en razón de que las primeras se ciñen a las incidencias del día de la elección o la impugnación de los actos calificativos de la elección: toda su competencia contenciosa se circunscribe a los comicios celebrados. Sin embargo -y considerando que son órganos de carácter permanente- vale analizar su fisonomía jurídica partiendo de la relación de subordinación que el Constituyente especifica tienen con la Junta Central Electoral, al ser el órgano que organiza, fiscaliza y reglamenta su *modus vivendi y operandi* administrativo electoral que resulta ser las competencias que desarrollan durante mayor tiempo (en relación a las funciones contenciosas).

La Junta Central Electoral tiene con relación a las juntas electorales -dada la subordinación- a modo enunciativo y no limitativo, las siguientes atribuciones:

- Fiscalización del cumplimiento de sus competencias legales y reglamentarias, por lo que carecen de autonomía funcional, en tanto sus políticas, estrategias, metas y objetivos son trazados por el órgano que se ubica en el vértice de la administración electoral.
- Reglamentación de sus competencias.
- La administración y gestión financiera presupuestaria están concentradas en la Junta Central Electoral, de ahí que las juntas electorales no tienen presupuestos individuales.
- La Junta Central Electoral se encarga de designar a los miembros de las juntas electorales.
- Las atribuciones legales de las juntas electorales, amén de que fueron relegadas por el legislador orgánico, son ejecutadas de conformidad con los actos administrativos o instrumentos normativos que dicte la Junta Central Electoral.
- La Junta Central Electoral puede ejercer la avocación, en los términos del art. 77 de la Ley orgánica de Administración Pública.
- Las juntas electorales ejercen competencias administrativas electorales que sugieren ser a modo desconcentrado en sus dos tipos: funcional y territorial (art. 72 y 73 de la Ley Orgánica de Administración Pública).
- La Junta Central Electoral es la que reglamenta los recursos en sede administrativa. Los órganos electorales locales carecen de autonomía funcional instrumental, teniendo el órgano de administración electoral la facultad de conocer recursos jerárquicos que pongan fin a la vía administrativa, respecto de los actos emitidos por las juntas electorales a razón de recursos de reconsideración.

Como sugiere el análisis anterior, las juntas electorales son órganos desconcentrados del sistema electoral que encabeza la Junta Central Electoral. Ello así en tanto: **(i)** adolecen de personalidad jurídica propia; **(ii)** carecen de autogobierno y autoorganización; **(iii)** su superior jerárquico es, naturalmente, la Junta Central Electoral; **(iv)** no poseen autonomía presupuestaria ni financiera; **(v)** el ejercicio de sus funciones administrativas está sometido a la fiscalización y control de la Junta Central Electoral.

materia contenciosa, si bien los procesos contenciosos electorales están instituidos por el legislador y pormenorizados o desarrollados por el Tribunal Superior Electoral en los reglamentos que está facultado a dictar en la materia, y las decisiones de las juntas electorales son recurribles en su sede jurisdiccional, estos órganos gozan de autonomía contenciosa. La autonomía de las juntas electorales en el dictado de decisiones es parte del casco duro de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, dado que deben cumplir con los principios de imparcialidad, objetividad, neutralidad y transparencia, cuyo único mandato o injerencia debe venir de la Constitución y la Ley.

De modo que la fisionomía orgánica a la que finalmente hemos arribado: órganos electorales desconcentrados en materia administrativa del sistema que encabeza la Junta Central Electoral, no aplica *mutatis mutandis* a su duplicidad competencial: contenciosa y administrativa, contrariamente, para determinar su naturaleza jurídica la función mixta que realiza influye en su grado autónomo y, consecuentemente, en su fisionomía orgánica. La duplicidad de la función electoral que despliega sí determina su naturaleza: son órganos desconcentrados en materia administrativa electoral y autónomos para el dictado de sus decisiones en materia contenciosa electoral, dado que para el dictado de estas últimas no están subordinadas -en grado alguno - ni reciben injerencia de la Junta Central Electoral, máxime considerando que este órgano ni siquiera tiene competencias contenciosas.

Es importante puntualizar que del análisis realizado se advierte que la fisionomía jurídica que hemos delineado de las juntas electorales locales no coincide con la concepción abstracta de estos órganos en los modelos de sistemas electorales en la región. Ello no quiere decir que desde el análisis único de su función mixta no sea lo que en la doctrina Latinoamericana se denomina como concentración, sino que, visto lo visto, las particularidades de su relación de subordinación con relación a la Junta Central Electoral, aunado con la característica propia del ejercicio de una función formal y materialmente jurisdiccional, equivale a una configuración particular e individualizada de su naturaleza jurídica que, como se ha dicho, es desconcentrada y autónoma, en los términos antes referidos.

[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] Orozco Henríquez, José Jesús. (2001). Sistemas de justicia electoral en del derecho comparado. Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y perspectivas. IFE: PNUD: UNAM. IIJ: IFES: International IDEA: TEPJF.

[3] Ejemplos: Tribunal Supremo de Costa Rica; Nicaragua, con el Consejo Supremo Electoral; Uruguay, con la Corte Electoral; Brasil, con el Tribunal Superior Electoral; El Salvador, con el Tribunal Supremo Electoral.

[4] Son los que, aun no gozando de autonomía, se hayan caracterizados, conceptualizados o nominados en la Constitución.

Víctor Frank, de creador de Frankenstein a legislador: infracciones administrativas electorales alienadas

Por Nikauris Baez Ramirez

Frankenstein^[1], la criatura humanoide hecha con fragmentos de cadáveres de salas de disección tan putrefactas que ni *Patrick Süskind* se atrevió a describir para ilustrar las maledicencias de Jean-Baptiste Grenouille, además de ser una terrorífica alegoría a la necesidad de afecto, dilucida las consecuencias de la obsesión de crear el mayor reto del mundo científico: darle vida a un cuerpo muerto. Víctor Frank -el creador- repudió su obra, subsumiéndola en la orfandad, alienación y carencia de sentido. Frankenstein, la criatura ‘demoniaca’ se alejó de la intención de su creador que lo aborrecía, aunque no tuvo más culpa ^[Frankenstein] que la de ser un producto mal elaborado y condenado a vivir en la desdicha.

La creación de Víctor Frank, o más bien la vergüenza del producto abominable de su obsesión científica, causó que se sintiera perseguido hasta el resto de sus días y las personas que más amaba fueran asesinadas por ese ‘adefesio’. Estos actos, fundados en el sentimiento de carencia afectiva, tenían como propósito que Víctor padeciera un poco lo que Frankenstein sufría por su desidia, vergüenza y desdén. Aunque Mary Shelly le dio muerte a Víctor Frank aposado Frankenstein sobre su cuerpo inerte en el Polo Norte -por infortunio- su espíritu sigue entre nosotros ¡vive en el legislador que hace de normas entuertos que en la práctica se traducen en la imposibilidad de estas producir efectos jurídicos y colocándolas en una orfandad, alienación y carencia de sentido normativo!

Las infracciones administrativas electorales son el producto de ese legislador invadido por el espíritu de Víctor Frank: un cuerpo normativo que, como Frankenstein, se ha alejado del propósito –o del que ha de suponerse ser el propósito- de su creador. El legislador en la Ley 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, obsesionado con un producto que ha cocido con entuertos, quizás no con hilos de salas de disección, pero sí con alquimia normativa que crea una panacea ficticia de que sí: habrá prohibiciones y, consecuentemente, sanciones: pero ello es una ilusión, un espejismo. Estamos desvalidos con un sistema que prohíbe, pero no tipifica, ni individualiza sujetos, ni pormenoriza sanciones ni atribuye competencias de forma delineada.

El joven jurista Stalin Osser^[2] había introducido el tema, a su juicio, en el artículo 25 de la Ley 33-18, existe un catálogo de conductas tipificadas como “Prohibiciones”, las cuales el legislador no las incluyó nominalmente como infracciones administrativas electorales, denominadas por el jurista como *infracciones electorales innominadas*. Yo le agregaría que, de leerse el artículo 25 de forma conjunta con el numeral 1 del artículo 78, que instituye como sanción multas a los que incurran en violación a las disposiciones contenidas en el artículo 25, parecería que más allá de ser meras prohibiciones son, de tajo, infracciones, tal como sostiene Osser.

Sin embargo y al margen de los problemas que acarrea la intelección normativa o aplicación por analogía cuando se trata de restringir la esfera de actuación de la ciudadanía pues se está impactando, en mayor o menor grado, sus derechos fundamentales a través de conductas típicas sancionables, tampoco queda claro si, de ser infracciones, estas serían administrativas electorales, toda vez que la Ley, en el Capítulo IX relativo a las penalidades, le atribuye al Tribunal Superior Electoral la competencia de juzgar las infracciones cometidas en la Ley 33-18.

Parecería una obviedad que, consecuentemente, todo sea, en cuanto a las prohibiciones y sanciones en caso de violación, competencia del órgano jurisdiccional. Sin embargo, en el meollo del entuerto, al leerse de forma íntegra el artículo 78 de la Ley 33-18, se aprecian -cuanto menos- dos (2) conductas que son pasibles de sanción por parte de la Junta Central Electoral y que el propio legislador conmina al órgano -al menos de forma taxativa- a imponerlas en esos supuestos de hecho (numerales 5 y 8). La tipicidad y competencia -como es sabido- son elementos imprescindibles para garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva, pero el legislador, con sus hilos amorfos, ha diseccionado un cuerpo normativo sin elementos para producir efectos.

Aunado a lo anterior -y continuando con la falta de tipicidad- el legislador no ha establecido con suficiente precisión los sujetos pasibles de ser sancionados por la comisión de una determinada infracción. Ello se ilustra con el numeral 6 del artículo 78 que dispone una multa de veinte (20) a cincuenta (50) salarios mínimos vigentes en el sector público, prisión de tres a seis meses y la inhabilitación para ser candidato a posiciones de elección popular para el período electoral siguiente a la condena de lo irrevocablemente juzgado, a los dirigentes y miembros de partidos, agrupaciones y movimientos políticos que incurran en violación al numeral 8) del artículo 25, cuando nos remitimos a esa disposición normativa, el numeral 8 se refiere a una prohibición el despojar de candidaturas que hayan sido válidamente ganadas en los procesos internos de elección a los dirigentes del partido, agrupación o movimiento político para favorecer a otras personas, incluyendo a las del mismo partido, agrupación o movimiento político, o de otro partido, agrupación o movimiento político.

Leído así, la sanción parecería referirse a aquellos que ostenten una candidatura, cuya sanción sería la inhabilitación, sin embargo, la dirigencia partidaria que presenta la lista de candidaturas ante los órganos electorales locales (juntas electorales) o Junta Central Electoral, según sea el nivel de que se trate, no necesariamente ha de ostentar una candidatura. Por ello, la sanción no se corresponde con los sujetos conminados a no incurrir en el supuesto de hecho calificado como prohibición (al margen de considerar otros presupuestos, como la proporcionalidad de la sanción). También, como se advierte, para una misma prohibición existe una pluralidad de sanciones disgregadas en la Ley 33-18.

Lo anterior evidencia -como hemos sostenido- que estamos desvalidos con un sistema que prohíbe, pero no tipifica, ni individualiza sujetos, ni pormenoriza sanciones ni atribuye competencias de forma delineada, eso sin considerar un estudio sobre la proporcionalidad de las sanciones. ¡Menos Víctor Frank y más Mery Shely!

[1] Este texto fue inspirado por Víctor León, quien en una reciente entrega abordó la fisonomía jurídica de los colegios electores bajo el título “Frankenstein jurídico: consideraciones respecto a los colegios profesionales”, consúltese abogadosdq.com/frankenstein-juridico-consideraciones-respecto-a-los-colegios-profesionales/.

[2] Para ampliar, consúltese <https://acento.com.do/opinion/derecho-administrativo-sancionador-electoral-o-derecho-penal-electoral-8972871.html>.

La Torre de Babel en el derecho procesal dominicano: precisiones y distinciones sobre institutos del derecho procesal

Víctor A. León Morel^[1]

“A éstos sólo habría que persuadirlos a que lean y escuchen a aquéllos, agregando a la receta el estudio asiduo de las fuentes de consulta del idioma y la práctica constante, ya que es algo requetesabido que a escribir y a hablar bien se aprende escribiendo y hablando, mucho y a diario.”

Dedicado a don Fabio J. Guzmán Ariza, por sus grandes aportes a la correcta escritura de los abogados.

I. Introducción

El trabajo del abogado, especialmente el abogado litigante, es en términos llanos comunicar y convencer al tercero imparcial (juez), de una teoría del caso, es decir, argumentar jurídicamente porqué su cliente tiene la razón y merece ganancia de causa. Por esta razón, es tan importante que el abogado se preocupe en la forma en que comunica sus argumentos, cuidando minuciosamente el uso del lenguaje.

La Torre de Babel, descrita en el libro de Génesis de la Biblia, explica como una falta de comunicación efectiva y comprensión entre los interlocutores pudo evitar que los descendientes de Noé llegaran al cielo, al no hablar el mismo idioma. La palabra Babel, proveniente de la palabra hebrea “balel”, que significa confundir, y que es relatada en la famosa película del mexicano Alejandro González Iñirratu, en la cual vemos tres mini relatos distintos en los cuales los problemas de comunicación agravan el problema.

Las deficiencias en el uso del lenguaje y en la comunicación de los abogados dominicanos no debería ser una sorpresa, pues como se ha reiterado, estos problemas inician en la educación inicial y se mantienen hasta que ese estudiante logra ser profesional, como indica un estudio del año pasado del Boletín de Competitividad Sectorial (BCS), publicado por el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo (MEPYD), que revela que el 62.3 % de la población de 10 años no podía leer ni entender un texto simple.

No se trata de un problema exclusivo de los abogados, pero ciertamente nos circunscribimos a estos pues como ya resaltamos, la labor de comunicación y convencimiento es esencial para el éxito en la profesión.

Don Fabio Guzmán Ariza, es uno de los pocos abogados que se ha preocupado por el lenguaje jurídico dominicano, presidente de **Fundéu Guzmán Ariza**, institución sin fines de lucro entre cuyos objetivos se encuentra impulsar el buen uso del español en los medios de comunicación de la República Dominicana, y cuenta con la asesoría de la **Academia Dominicana de la Lengua** y la **Fundación del Español Urgente**

(FundéuRAE) —entidad sin ánimo de lucro fundada en España, en el año 2005, con el auspicio de la Real Academia Española.

En un artículo publicado en el año 2007 en Gaceta Judicial, don Fabio resaltaba la importancia del uso apropiado del lenguaje para los abogados:

*Se supone que los **abogados**, por la naturaleza de su oficio, deben hablar y escribir bien el idioma o por lo menos mejor que la generalidad de la población y que otros profesionales cuyo quehacer principal no es la comunicación. Así como no se concibe que un cirujano no maneje el bisturí con destreza ni que un agricultor no sepa utilizar el machete, parecería absurda la idea de un **abogado** que no se exprese correctamente y que, por ende, sea incapaz de “abogar” de manera convincente en provecho de su representado. Con razón al **abogado** de antaño le llamaban “letrado”. Su conocimiento de la lengua y la habilidad que mostraba en su uso le hacían merecedor del calificativo, así como de prestigio y autoridad en la comunidad en que vivía.*

El problema es que muchas veces, utilizamos palabras y términos como sinónimos de forma indistinta, olvidando la rigurosidad técnica de los conceptos, y que, en medio de esa Torre de Babel, terminamos confundiendo al receptor del mensaje, lo que perjudica a nuestro caso y de paso a nuestro cliente. En las siguientes líneas, presento algunos ejemplos de los términos más comunes que se utilizan en el derecho procesal dominicano.

II. Proceso/procedimiento

Para el jurista uruguayo Eduardo Couture el proceso es un procedimiento a fin de cumplir la función jurisdiccional, así como el cúmulo de actos de la conducta jurídica, un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por un acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses, con relevancia jurídica[2]. Jaime Guasp lo define como una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello[3].

Por otro lado, el procedimiento puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que ordenan y regulan un proceso jurídico y sus distintos trámites[4]. Artagnan Pérez Méndez define el procedimiento como una sucesión de trámites judiciales, una serie de formalidades que deben cumplirse para lograr un resultado, y citando a Jean Vincent precisa que un buen procedimiento es prenda de paz social[5].

El Tribunal Constitucional dominicano ha definido ambos conceptos en su sentencia **TC/0202/18**, estableciendo lo siguiente:

*9.6. El “**proceso**” es definido como el instrumento previsto en el ordenamiento jurídico para la tutela de los intereses legítimos de las personas. Comprende un conjunto de actividades regidas por la ley, para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional. En cuanto a su naturaleza, se le reconoce como una relación*

jurídica porque vincula a los sujetos que intervienen en él; como un método dialéctico porque investiga la verdad jurídica en un conflicto de intereses y como una institución porque está regulado según las leyes de una misma naturaleza.

*9.7. El “**procedimiento**” es la sucesión de actos, tanto de las partes como del tribunal, cumplidos fuera del proceso para su preparación o dentro del mismo para su constitución y desenvolvimiento. Constituye el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve hasta su finalización el proceso, es decir, que solo alude a un aspecto formal o actividad externa, como es la mera sucesión de actos procesales.*

9.8. Las precisiones que anteceden demuestran que el concepto de proceso es más complejo y trasciende los actos de procedimiento, puesto que requiere valorar la estructura y los nexos que median entre tales actos, los sujetos que lo realizan, la finalidad de los principios inspiradores, las condiciones de quienes los producen, los deberes y derechos que están en juego.

Lo anterior evidencia que se tratan de conceptos relacionados pero distintos, y que el término proceso abarca una mayor extensión que el procedimiento, que parecería circunscribirse al ámbito jurisdiccional.

III. Casar/anular/revocar

La casación es un recurso extraordinario atribuido de manera exclusiva a nuestra Suprema Corte de Justicia. Al acoger un recurso de casación, casa la sentencia recurrida pudiendo remitir la misma a otra Corte, (casación con envío), casar la sentencia suprimiendo la decisión de la Corte sin que quede ningún aspecto por juzgar (casación sin envío), o de manera excepcional casar la sentencia y decidir de manera directa el caso.

El efecto de la casación es el mismo de la nulidad de la sentencia recurrida, debido a que retrotrae el asunto a su estado anterior y normalmente impide que la decisión pueda ser adoptada por el tribunal que decide casar o anular la sentencia.

La palabra revocación se deriva del latín *revocatio onis*, o bien la acción y efecto de revocar o dejar sin efecto un acto jurídico cualquiera. En tal virtud, parecería ser que la revocación es más consona con la idea de dejar sin efecto, en todo o en parte, la decisión dada por el tribunal de primer grado; mientras que la anulación tiende a poner las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto anulado, o más propiamente, la privación de los efectos legales del acto debido a un vicio de procedimiento sancionado por un mandato legal.

La nulidad y la revocabilidad, aunque similares, se diferencian en que en la nulidad de la sentencia se aniquilan total y absolutamente sus efectos. Por la gravedad del vicio, la sentencia deja de existir; más en la revocabilidad, la sentencia subsiste, tan solo es reformada para que sea más justa y, podría incluso, al menos parcialmente, conservar parte de su contenido primario (revocación parcial). Esta distinción es detallada por

CHIOVENDA[6] y CARNELUTTI[7], respecto a los tipos de vicios que puede tener una sentencia, in procedendo e in iudicando, es decir, el primero se refiere a un vicio de forma o procedimiento, que conlleva la anulación de la sentencia, mientras que el segundo es un vicio de fondo que conlleva a la revocación de la misma.

Un ejemplo concreto se verifica ante dos recursos que conoce el Tribunal Constitucional. Respecto al Recurso de Revisión de Decisión Jurisdiccional, el artículo 54.9 de la Ley 137-11 indica expresamente que *“la decisión del Tribunal Constitucional que acogiere el recurso, **anulará** la sentencia objeto del mismo y devolverá el expediente a la secretaría del tribunal que la dictó.”* En materia del Recurso de Revisión Constitucional de Sentencia de Amparo, la Ley 137-11, ni el Reglamento Jurisdiccional del Tribunal hacen referencias al término que debieran utilizar las sentencias que acogen dicho recurso, por lo que el Tribunal ha decidido adoptar la revocación.

Existen casos excepcionales en los cuales el TC ha anulado sentencias respecto a Recursos de Revisión Constitucional de Sentencia de Amparo, como por ejemplo, en el caso de correcciones de errores materiales de sentencias del TC, en las cuales se han anulado las sentencias, corrigiendo el mismo (TC/0028/20[8]).

Ciertamente, parecería interesante que el propio Tribunal Constitucional dicte una sentencia aclarando la correcta utilización de estos términos y sus implicaciones procesales.

IV. Caducidad/prescripción/plazo prefijado/perención

Todos estos términos, con excepción de la prescripción adquisitiva, se refieren a la sanción procesal de una de las partes por la inactividad en un determinado lapso de tiempo. No obstante a esto, existen diferencias en cada uno.

La **caducidad** es la extinción de un derecho por la expiración de determinado plazo[9]. Esta se produce, en sentido general, ya sea por efecto del transcurso de un periodo establecido por la ley o por las personas, ya sea por la ocurrencia de un hecho determinado y extingue el ejercicio o el goce de un derecho[10]. La caducidad se encuentra positivizada como sanción de orden público[11] en el artículo 7 de la Ley 3726 de 1953 sobre Procedimiento de Casación, indicando que *“habrá caducidad del recurso, cuando el recurrente no emplazare al recurrido en el término de treinta días, a contar de la fecha en que fue proveído por el Presidente el auto en que se autoriza el emplazamiento”*.

ESTEVEZ LAVANDIER comenta que al declararse la caducidad de un recurso, no es posible ejercer un nuevo recurso, salvo que el plazo se encuentre hábil, lo cual es prácticamente imposible, debido al tiempo que transcurre entre la caducidad y la decisión de la Suprema Corte de Justicia. Esto parece indicar que la caducidad se ubica dentro de las excepciones de nulidad, y no de un medio de inadmisión, lo cual ha sido reconocido por la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia al indicar que si el recurso es notificado con copia del memorial antes del transcurso del mes sin estar

encabezado por el auto del Presidente de la Suprema Corte de Justicia autorizando a emplazar, el cual se notifica posteriormente, después del transcurso del mes, habida cuenta de que el recurrido pudo constituir abogado y defenderse oportunamente, no puede pronunciarse la caducidad por aplicación de la máxima no hay nulidad sin agravio[12].

Conforme al artículo 2219 del Código Civil, la **prescripción** es un medio de adquirir o de extinguir una obligación, por el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones que determina la ley, es decir, puede ser extintiva o adquisitiva. La extintiva procura sancionar la falta de interés por no accionar en un tiempo determinado, aplicándose solamente a partir del momento en que ha nacido ese interés. La adquisitiva permite que una persona pueda adquirir un inmueble no registrado cumpliendo con ciertos requisitos conforme los artículos 712 y siguientes del Código Civil.

La prescripción extintiva al igual que el plazo prefijado son medios de inadmisión conforme el artículo 44 de la Ley 834 de 1978.

De igual forma, el plazo de prescripción puede suspenderse e incluso interrumpirse, al tratarse normalmente de un plazo largo de hasta 20 años, mientras que el plazo de caducidad y del plazo prefijado son normalmente cortos.

El plazo prefijado, según la interpretación de la Corte de Casación parece referirse a un plazo fijado en la ley para recurrir una sentencia, como el plazo de un mes para apelar consagrado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil[13]. Al respecto, el magistrado ALARCON afirma que la estricta sujeción al plazo, si de recursos se trata, parece ser un presupuesto de orden público procesal, del cual puede que dependa la suerte del proceso[14].

La sentencia TC/0382/18, del Tribunal Constitucional se refiere indistintamente al plazo prefijado y la caducidad indicando lo siguiente, al analizar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia:

*En la especie, la Suprema Corte de Justicia se ha limitado a aplicar una norma procesal -relativa a la pérdida del ejercicio de un derecho potestativo sujeto a un **plazo prefijado** y perentorio- y, por lo tanto, no le es imputable de modo inmediato y directo una acción u omisión que haya provocado la violación de un derecho fundamental. De hecho, lo determinado por la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, en cuanto a pronunciar la **caducidad** del recurso -de conformidad con la ley- y, por esa razón no haberse adentrado a conocer el fondo de la cuestión planteada, referida a la protección de derechos fundamentales, era lo que procedía.*

La **perención** es una sanción por la inactividad de procedimientos por un lapso de tiempo determinado. El CPC regula dos tipos, la perención de instancia, que conforme al 397 aplica cuando han transcurrido más de tres años desde la última actuación

procesal y la perención de sentencia, que aplica para sentencias en defecto, la cual debe ser notificada dentro de los seis meses de haberse obtenido la misma.

La perención de instancia es de orden privado, no puede ser pronunciada de oficio[15] y puede ser interrumpida por cualquiera de las partes. También es importante resaltar que se trata de una sanción en el curso de una instancia, pues se notifica mediante acto de abogado a abogado, y según el artículo 44 del CPC no extingue la acción, sino más bien el procedimiento.

Para agregar más confusión a estos términos similares, la Corte de Casación ha afirmado que la perención de sentencia es una caducidad, no una prescripción[16]. Lo ideal sería que el proyecto del Código de Procedimiento Civil pueda definir apropiadamente cada término, sobre todo para los fines de seguridad jurídica.

V. Acción/recurso

La acción en justicia es definida por Artagnan Pérez Méndez como el derecho reconocido a toda persona para que reclame en justicia lo que le pertenece o lo que le es debido. La acción como derecho autónomo tiende a proteger un derecho subjetivo o una situación jurídica que no es un derecho subjetivo. En términos generales, la acción es el derecho dinámico[17].

La Suprema Corte de Justicia ha definido la acción en justicia como el derecho reconocido a toda persona para que reclame ante la jurisdicción correspondiente lo que le pertenece o lo que le es debido[18].

Los recursos son vías de impugnación de decisiones administrativas o jurisdiccionales para obtener la reformación o retractación de la misma. Se trata de una petición motivada dirigida a un órgano jurisdiccional para que dicte una resolución que sustituya a otra que se impugna[19].

Lo anterior indica que la acción en justicia inicia un procedimiento administrativo o judicial, mientras que el recurso es el medio para impugnar una decisión dictada por uno de estos órganos.

El error más común se verifica en el caso de la acción de amparo, mal denominado muchas veces como recurso de amparo. Este error viene desde el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde establece que “Toda persona tiene derecho a un **recurso** sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El error también fue replicado por la antigua Ley 437-06, que como su nombre lo indica, establece el “Recurso” de Amparo, el cual fue posteriormente enmendado por la

Constitución del 2010 y por la Ley 137-11, que denominan correctamente el amparo como una acción.

Al respecto, comenta el profesor JORGE PRATS que a pesar de que el artículo 25.1 de la Convención Americana y la derogada Ley No. 437-06 se refieren al amparo en términos de un “recurso”, lo cierto es que en el sentido técnico procesal no es un verdadero recurso, pues el amparo:

- “a) constituye una manifestación de la facultad jurídica en acudir a un órgano jurisdiccional para solicitar la tutela, declaración o reconocimiento de un derecho constitucional mediante la eliminación de la lesión caracterizada por una acción u omisión;*
- 1. b) no actúa como medio tendente a reformar o anular una resolución dentro de un proceso, en esa instancia o en otra superior o distinta;*
 - 2. c) el acto procesal que le da inicio lo constituye la demanda de amparo, es decir, comienza de un litigio, en tanto que el recurso no es sino un acto dentro o en el curso de un proceso, lo que no descarta que haya recursos dentro del proceso de amparo; y*
 - 3. d) está dotado de plena autonomía y tiene vida propia, excluyente de otros institutos procesales, conexos ni es accesorio a otra garantía[20].”*

De modo que el amparo es una acción y no un recurso.

VI. Sentencia/ordenanza/decisión

Los términos sentencia, ordenanza y decisión aluden a la resolución de un conflicto administrativo o judicial decidido por un tercero imparcial.

El profesor Artagnan Pérez Méndez define la **sentencia** como un acto jurisdiccional, así como la resolución de un juez al cual se le ha sometido un litigio o una contestación[21].

La **ordenanza** es un término utilizado en casos de referimiento. El artículo 101 de la Ley 834... establece que la ordenanza de referimiento es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no está apoderado de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.

En materia inmobiliaria, se utiliza comúnmente el término de decisión para denominar las sentencias. Así, vemos que la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario se refiere de manera indistinta a sentencias y decisiones, a pesar de que el artículo 71 se refiere expresamente a la publicidad de las decisiones.

Lo cierto es que toda decisión jurisdiccional se enmarca dentro de una sentencia, pero pueden dictarse decisiones en el ámbito administrativo que escapan de la función jurisdiccional, exclusiva de los Tribunales de la República.

Es por esta razón que entendemos que todas las decisiones en el marco de la función jurisdiccional deben denominarse sentencias, y dejar atrás el término de decisión, que parecería más propio del proceso administrativo.

VII. Medida cautelar/referimiento

Ambos términos tienen más similitudes que diferencias, sin embargo, no se tratan de exactamente lo mismo. Las medidas cautelares son propias del derecho administrativo, mientras que el referimiento esencialmente es un proceso civil, aunque el legislador ha extendido sus efectos a otras materias, como la inmobiliaria.

En términos generales, los elementos comunes serían la urgencia y la provisionalidad. Al respecto, es importante resaltar que no todos los tipos de referimientos requieren la urgencia, como el que se basa en la turbación manifiestamente ilícita, contemplado en el párrafo I del artículo 110 de la Ley 834.

La urgencia en el referimiento sería el equivalente al peligro en la demora en las medidas cautelares. Una de las diferencias más importantes es resaltada por el magistrado Vásquez Goico, al precisar que las medidas cautelares son siempre instrumentales, mientras que algunos referimientos pueden ser autónomos, como el interpuesto respecto a la dificultad en la ejecución de una sentencia[22].

Asimismo, indica que lo cautelar administrativo es un procedimiento diferente al referimiento, con un régimen jurídico especialísimo adaptado a las características y principios propios que informan el Derecho Administrativo (Derecho Público) como rama independiente en términos científicos y académicos dentro del mundo del derecho, el cual debe ser privilegiado con respecto a cualquier otro procedimiento para dirimir los conflictos que se susciten entre la administración pública y un particular.

Por último, la sentencia **TC/0077/15**, destaca la instrumentalidad de las medidas cautelares, al indicar que como *un remedio procesal constituyen un valioso instrumento para garantizar que durante el desarrollo del proceso, los derechos de las partes permanezcan inalterables*.

VIII. derogación/abrogación

Ambos términos se refieren a la invalidez de una norma con efectos futuros.

El profesor Pascal Peña publicó dos artículos resaltando la diferencia de ambos conceptos, precisando que toda abrogación es una derogación, pero no toda derogación es una abrogación[23].

En dichos artículos, toma como ejemplo los párrafos II y III del artículo 449 del Código Procesal Penal que disponen lo siguiente:

IX. Derogación y Abrogación. Queda abrogado el Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana, promulgado por Decreto del 27 de junio de 1884, con todas sus modificaciones y disposiciones complementarias.

iii. Queda derogada toda otra disposición de ley especial que sea contraria a este código.

Del análisis realizado, las diferencias fundamentales entre ambos conceptos se verifican en que la abrogación implica la supresión completa de una determinada norma, mientras que la derogación puede ser parcial. También la derogación puede ser expresa o tácita, mientras que la abrogación siempre es expresa.

Otro error común se verifica en la declaratoria de inconstitucional de una norma por el Tribunal Constitucional, que conforme al artículo 45 de la Ley 137-11 se anula dicha disposición a pesar de que algunos se refieren a una “derogación”. Ahora bien, se trata de una “nulidad” especial pues en términos generales esta tiene efectos retroactivos, y el artículo 48 de la Ley 137-11 establece claramente que sus efectos serán a futuro, y excepcionalmente retroactivos.

X. Conclusiones

Al presentar solo algunos de los conceptos que comúnmente son confundidos por nosotros los abogados en nuestro ejercicio profesional, cada día me convenzo más en la importancia de cuidar nuestro lenguaje y de ser minucioso a la hora de comunicar nuestras ideas. No se trata de que la forma sea más importante que el fondo, pero como profesionales que abogamos por nuestros clientes, la duda en alguno de estos conceptos no siempre nos va a favorecer.

Así lo ha precisado el Tribunal Constitucional expresando en la sentencia **TC/0202/18** que con mayor o menor incidencia en una u otra materia jurídica, el formalismo ha constituido un aspecto de gran relevancia y es una garantía indispensable de cualquier procedimiento, puesto que presupone las reglas de juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros, delimitando el camino y el discurrir del proceso, en miras de que sus fines sean concretados por una vía ordenada.

Don Fabio Guzmán comentaba certeramente en su artículo del 2007 que “el **abogado dominicano** de hoy – me avergüenza afirmarlo – es en promedio una paradoja andante: un profesional de vocabulario escaso y pésima dicción que ignora o maltrata las normas de la principal arma con que cuenta, que es su propia lengua. La realidad es tan grave que jueces de la **Suprema Corte de Justicia** se han quejado públicamente de lo difícil que les resulta fallar ante la opacidad e incoherencia de los escritos que les formulan los **abogados** postulantes”.

Por eso es importante que rescatemos el rigor en el uso del lenguaje técnico jurídico, a fin de que sea retomada como una realidad y no como un mito la creencia de que para ser abogado había que leer mucho, aplicando la frase de Couture de que el Derecho se

transforma constantemente y si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos Abogado.

[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] COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal civil", Tercera Edición, De Palma, 1958.

[3] GUASP, Jaime, "Derecho procesal civil", Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1968.

[4][4] <https://dpei.rae.es/lema/procedimiento>;

[5] PÉREZ MÉNDEZ, Artagnan, "Procedimiento Civil, Tomo I, Santo Domingo, 1999.

[6] CHIOVENDA, Giuseppe, "Curso de Derecho Procesal Civil", volumen 6, página 498.

[7] CARNELUTTI, Francesco, "Instituciones de derecho procesal civil, volumen 5".

[8] "Así las cosas, este tribunal constitucional, muy excepcionalmente, estima procedente anular la Sentencia TC/0028/20 y, en consecuencia, por aplicación del principio de constitucionalidad contenido en el artículo 7.3 de la Ley número 137-11, 8 pronunciarse sobre el susodicho recurso de revisión constitucional en materia de amparo dejando constancia del fallo en dispositivo al que, en efecto, arribó el Tribunal y que, por error, fue sustituido en la decisión anulada".

[9] SCJ, 1era Sala, 14 de agosto 2013, núm. 48, B.J. 1233.

[10] SCJ, Cámaras Reunidas, 21 de octubre 2009, núm. 2, B.J. 1187.

[11] ESTEVEZ LAVANDIER, Napoleón, "La Casación Civil dominicana", Santo Domingo, 2010, p. 720.

[12] Cas. 4 abril 1973, B. J. 749, pp. 814-820, citado del libro de ESTEVEZ LAVANDIER, Napoleón, "La Casación Civil dominicana", Santo Domingo, 2010, p. 727.

[13] Sentencia No. 33, SCJ, 8 de julio 2020. [14] ALARCON, Édynson, "Los Recursos del Procedimiento Civil", Santo Domingo, 2016, P. 98-99.

[15] SCJ, 1era Sala, 3 de abril 2013, núm. 12, B.J. 1229.

[16] SCJ, 1era Cámara, 8 de septiembre 2004, núm.4, B.J. 1126, PP-123-130.

[17] PÉREZ MÉNDEZ, Artagnan, "Procedimiento Civil, Tomo I", decima edición, 1999, P. 23.

[18] SCJ, 1era Sala, 6 de marzo 2013, núm. 48, B.J. 1228.

[19] <https://dle.rae.es/recurso>

[20] JORGE PRATS, Eduardo, "Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales", IUS NOVUM, 2011, PP-143-144.

[21] Op. Cit. 17, p. 233.

[22] VASQUEZ GOICO, Rafael, "Las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo dominicano", Santo Domingo, 2018, p. 49-50.

[23] PEÑA PÉREZ, Pascal, "La indeterminación lógica del sistema normativo dominicano, La batalla interpretativa en materia de derogación de normas II de II", 1 de abril 2008, Gaceta Judicial.

Derecho de los contribuyentes al secreto tributario

Marielys Ortiz de Lancer

1. Consideraciones generales sobre la protección derivada del derecho al secreto tributario.

Dentro del marco del ejercicio de sus funciones y potestades, la Administración Tributaria obtiene informaciones económicas, personales y tributarias de los sujetos pasivos (contribuyentes), tales datos quedan almacenados en los sistemas de información de la autoridad fiscal, dotados de un carácter de confidencialidad, en virtud del deber de reserva, también conocido como secreto tributario.

El denominado “secreto tributario” constituye una expresión doctrinal empleada para designar el régimen de protección y reserva de la información obtenida por la Administración tributaria, frente a la prohibición de su revelación a terceros y uso desviado de la misma.

Por tal razón, y en análisis de la relación jurídico-tributaria que se produce entre el Estado, como ente público con potestades y deberes para ejecutar y aplicar las normas jurídicas, y los contribuyentes, quienes tienen el deber de cumplir dichas normas, en consonancia con los derechos que le asisten, se conjuga el deber de información por parte de los administrados, con el derecho a la intimidad y privacidad, a la protección de datos, los cuales podemos ejemplificar en otras materias y relaciones jurídicas: “secreto bancario, secreto profesional, inviolabilidad de las comunicaciones, derecho a la propiedad, derecho de defensa y al debido proceso, entre derechos fundamentales relativos a la determinación¹⁷⁸”.

Este es un derecho transversal en distintas materias, pues en el ámbito tributario se entiende la existencia del derecho a la privacidad por el establecimiento del carácter reservado a las informaciones esencialmente a las declaraciones y autoliquidaciones de los tributos que efectúan los contribuyentes, y que son empleadas por los organismos de las Administraciones Tributarias para “el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos estadísticos¹⁷⁹”. Al efecto, la República Dominicana, conforme se expone más adelante, ha sido la misma ley quien ha dispuesto de manera taxativa la existencia del deber de reservar la información que recibe de parte de sus contribuyentes.

2. El secreto tributario y su fundamentación

¹⁷⁸ Jorge Luís González Angulo. “Facultades de la Administración Tributaria en materia de determinación de tributos” – (THEMIS-Revista de Derecho, Núm. 41 – 2000) – Pág. 25-26.

¹⁷⁹ John Tairo Romero Becerra, “Principio de confidencialidad de la información tributaria” (Revista de Derecho y Realidad, Núm. 11 – 2008) – Pág. 64.

El deber de reserva, denominado también secreto tributario, tiene como razón de ser, el hecho de que la Administración Tributaria, en virtud de sus amplias facultades de investigación, inspección y fiscalización, así como el deber de colaboración en cabeza de los particulares, accede a información perteneciente a los datos propios del particular, que implica un derecho de rango constitucional, como es el derecho a la intimidad, en este caso personal y económica.

Es así como se hace imperativo proteger la información sensible del contribuyente, limitando a la Administración Tributaria a su utilización para el fin primario perseguido, es decir, recaudar los impuestos. Sin perjuicio de la habilitación legal para transferir esta información a otros entes u órganos públicos, cuando estos últimos justifiquen que es imprescindible para el cumplimiento de sus funciones, por lo que, este derecho únicamente puede verse disminuido por razones de interés general y las excepciones que la ley dispone.

3. Régimen jurídico del secreto tributario en la Republica Dominicana

Tal y como hemos puntualizado previamente, el deber de reserva, denominado a nivel doctrinal como secreto tributario, el cual está a cargo de la Administración Tributaria, constituye una excepción al principio de publicidad que rige las actuaciones de la Administración Pública establecido en el artículo 138 de la Constitución Política de la República Dominicana, disposición que sujeta la actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

En el ámbito constitucional en la República Dominicana se ha dispuesto sobre el derecho a la intimidad y al honor personal, en el artículo 44 de la carta magna, pues si bien se otorga acceso a la información y datos que reposen en registros oficiales o privados, y a su vez derecho de tomar conocimiento sobre el uso que se haga sobre estos atendiendo las limitaciones jurídicas establecidas; también se ha dispuesto la forma, el manejo que deben dar los depositarios de las informaciones que reciban de los particulares, sean autoridades públicas o privadas, como establecimos anteriormente.

En ese orden, en el Código Tributario dominicano (Ley No. 11-92), el deber de reserva se establece en el Título I, Capítulo VI, Sección V, artículo 47 modificado por la Ley No. 147-00, del 27 de diciembre del 2000, al señalar que *“Las declaraciones e informaciones que la Administración Tributaria obtenga de los contribuyentes, responsables y terceros por cualquier medio, en principio tendrán carácter reservado y podrán ser utilizadas para los fines propios de dicha administración y en los casos que autorice la ley.”*

Asimismo, el párrafo I del artículo citado señala que *“no rige dicho deber de reserva en los casos en que el mismo se convierta en un obstáculo para promover la transparencia del sistema tributario, así como cuando lo establezcan las leyes, o lo ordenen órganos jurisdiccionales en procedimientos sobre tributos, cobro compulsivo de estos, juicios penales, juicio sobre pensiones alimenticias, de familia o disolución de régimen matrimonial”*. Exceptuando también la publicación de datos estadísticos que, por su

generalidad, no permitan la individualización de declaraciones, informaciones o personas, sino que se trata de boletinas y datos generalizados.

Un aspecto importante del precitado párrafo “en los casos en que el mismo se convierta en un obstáculo para promover la transparencia del sistema tributario [...]”, el cual desde nuestra perspectiva implica un amplio espectro, que pudiera motivar una interpretación abierta, a expensas de lo restrictivo que debe ser la labor del intérprete cuando se trata de excepciones a derechos de naturaleza fundamental.

De igual forma, el Párrafo II del propio artículo 47 dispone que “el contribuyente que haya pagado los impuestos establecidos en los Títulos II, III y IV del Código tributario, tendrá derecho a solicitar y recibir de la Administración Tributaria, la información sobre el valor de cada uno de los impuestos pagados bajo estos títulos por los demás contribuyentes que participan en el mercado en el que opera el primero”.

En concordancia con lo anterior, la Ley 200-04 en su artículo 17 literal j) establece como una excepción al deber de informar que tiene el Estado u otra institución, el caso de las informaciones sobre las cuales no se pueda vulnerar el secreto impuesto por leyes o decisiones judiciales o administrativas en casos particulares. Al respecto, el Artículo 47 del Código Tributario que establece a cargo de la Administración Tributaria, el Deber de Reserva, para todas las declaraciones e informaciones que la Administración Tributaria obtenga de los contribuyentes, responsables y terceros, por cualquier medio, tal y como hemos establecido.

En consecuencia, no puede la Administración Tributaria suministrar información respecto de tales declaraciones e informaciones. No obstante, este Deber de Reserva tiene las siguientes excepciones:

- 1. La solicitud de información realizada por un contribuyente que haya pagado los impuestos previstos en el Código Tributario, sobre los impuestos pagados por los demás contribuyentes que operan en su mismo mercado.*
- 2. La orden emitida por un órgano jurisdiccional de suministrar información, por motivo de procedimientos sobre tributos, cobro compulsivo de estos, juicios penales, sobre pensiones alimenticias, de familia o disolución de régimen matrimonial.*
- 3. La solicitud de información, efectuadas por los órganos públicos que señala el Artículo 1 de la Ley 200-04, siempre y cuando dicha información sea utilizada para el giro propio de las competencias de los entes y órganos solicitantes y se respete el principio de adecuación de reservas de las informaciones y documentos que reciban.*
- 4. Cuando la información es solicitada por el titular de la información, sin perjuicio de que el artículo no refiere a dicha hipótesis, sin lugar a dudas que éste puede acceder a la misma en virtud de que se trata de información perteneciente a su esfera económica. Siendo el titular de la información el que solicita la misma, en principio debe otorgársele en tanto esta puede resultar relevante, incluso a los fines de ejercer derecho de defensa en algún proceso.*

De la misma forma, la referida Ley 200-04, en su artículo 17, literal e), permite que las entidades clasifiquen información como "secreta" en resguardo de estrategias y proyectos tecnológicos. En el caso particular de la Administración Tributaria existen informaciones muy sensibles que, de ser divulgadas, pueden poner en riesgo la seguridad del proceso de recaudo del Estado y, en consecuencia, afectar seriamente el interés general. A tales efectos, se consideran confidenciales y de seguridad y por lo tanto se clasifican como secretas, las siguientes informaciones:

- a. Marcas de los sistemas (equipos y softwares) instalados para cumplir con las funciones de seguridad electrónica, informática y física, sus versiones y niveles de actualización.*
- b. Procedimientos y Políticas Internas de Tecnología de Información y Comunicaciones.*
- c. Diagramas o cualquier tipo de documentación de Arquitectura Red y Seguridad Lógica o Física.*
- d. Versiones y niveles de Actualización de Software Base y de Seguridad.*
- e. Capacidades y Disponibilidad de Almacenamiento, Procesamiento y Memoria de Equipos.*
- f. Manuales Técnicos y Especificaciones Funcionales de Sistemas.*
- g. Documentación Relativa a Planes de Contingencia.*
- h. Documentación Relativa al Plan de Continuidad de Negocios y de Recuperación ante Desastres.*
- i. Marcas y Modelos de Equipos de Redes y Seguridad.*
- j. Programas Fuentes o Ejecutables de cualquier aplicativo o rutina.*

4. Análisis jurisprudencial del derecho al secreto tributario en la Republica Dominicana

- **TCD, Sentencia TC/0014/12**, de fecha veintitrés (23) del mes de mayo del año dos mil doce (2012):

"En principio, los datos de índole económica (tributaria y bancaria) se incluyen en el ámbito de la intimidad. Es esto lo que justifica la existencia en nuestra legislación interna de la reserva tributaria por un lado, y el secreto bancario por el otro, dado que en éstos subyacen valores tales como la intimidad, la autodeterminación informativa, secretos empresariales, entre otros, lo cual obligan a conceder a tales informaciones un carácter reservado y confidencial, pero en virtud del principio de transparencia ha sido necesario atenuar tales caracteres, situación que ha cobrado mayor impulso como consecuencia de la guerra contra el terrorismo y la crisis financiera que ha estado afectando al mundo en los últimos años, nada de lo cual le resulta ajeno a los jueces que suscriben el presente voto".

"En cuanto al secreto tributario, mediante la ley No. 147-00, de fecha 27 de diciembre del 2000 fue modificado el Art. 47 del Código Tributario,

estableciéndose que no rige el deber de reserva en los casos en que el mismo se convierta en un obstáculo para promover la transparencia del sistema tributario, así como cuando lo establezcan las leyes, o lo ordenen órganos jurisdiccionales en procedimientos sobre tributos, cobro compulsivo de éstos, juicios penales, juicio sobre pensiones alimenticias y de familia, o disolución de régimen matrimonial. Se exceptuarán también la publicación de datos estadísticos que, por su generalidad, no permitan la individualización de declaraciones, informaciones o personas”.

- **TCD, Sentencia de fecha 16 de enero de 2014, No. TC/0016/14**

“Los datos reservados constituyen una excepción a la regla general del derecho de acceso a la información pública y al deber de transparencia de los órganos estatales”.

- **TCD, Sentencia de fecha 9 de abril de 2013, No. TC/0052/13.**

“No deben suministrarse a particulares, sino a organismos oficiales, cuando las necesiten para cumplir con las funciones que les asignan la Constitución y las leyes”.

- **TCD, Sentencia TC/0129/21 de fecha veinte (20) del mes de enero del año dos mil veintiuno (2021)**

“Por tanto, la divulgación no consentida de información contenida en los registros de la Dirección General Impuestos Internos (DGII) resulta un ejercicio desproporcionado del derecho a la información que vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad y al secreto tributario o reserva fiscal, cuando no se ha justificado en una de las excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico.”

“Este tribunal constitucional ve propicia la ocasión para referirse a la naturaleza autónoma del secreto tributario, de suerte que no necesita un secreto previo (secreto comercial o mercantil, secreto bancario, secreto profesional) para que opere el deber de reserva de la Administración Tributaria; por ello, esta no solo debe guardar reserva de las informaciones privadas a las que tiene acceso en función de sus amplios poderes de investigación y fiscalización, que alcanza a informaciones protegidas por otro secreto, sino que el deber de reserva opera de pleno derecho y de manera autónoma a la preexistencia de otro secreto.”

“Finalmente, la idea del deber de reserva que obliga a la Administración Tributaria, no solo se refiere a la Dirección General del Impuestos Internos (DGII), sino que a cualquier otra entidad u organismo estatal que sea sujeto activo de la actividad tributaria, y este deber de reserva se extiende al ente u órgano requirente de la Administración Pública en caso de que la Administración Tributaria le haya transferido válidamente una información sujeta a reserva.”

Comentarios finales

Como ha sido expuesto en el desarrollo del presente escrito, el secreto tributario comprende la obligación a cargo de las autoridades fiscales, de guardar reserva en relación con toda la información suministrada por los contribuyentes o captada por ellas en el ejercicio de sus facultades, con las excepciones establecidas por ley.

No obstante, en el artículo 47 del Código Tributario, no se encuentra la definición de secreto tributario como un derecho, sino como una obligación a cargo de la Administración Tributaria, que se extiende a sus funcionarios, consistente en que al aplicar las disposiciones fiscales no deben revelar ninguna información tributaria de los contribuyentes.

Puede inferirse, que existe un interés público en el secreto tributario, por cuanto los sistemas tributarios modernos se basan en la colaboración y suministro “voluntario” de información por parte de los contribuyentes, de manera que éstos estarán más dispuestos a transparentar su realidad económica cuantas más garantías tengan de que la Administración tributaria solo empleará los datos obtenidos para fines fiscales, garantizando la integridad de los sistemas basados en la autoliquidación.

En ese sentido, que una información esté protegida por el secreto tributario tiene dos consecuencias inmediatas: a) La primera es que no puede revelarse a terceros, b) La segunda, que solo puede utilizarse para propósitos tributarios. Este último extremo está especialmente protegido en los convenios para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, así como en los propios acuerdos cuyo objeto se limita al intercambio de información.

Sin lugar a duda el secreto tributario constituye un derecho de los contribuyentes, ya que ante su inobservancia puede afectar la esfera económica del sujeto pasivo, la libertad de empresa y su participación en los mercados, es por ello que, ante su incumplimiento, el artículo 148 de la Constitución Dominicana compromete a los funcionarios por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica. En ese mismo orden, el numeral 1 del artículo 259 del Código Tributario Dominicano, establece que constituye el incumplimiento de un deber formal por parte del funcionario, divulgar hechos o documentos que conozca en razón de su cargo y que por su naturaleza o por disposición de la ley tengan carácter de reservados, dotando entonces de seguridad jurídica, ante la existencia de un régimen de consecuencias por suscitarse un eventual incumplimiento, ya que para la Administración Tributaria es deber y para el contribuyente es derecho.

Apuntes sobre las propuestas de modificación a la ley de partidos, agrupaciones y movimientos políticos y a la ley de régimen electoral

Leidy Aracena Minaya

Nuestra Carta Magna es enfática en aspectos esenciales para el sano transcurrir de la cotidianidad de los dominicanos, sobre todo en lo que respecta al ejercicio de prerrogativas de un destacado interés. Así ocurre con la conformación y el funcionamiento de los partidos políticos, a través de los cuales se canaliza el ejercicio de la democracia.

Allí, específicamente en el artículo 216, se reconoce la sujeción del funcionamiento de los partidos políticos a la transparencia y lleva por fines esenciales garantizar la participación de los ciudadanos para el fortalecimiento de la democracia y servir al desarrollo integral de la sociedad dominicana.

Por ello, la Administración electoral ha manifestado un gran interés en la modificación de las leyes con las que contamos actualmente en materia de régimen electoral y de partidos, agrupaciones y movimientos políticos, iniciativa plausible. En adición, entendemos propicio elevar los siguientes comentarios para fomentar un funcionamiento más apropiado, transparente e institucionalizado de cara a los fines perseguidos y reconocidos por la Constitución. Las iniciativas de que se trata se encuentran siendo estudiados en manos del Congreso Nacional ante una comisión especial.

I. Fuente de los aportes privados para el financiamiento de los candidatos y organizaciones políticas. Debida diligencia y sanciones

La Ley 1-12 sobre Estrategia Nacional de Desarrollo 2030 prevé como objetivo específico núm. 1.3.2 del artículo 21 la *promoción de la consolidación del sistema electoral y de partidos políticos para garantizar la actuación responsable, democrática y transparente de los actores e instituciones del sistema político.*

Como parte de las estrategias previstas por este artículo de la ley está *establecer y aplicar una regulación eficiente del funcionamiento de los partidos políticos y mecanismos de monitoreo que aseguren el adecuado financiamiento, la transparencia en el uso de los recursos y la equidad en la participación electoral (1.3.2.1).*

El tema de los aportes privados para financiar candidatos y organizaciones políticas es de mucha actualidad, esto así debido al impacto determinante que puede suponer un uso desmedido o indiscriminado de recursos económicos de diversas fuentes privadas y que pueda afectar la integridad de las elecciones y poner en riesgo el sistema democrático. Al respecto, la doctrina especializada, de la mano de Ferreria Delia (2017) ha enfatizado que: “Las limitaciones a los aportes privados asumen dos modalidades: las que se vinculan a las calidades o circunstancias del donante y las referidas a los montos de los aportes. Las limitaciones vinculadas con el origen de los fondos o la

calidad del donante tienden a eliminar posibles conflictos de interés entre el aportante y el candidato, en caso de que gane la *elección*, o a disminuir la influencia de algunos aportantes”[1].

En ese mismo sentido, la autora Ferreira, también precisa que: “Entre los aportes prohibidos en las leyes de financiamiento de la política suelen figurar: los aportes de empresas concesionarias del Estado o de empresas que se dedican a la explotación de casinos y juegos de azar, o los provenientes de bancos y entidades financieras; los aportes de empresas, *gobiernos* o ciudadanos extranjeros, y los aportes de las organizaciones profesionales, empresariales o sindicales. Los límites en el monto de los aportes están encaminados a lograr disminuir la influencia de los grandes donantes, favoreciendo la proliferación y multiplicación de los pequeños aportantes; de esta forma el candidato no dependería de unos pocos capitalistas para llevar adelante su campaña y disminuiría así su compromiso futuro frente a quienes financiaron la campaña”[2].

Al respecto, uno de los ingredientes más importantes de la participación de las organizaciones políticas en el sistema democrático dominicano es el principio de transparencia, el cual tiene por finalidad afianzar un voto ciudadano informado y confiado de los protocolos de prevención y supervisión por parte de los organismos administrativos electorales.

Al efecto, la Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos (MOE/OEA) emitió un informe en el que recogió sus recomendaciones en cuanto al proceso electoral del año 2012 en República Dominicana e hizo alusión al financiamiento electoral. Entre ellas figura la necesidad de fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas por parte de los partidos, así como fortalecer las capacidades de fiscalización, control y sanción de la JCE en la materia para los casos de violaciones a las normativas vigentes.

Posteriormente, en el año 2016 emitió un nuevo informe enfático y categórico sobre el asunto. Allí revela que *“el modelo de financiamiento público de partidos y campañas políticas en República Dominicana no está diseñado para generar condiciones de equidad en la contienda. Esto se debe a dos características fundamentales: **1) No existe ningún tipo de regulación sobre el financiamiento privado** (...) Asimismo, se deberían establecer límites a los fondos provenientes del sector privado. (...) En este sentido, es deseable impulsar modelos de coordinación interinstitucional entre todas las dependencias del gobierno involucradas con el manejo y fiscalización de los recursos, incluyendo la Cámara de Cuentas, la Junta Central Electoral, los bancos y el Ministerio de Hacienda.”*[3]

Según las motivaciones que ha presentado la Junta Central Electoral a las propuestas de modificación que se están estudiando, la MOE/OEA estableció nueva vez en su informe preliminar el 10 de julio de 2020 que es imprescindible garantizar el cumplimiento de las normas de financiamiento político-electoral, tales como la obligación de publicar el

listado de contribuyentes y entregar respaldos contables de las operaciones financieras que manejen las organizaciones políticas[4].

A tal fin, **es ineludible configurar un sistema de control y limitación de recepción fondos privados y prevención de recepción de fondos ilícitos y de dudosa procedencia a favor de las organizaciones políticas**, así como mecanismos objetivos, claros y específicos para la supervisión y fiscalización constante y eficaz por parte de la Administración electoral. Para ello, **es necesario contar con un protocolo de debida diligencia e investigación preliminar del origen de las contribuciones** que se pretendan otorgar a estas organizaciones o candidatos políticos.

Las leyes 33-18 y 15-19 no prevén ninguna logística de análisis preventivo del origen de las contribuciones[5]. Sin embargo, existen sanciones de carácter administrativo y penales por el hecho de recibir financiamiento ilegal[6], además de que remite a las leyes penales para la aplicación de las sanciones correspondientes a delitos como el lavado de activos.

El numeral 5 del artículo 67 de la Ley 33-18 establece que la Unidad de Control Financiero de la Junta Central Electoral para partidos, agrupaciones y movimientos políticos es la responsable de las funciones que regulen la prevención de lavado de activos. Sin embargo, las organizaciones políticas no están real y taxativamente atadas a los mecanismos de prevención previstos en la Ley 155-17 sobre Lavado de Activos.

La organización Participación Ciudadana emitió una comunicación del 2018 dirigida al entonces ministro de Hacienda, presidente del Comité Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, en la cual expresaron esta preocupación y solicitaron lo siguiente:

Las instituciones solicitan formalmente que el Comité Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, a que dicte el reglamento correspondiente para incluir a los partidos y agrupaciones políticas como sujetos obligados, a fin de que los mismos estén en la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, políticas y procedimientos para evaluar los riesgos de lavado de activos, implementar metodologías de gestión de riesgo, realizar el monitoreo y los procesos de debida diligencia, designar oficiales de cumplimiento y cumplir con las demás obligaciones que establece la ley.

Las organizaciones de la sociedad consideraron la necesidad de adoptar medidas, políticas, normas, que en su implementación y cumplimiento garanticen los controles necesarios para prevenir y controlar la penetración del crimen organizado en la actividad política y, en ese sentido, es necesario contar con mecanismos para regular el financiamiento de los partidos políticos.”[7] (Sic)

La Ley 33-18 señala en su artículo 64, numerales 3 y 4, que se considera una *contribución ilícita* el aporte proveniente de personas físicas o jurídicas vinculadas

a actividades ilícitas y **los aportes que no se puedan determinar su procedencia u origen.**

Resulta necesario que en las modificaciones a estas leyes se incluya un apartado en el que los partidos, agrupaciones, movimientos y candidatos políticos sean declarados sujetos obligados de cara a las previsiones de la Ley 155-17[8] o que, en su defecto, que se cree y se incluyan mecanismos de prevención específicos de debida diligencia previa que impidan recibir financiamiento particular de origen ilícito y que faciliten el trabajo de supervisión y fiscalización por parte del órgano de administración electoral.

II. Propagandas proselitistas. Delimitación

La ley 33-18 establece actualmente en su artículo 41 que el período de escogencia interna de los precandidatos a puestos de elección popular iniciará el primer domingo de julio de culminará con la escogencia del candidato.

Esto forma parte de las propuestas de modificación presentadas al Congreso Nacional.

- En primer lugar, se pretende limitar el tiempo de las campañas y precampañas internas a la modalidad *extensa* que conlleva no más de 60 días a partir de la emisión de la proclama por parte de la JCE, ello con el fin de evitar una indeterminación de los plazos y facilitar la fiscalización de actos proselitistas previos a los plazos permitidos y con ello derivar las consecuencias jurídicas correspondientes[9].
- Sin embargo, los planteamientos al respecto no detallan específicamente qué se consideran “actos previos a la precampaña”. La JCE emitió las resoluciones 2-2022[10] y 28-2021[11] mediante las cuales abordan el tema. Se considera recomendable que las modificaciones que se realicen prevean las actividades permitidas antes de la emisión de la proclama y aquellas permitidas a partir de allí para las precampañas y campañas. Con ello se evitaría la fiscalización discrecional en perjuicio de los partidos, agrupaciones, movimientos y candidatos políticos.[12]/[13]

III. Responsabilidad penal de las organizaciones políticas como personas jurídicas con personalidad propia

Las organizaciones políticas son sensibles a los peligros que representan las organizaciones delictivas, por lo que son un foco de atención que debe ser maximizado para evitar que sean utilizadas como vehículos en provecho de la criminalidad organizada y de cualquier delito que afecte la integridad e institucionalidad de un sistema democrático basado en la confianza y la legitimidad de sus actuaciones y de sus actores.

Las leyes que se pretenden modificar y las propuestas de modificación en sí mismas son tímidas al abordar el aspecto de la responsabilidad penal de las organizaciones políticas[14]. Algunas legislaciones, como la española[15], han incorporado el aspecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (organizaciones políticas, en este

caso) como instrumento contra la corrupción, el lavado de activos compra y venta de votos, entre otros.

Los partidos políticos fungen como un instrumento que materializa la participación de los ciudadanos en la elección de aquellos llamados a gestionar las necesidades populares y a la confección de políticas públicas para el correcto funcionamiento de la vida en sociedad[16]. De ello se rescata que la vulneración de la integridad de estos procesos transgrede y lacera directamente las previsiones constitucionales relativas al sufragio, por lo que resultan ser conductas lesivas graves.

Es incuestionable que el bien jurídico tutelado es el derecho al voto[17], toda vez que este derecho tiene una significación importante, ya que a través de él el ciudadano no solo elige sus representantes, sino que también elige un programa político con apego al cual se debe gobernar al país y además se reitera, actualiza y confirma su decisión de que la democracia debe ser la norma básica del gobierno (...). También lo es el correcto funcionamiento de la función electoral (legalidad, imparcialidad, certeza, objetividad e independencia por parte de los funcionarios electorales), etc.[18]

Es indiscutible, pues, la severidad de las acciones que se ejercen en detrimento de estas garantías, por lo que deben necesariamente ser tipificadas acorde la logística coercitiva del *ius puniendi* del Estado.

En definitiva, la inclusión de las organizaciones políticas en el catálogo de personas jurídicas con posibilidad de ser responsables penalmente serviría de remedio para disuadir a la población contra la comisión de hechos lesivos al ordenamiento jurídico electoral y permitiría la persecución y sanción de los responsables de este tipo de alteraciones.

[1] FERREIRA, Delia. Financiamiento Privado. Diccionario Electoral. Tercera Edición. 2017, TEPJF, IIDH/CAPEL. Pág. 417.

[2] *Ibidem*.

[3] Resaltados añadidos.

[4] Motivaciones a las propuestas de modificaciones de las Leyes 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos y 15-19 sobre Régimen Electoral, Junta Central Electoral, 2021, página 60.

[5] El artículo 69 de la Ley 33-18 prevé mecanismos de control de los ingresos y egresos, pero no se hace alusión a medidas preventivas de lavado de activos como una debida diligencia taxativa.

[6] Artículo 78, numeral 4 de la Ley 33-18 sobre Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[7] Cita disponible en el siguiente enlace: <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/>.

[8] Esto ha sido propuesto también en artículos publicados en línea. Ver LEÓN MOREL, Víctor. *Remedios contra la corrupción y el clientelismo político*. Disponible en ABOGADOSDQ: <https://abogadosdq.com/borrador-automatico-2/>.

[9] Motivaciones a las propuestas de modificaciones de las Leyes 33-18 de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos y 15-19 sobre Régimen Electoral, Junta Central Electoral, 2021, página 51.

[10] <https://jce.gob.do/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?PortalId=1&TabId=626&EntryId=21908>

[11] <https://jce.gob.do/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?PortalId=1&TabId=626&EntryId=21620>

[12] Esta es una propuesta ventilada por varios organismos políticos en mesas de discusión sobre los proyectos de modificación como el Comité Económico y Social (CES).

[13] Sobre este aspecto, la Res. 028-2021 señala que *el Pleno de la Junta Central Electoral, luego de un análisis integral y exhaustivo acerca de la aplicación práctica de la citada ley, ha observado que la misma no establece ni delimita un*

espacio de tiempo previo al inicio del periodo de precampaña fijado por la ley y en el que los aspirantes al interior de las organizaciones políticas puedan realizar ciertas actividades que les permitan entrar en condiciones adecuadas de competición a la etapa de precampaña, razón por la que este órgano ha considerado que resulta necesario garantizar el esencial derechos a elección y postulación que tienen los miembros de las organizaciones políticas. Ver primer Considerando de la página 9.

[14] La posibilidad de perseguir penalmente por lavado de activos a las organizaciones políticas ha sido reconocida, parcialmente, por la JCE en sus propuestas de modificación. Por ejemplo, se propone modificar el artículo 78.4 de la Ley 33-18, en el sentido de que los candidatos, **partidos, agrupaciones y movimientos políticos** y personas físicas **o jurídicas responsables** sean sancionados, **sin perjuicio de poder ser procesados por el delito de lavado de activos** ante la jurisdicción competente de sancionar las infracciones penales. Ver pág. 113.

[15] La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica N° 5 de 2010. En esta primera redacción se excluyó de la responsabilidad penal a las personas jurídicas de naturaleza pública y, también, específicamente, a los partidos políticos y sindicatos. Sin embargo, poco más de dos años y medio después se llevó a cabo una nueva reforma de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la única finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad penal. Tal reforma afirma estar inspirada, a su vez, en el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la Administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, así como en la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público. Scielo, Dulce M. Santana Vega, Polít. crim. vol.15 no. 29, Santiago jun. 2020.

[16] Sirven de enlace entre la población y la articulación de demandas sociales, así como con la producción de políticas, la formación de gobierno y el ejercicio de la oposición, entre otros. Extraído del *Manual del participante* de los Partidos Políticos creado por el Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Nación, México, ciudad de México, marzo de 2011.

[17] Artículo 208 de la Constitución de la República Dominicana: ejercicio del sufragio.

[18] PATIÑO CAMARENA, Javier. *Nuevo derecho electoral mexicano*, Editorial Constitucionalista, México, ciudad de México, 1999, pp. 667-668, publicado de manera digital por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ley sobre recurso de casación: una óptica comparativa en materia contenciosa administrativa

Adonis L. Recio & Bienvenido G. Liz Santana

La nueva pieza legislativa, desde su denominación viene a incorporar aspectos, pues desde su título sobre “Ley de Casación” –el cuál no le hace justicia– cuando comparamos la otrora ley sobre procedimiento de casación núm. 3726, se advierte que, si bien la anterior recogía los aspectos fundamentales en sus distintas aristas, no contemplaba una herramienta recurrente en el pasado reciente, a saber: las consideraciones de las normas o razones, ausentes en esa Ley 3726.

Veamos, en el considerando cuarto de la nueva ley se reitera la unidad jurisprudencial, al cual, con amplios motivos, se incorporan el orden público y la seguridad jurídica como materias objetivas de dicha legislación. Asimismo, el considerando sexto, nos refiere el interés casacional, no como un interés particular sino desde la óptica de velar por el orden público y canalizar objetivos impostergables del Estado de derecho, asemejando la Corte de Casación a un estudio del expediente a sabiendas que sus decisiones impactan en la sociedad, jurídica en el menor de los casos.

Los considerandos séptimo y octavo son los protagonistas de esta norma, ya que, nos refieren la excepcional –pero ya posible– característica de que la Suprema Corte de Justicia se refiera al fondo, ver artículo 8, asunto del cual, naturalmente estaba vedada. Y por supuesto, la cereza del pastel, la desaparición del efecto suspensivo del recurso de casación.

Ahora bien, analizando los aspectos novedosos de la mencionada legislación es correcto verificar que el artículo 16 de la Ley 2-23, nos indican varios requisitos de la instancia contentiva del memorial de casación: a) debidamente motivado; b) suscrito por abogado; y c) dentro del plazo. ¿Qué requiere esta nueva ley del memorial de casación? para quienes han observado los criterios –ya afianzados de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia– no parecerá nada nuevo sino reafirmar lo que su interpretación lleva a cabo, a saber:

1. Mención de las Normas Jurídicas infringidas o erróneamente aplicadas;
2. Exposición concreta de los fundamentos de la casación; y
3. Conclusiones, es decir, la pretensión en la Corte de Casación.

Dichos requisitos se complementan con el artículo 18 de la nueva ley, que mencionan las generalidades a contemplar. Pero, es en ese mismo artículo que reposa un nuevo medio de inadmisión, que exige la sentencia certificada sin la cual podrá desecharse el memorial de casación (párrafo I), la Ley 3726 en cambio, no establecía una consecuencia **legal** por esta irregularidad.

Se define el interés o legitimación para dar apertura a la casación, que según el artículo 15 de la Ley 2-23 reposa en las partes, el Ministerio Público, el Procurador General

Administrativo y el Abogado del Estado; quien no podrá acudir de manera expresa, es aquel que no figuró en primer grado o en apelación, ver párrafo de dicho artículo.

El artículo 14 de la Ley 2-23 nos refiere que se impone el cumplimiento de un plazo de 20 días hábiles para presentar el memorial de casación sobre una sentencia definitiva (aquellos que no incluye días feriados ni sábados ni domingos) a partir de la notificación, dejando la posibilidad de que se realicen excepciones. Asunto que contrasta con la Ley 3726, que en principio fijó dos (2) meses y luego con la Ley 491-08 se estableció el plazo de 30 días (considerados francos por aplicación del art. 1033 del Código de Procedimiento Civil).

Aquí observamos la incidencia de la interpretación del Tribunal Constitucional, cuyo parecer es que, la Ley 107-13 incide en el procedimiento jurisdiccional TC/344/18, de esta manera se procura fijar un solo tipo de cómputo persiguiéndose la homogeneidad de lo que sucede en el Tribunal de Fondo, en donde se cuenta con un plazo de 30 días hábiles conforme el art. 5 de la Ley 13-07, claro que, en materia Contenciosa Administrativa. En el caso del referimiento el plazo es 10 días hábiles, conforme el párrafo IV del art. 14 de dicha Ley 2-23.

La novedad de los medios de casación es sancionada con la imponderabilidad del recurso de casación, y en el caso de esta Ley 2-23, retoma una fisionomía que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia solía reservarse para el fondo, salvo casos en que, de oficio, reconocía que los medios no se corresponden con sus argumentaciones ante el Juez de Fondo. Es así que, el artículo 17 incorpora la **inadmisión** retomando el criterio anterior, salvo los casos previstos taxativamente; 1. Medios de puro derecho; 2. Los que surgen del dictado de la propia sentencia; y 3. Los medios que invoquen infracciones constitucionales. Evidentemente este tipo de disposiciones aclaran las “reglas del juego” pues asuntos que se derivan de la interiorización del Juez de Fondo jamás habrían sido previsibles para el litigante, de ahí que no resulta razonable una aplicación irrestricta de dicha técnica.

El emplazamiento es modificado de forma que, el procedimiento no encontraría la ya desaparecida gestión del Auto del presidente de la Suprema Corte de Justicia, es así como, el artículo 19 nos remite al plazo de 5 días hábiles a partir de la fecha de depósito del Memorial de Casación e Inventario en la secretaría general de la Suprema Corte de Justicia. Se refieren a las opciones del concepto “domicilio” estableciendo una especie de opciones que se derivan del art. 19. párrafo I. A la vez, se observa que se contempló a pena de nulidad el remitir la instancia e inventario en calidad de anexo (si produce indefensión) como en efecto lo hace. Ver además el art. 20, contentivo de los requisitos generales del emplazamiento.

Al hablar del memorial de defensa, es necesario establecer que tanto la constitución de abogado como el escrito contentivo del Memorial de Defensa deben presentarse en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia dentro de los diez (10) días hábiles luego de la recepción del emplazamiento. Pero, además, luego de este depósito, se debe notificar a la parte recurrente en un plazo de (3) días hábiles, que iniciará el plazo de los cinco

(5) días para realizar el posterior inventario de dicha diligencia ante la Suprema Corte Justicia.

¿Cómo se incurre en defecto? El párrafo III del artículo 21 contempla que estas actuaciones se deben realizar a pena de incurrir en defecto, nótese que la connotación del defecto bajo el prisma de la Ley 2-23 no se trata de la concepción tradicional por falta de conclusiones o comparecer sino del agotamiento diligente de los trámites para el cumplimiento de la tutela judicial efectiva que, ahora reposa en las partes de forma absoluta. Se excluye del defecto al Estado Dominicano, también derivado de los criterios afianzados por la Corte Suprema, específicamente su Tercera Sala.

El párrafo VII del art. 21 enfrenta una problemática que resulta recurrente, es así que la Suprema Corte de Justicia no se vería apoderada de recursos de casación duplicados por el hecho de que una de las partes ya le apoderó previamente debiendo proceder con la fusión (en el mejor de los casos) o declarar inadmisibles por cosa juzgada cuando ambas partes se encuentran disconformes con la misma sentencia, en ese sentido el camino trazado resulta el recurso de casación incidental.

Otro aspecto que incorpora la Ley 2-23 deriva del escrito ampliatorio que la parte recurrente tiene opción de ejercer, ya con asiento en la Ley, independientemente de que antes se suscitaban ciertos escritos complementarios en ejercicio de la tutela judicial efectiva e igualdad de las partes. Según este la parte reclamante podrá ampliar sus medios y presentar medios de defensa en caso de que el memorial de defensa de **su contraparte contenga un recurso de casación incidental**, el párrafo I del artículo 22 es tajante al fijar que sólo en estos casos procedería, ver parte *in fine*.

El párrafo II del artículo 20 nos hace mención de que, luego de vencidos los 15 días hábiles posteriores al depósito del memorial de casación sin que se haya depositado el respectivo emplazamiento, podrá pronunciarse la caducidad. Situación que, en la actualidad de la Justicia Contenciosa Administrativa estaba supeditada a ciertos criterios que se desprenden del art. 10 de la Ley 3726, donde el término “podrá” fue cargado a la parte recurrente como un requisito previsto a pena de caducidad.

En necesario consignar que, la naturaleza suspensiva de los recursos siempre será un tema de acalorada discusión, ya que en muchas ocasiones de esa propiedad puede depender la efectividad o no del mismo. En efecto, la antigua legislación producto de una modificación acontecida en el año 2008, mediante Ley núm. 491-08, dotó al recurso de casación de efecto suspensivo sobre la decisión impugnada, lo cual a todas luces desvirtuó la naturaleza excepcional de este recurso, ya que equipara este a cualquier otro recurso ordinario y consecuentemente produjo un taponamiento mayúsculo en la solución de los conflictos jurídicos en el territorio nacional, ya que, debido a su condición, de jurisdicción nacional y única, no contaba la Corte de Casación con la posibilidad de responder en tiempo oportuno todos los apoderamientos realizados, sin embargo, hasta tanto esta lograba hacerlo se mantenían suspendidas las decisiones impugnadas.

En un golpe de razón y justo con las intenciones de que los procesos judiciales duren menos en ser resueltos de forma definitiva, el legislador ordinario retiró, como regla, uno de los grandes obstáculos que para lograr esta finalidad mantenía el recurso de casación: el efecto suspensivo.

Así las cosas, el artículo 27 de la Ley núm. 2-2023, sustrae el efecto suspensivo de pleno derecho que como regla poseía el recurso de casación, reservándose únicamente para los casos que versen sobre **estado y capacidad de las personas, divorcio, separación de bienes, nulidad de matrimonio, cancelación de hipoteca, declaración de ausencia, inscripción en falsedad o en cualesquiera otros casos previstos en leyes especiales**. Por tanto, todo aquel que fuera de estas materias procure la suspensión de una decisión deberá realizar una solicitud directa a la jurisdicción de casación a través de un procedimiento que será fijado por la alta corte.

Lo importante de esta sustracción –*del efecto suspensivo*– realizada por el legislador es que llevará al desuso de la interposición del recurso de casación con una mera finalidad dilatoria; reservándose en consecuencia ese efecto suspensivo sólo a aquellos casos en que logra advertir la jurisdicción la posibilidad de que sea procedente la petición de fondo. Con ello, sin temor a equivocarse, puede afirmarse que el flujo de recursos ante ese órgano disminuirá enormemente, permitiendo en consecuencia que la Corte de Casación tenga mayor capacidad de respuesta.

Otro asunto novedoso de la “nueva ley de casación” es el alcance y modalidad de la perención de instancia, ya que, a pesar de que no varía su óptica de sanción procesal por inactividad, la *nova* legislación crea escenarios nuevos en miras de impulsar este recurso y quizás con ello paliar las grandes esperas por parte de los usuarios del sistema de justicia en la concreción definitiva de un caso.

Así las cosas, la antigua ley tenía como supuesto perentorio el hecho de que un usuario que retirará el auto del presidente de la SCJ mediante el cual le concede la autorización para emplazar y no deposita en los tres años subsiguientes la constancia de ese emplazamiento ante la secretaria general de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, la nueva legislación cortó de raíz la posibilidad de perimir por esta razón, ya que introduce una reducción importante de los plazos y con ello la posibilidad de que la instancia caduque, aun de oficio, inmediatamente transcurrido 15 días desde el depósito del recurso de casación, en los casos donde no se haga constar en la Secretaría una copia del acto de emplazamiento que le notifica el recurso a la parte recurrida.

Ahora bien, una novedosa forma de perención de instancia instaura la Ley núm. 2-2023, y es que una vez evacuada una decisión por parte de la Corte de Casación que dispone el envío del asunto para su reevaluación, tiene entonces un plazo de seis (6) meses y solo ampliado por un mes más en los casos de renovación de instancia, cualquiera de las partes interesadas del caso, para apoderar mediante escrito al tribunal de envío. Así las cosas, si no se realiza esta puesta en aviso a la jurisdicción de envío, será declarada la perención de la instancia.

Resulta interesante que el legislador trasladó, en gran parte, la carga de trámite del recurso que antes pesaba en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia al propio usuario, declarando la fatalidad de su recurso en un tiempo de inacción marcadamente breve, con ello solucionándose un gran taponamiento en las jurisdicciones de envíos, ya que solo se terminará tramitando aquel recurso en el cual persista un verdadero interés.

Así las cosas, conforme las disposiciones del artículo 94 de la Ley núm. 2-2023, esta legislación deroga la Ley núm.3726, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación y la Ley núm. 491-08, del 19 de diciembre de 2008, que modificó los artículos 5, 12 y 20, de la Ley núm.3726 del 1953, sobre Procedimiento de Casación, modificada por la Ley núm.846, del 1978.

Por último, el presidente de la República conforme el procedimiento descrito en el artículo 101 de la Constitución, promulgó en fecha 17 de enero del año 2023 la Ley núm. 2-2023, en tal sentido, dotó a la misma de fuerza ejecutoria al día siguiente en el Distrito Nacional y al segundo día en las demás partes del país. Sobre este tema, es necesario tener en cuenta que sólo será aplicable esta legislación para la impugnación a través del recurso de casación sobre aquellas decisiones dictadas con posterioridad a estas fechas, por lo que, en los demás casos regirá el procedimiento anterior.

Algunas particularidades de la carga de la prueba en el derecho laboral dominicano

Carlos González Cuello

Como regla general aplicable del derecho común, el artículo 1315 del Código Civil, prescribe: *El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla...* No obstante, el derecho laboral goza de un sistema de producción de prueba particular que se aparta en gran medida de este principio general. El legislador ha distribuido la carga de la prueba de forma diversa atendiendo a la equidad y a la razón. Probablemente, el derecho laboral es una de las áreas del derecho dominicano en la que ocurren mayor número de inversiones de la carga de la prueba y existen gran cantidad de presunciones legales que se aplican de forma usual.

En este estudio, trataremos los principales escenarios en los que se evidencian las particularidades de la carga de la prueba en el proceso laboral ordinario ante los juzgados de trabajo apoderados en materia de conflictos jurídicos. No pretendemos abordar la universalidad de los casos, pero sí presentar los que, a nuestro juicio, representan un interés especial en ser estudiados.

Para un mejor análisis didáctico, presentaremos una primera parte en la que estudiaremos aquellos hechos que deben establecerse antes de declarar la existencia de un contrato de trabajo, particularmente sobre la modalidad de tiempo indefinido que es a la que le prestaremos mayor interés. Luego, trataremos una segunda parte en la que verificaremos hechos que deben ser demostrados luego de realizar esa declaratoria. Veamos.

1. Primera parte

Antes de establecer la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, hay tres hechos particulares que deben quedar establecidos: **i)** prestación del servicio personal, **ii)** naturaleza del contrato, y **iii)** modalidad del contrato de trabajo. Estos hechos suelen darse por sentado en una gran cantidad de conflictos laborales, procediendo las partes a dar aquiescencia implícita a su establecimiento. Sin embargo, el juez laboral está obligado a verificar cada uno de ellos en el siguiente orden de prelación:

2. Prestación del servicio personal

Dice el profesor Alburquerque que *...el trabajador solo se limita a probar un hecho, la relación de trabajo personal que lo une al demandado, establecido este hecho, se presume la existencia del contrato de trabajo...[1]*. Por su parte, el maestro Lupo Hernández Rueda indica que *...al trabajador le basta establecer la prestación del servicio personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo[2]*. En ese sentido, el demandante (alegado trabajador) le corresponde demostrar que prestaba servicios

personales al demandado (alegado empleador). Poco importa la naturaleza, frecuencia o forma, basta con que sea una prestación de servicio personal.

Esto puede demostrarse mediante comprobantes de pagos, declaraciones de testigos sobre que el demandante se presentaba a las instalaciones de la demandada a realizar trabajos, comunicaciones del demandado solicitando la realización de obras al demandante o carnés de autorización a las instalaciones del demandado, etc.

Es imperativo que el demandante sea una persona física conforme con el artículo 2 del Código de Trabajo (en lo adelante "CT"). Si el demandante no presenta pruebas suficientes, su demanda será rechazada en todas sus partes. Esta demanda no puede ser sancionada por la inadmisibilidad sustentada en la falta de calidad, ya que es necesario adentrarse al fondo para determinar la existencia del servicio personal mediante el estudio de los hechos del caso^[3].

Por el contrario, si demuestra la prestación del servicio, gozará de las presunciones de los artículos 15 y 34 del CT, las cuales analizaremos a continuación.

3. Naturaleza del servicio

Una vez establecido lo anterior, el artículo 15 del CT dispone lo siguiente: *Se presume, hasta prueba en contrario, la existencia del contrato de trabajo en toda relación de trabajo personal.* En ese sentido, el demandante ahora es un presunto trabajador y el demandado deviene en un presunto empleador, recayendo sobre este último la carga de demostrar que el servicio prestado fue de una naturaleza distinta a la laboral.

El artículo 1 del CT expresa que: *El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta.* De la cual se extraen los tres elementos esenciales del contrato de trabajo: **i)** un servicio personal prestado, **ii)** una retribución económica, y **iii)** subordinación. Dicha subordinación tiene un aspecto económico, técnico, social, y jurídico, pero no es necesario que concurren todos al mismo tiempo.^[4]

La jurisprudencia abunda al respecto ofreciendo criterios que orientan a la determinación de la relación laboral. Se ha establecido que: *la subordinación jurídica es aquella que coloca al trabajador bajo la autoridad del empleador, dictando normas, instrucciones y órdenes para todo lo concerniente a la ejecución del contrato de trabajo... los signos más sobresalientes de la subordinación y que permiten demostrar la ejecución del contrato de trabajo son: el lugar de trabajo, el horario de trabajo, el suministro de materias primas o de productos, la dirección y el control efectivo.*^[5] Asimismo, en cuanto a la determinación de esa subordinación, los jueces deben dar detalles de: *a) a quién le reportaba su labor; b) quién coordinaba la actividad laboral del recurrido en lo que respecta a su obligación de trabajar; c) en qué forma participaba el empleador en la organización interna de la prestación del trabajo realizado, mediante el dictado de*

disposiciones o de órdenes concretas sobre su ejecución que tienen por objeto individualizar el modo de cumplir esa obligación de trabajar[6].

Para destruir esta presunción, el demandado debe demostrar que estos elementos se encuentran ausentes en su relación con el demandante. Por ejemplo, que el demandante no asistía regularmente, que solo prestaba servicios cuando tenía disponibilidad, que utilizaba sus propios recursos para realizar el trabajo, etc.

Si el demandado demuestra que su relación con el demandante no era de carácter laboral, la demanda será rechazada en todas sus partes[7]. Esta demanda no puede ser objeto de una solicitud de incompetencia por entender que la jurisdicción civil o comercial sea la correcta para dirimir este conflicto. Tampoco es sancionado con inadmisibilidad por adentrarse el fondo del caso como indicamos en el escenario anterior.

No obstante, somos de opinión que si el objeto de la demanda interpuesta ante un tribunal laboral persigue el cobro de otras obligaciones (como honorarios profesionales) o derechos previstos en normativas de otra naturaleza (aplicación de la Ley núm. 3143 sobre trabajo realizado y no pagado, así como trabajo pagado y no realizado), y no el pago de las prerrogativas fijadas por las leyes laborales, el tribunal laboral está en condiciones de declarar su incompetencia, ya que en ese escenario no se estaría discutiendo la naturaleza del contrato, pues la propia acción en justicia ya indica cuál es el carácter de la relación de las partes envueltas[8].

Por el contrario, si no se demuestra la existencia de una relación de otra naturaleza, se aplicará la presunción que analizaremos a seguidas.

4. Modalidad del contrato de trabajo

Ya establecido el hecho de que entre las partes existió un contrato de trabajo, el artículo 34 del CT, prevé lo siguiente: *Todo contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indefinido*. Cuya modalidad del contrato le otorga mejores prerrogativas al trabajador en comparación a las otras, como son por tiempo definido, por obra o servicio determinado, por temporada, entre otros. Pues en un contrato de trabajo por tiempo indefinido nos encontraremos con las figuras del preaviso y del auxilio de cesantía.

Ya en este escenario, el demandante es considerado trabajador y el demandado es empleador. Recae sobre el empleador demostrar que el contrato de trabajo era bajo una modalidad distinta a la de tiempo indefinido.

En relación con la segunda parte del citado artículo 34, se indica que *Los contratos de trabajo celebrados por cierto tiempo o para una obra o servicio determinados, deben redactarse por escrito*. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que *...si bien el artículo 34 del Código de Trabajo exige que los contratos de trabajo por cierto tiempo o para una obra o servicio determinados deben redactarse por escrito, dicho escrito no es una condición sine qua non para la existencia de estos últimos contratos, sino uno de los*

medios de aniquilar la presunción de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido, pudiendo ser probada la duración definida de dicho contrato por cualquier medio de prueba, en vista de la libertad de prueba que predomina en esta materia y a las disposiciones del IX Principio Fundamental del Código de Trabajo, el cual establece que el contrato de trabajo no es aquel que consta en un escrito, sino el que se ejecuta en los hechos[9]. Por tanto, el empleador puede aportar cualquier prueba que tenga a su disposición, no solo documentales.

Si el empleador logra presentar pruebas fehacientes de la modalidad que alega, el juez procederá a reconocer derechos en virtud del tipo de contrato de trabajo retenido.

5. Segunda Parte

Ya establecida la existencia del contrato de trabajo y su modalidad, tenemos una variedad de hechos que deben ser demostrados de forma particular por cada una de las partes envueltas. Si vale la pena destacar que aplican a los contratos de trabajo de otras modalidades y no solo a los contratos de trabajo por tiempo indefinido. Veamos.

6. Elementos esenciales del contrato de trabajo

Iniciamos con el artículo 16 del CT que establece lo siguiente: *se exime de la carga de la prueba al trabajador sobre los hechos que establecen los documentos que el empleador, de acuerdo con este Código y sus reglamentos, tiene la obligación de comunicar, registrar y conservar, tales como planillas, carteles y el Libro de Sueldos y Jornales.*

Vamos a presentar los principales escenarios fijados por la ley y la jurisprudencia que quedan dentro de esta disposición:

a) El salario

Ha sido criterio que *...la obligación del empleador de probar el salario devengado por un trabajador demandante surge cuando él alega que el monto de este es menor al invocado por el trabajador... Una vez que un empleador presenta constancia de los salarios recibidos por el trabajador; queda destruida la presunción que a su favor prescribe el artículo 16 del Código de Trabajo, retomando el trabajador la obligación de hacer la prueba del salario alegado[10].* En ese sentido, en primer lugar, recae sobre el empleador demostrar un salario distinto al que alega el trabajador, y luego de presentada esa prueba, el trabajador debe demostrar su salario alegado. Esto es aplicable tanto para el monto general del salario que rigió el contrato de trabajo en cuestión, como para el pago de los salarios que se hacen periódicamente a manos del trabajador.

b) Jornada laboral, descanso intermedio y descanso semanal

El artículo 159 del CT nos indica que *Todo empleador está obligado a fijar en lugar visible de su establecimiento, un cartel sellado por la autoridad local de Trabajo, con estas*

indicaciones: 1. Las horas de principio y fin de la jornada de cada trabajador; 2. Los períodos intermedios de descanso en la jornada; 3. Los días de descanso semanal de cada trabajador. Quedan exceptuados de esta disposición los trabajadores del campo... por lo que por aplicación del artículo 16 del CT, debe ser demostrado por el empleador.

c) Fecha de inicio y terminación del contrato

El artículo 70 del CT impone a los empleadores proporcionar la evidencia sobre la fecha de entrada y salida de un trabajador a sus funciones para las que fue contratado. En consecuencia, recae sobre el empleador demostrar la duración del contrato de trabajo.

d) Derechos adquiridos

El pago y disfrute de los derechos adquiridos que le correspondan al trabajador, también debe ser demostrados por el empleador. En caso de entender que esos derechos fueron satisfactoriamente otorgados o no les correspondían, el empleador de igual forma debe presentar evidencia[11].

En ese sentido, deben presentarse evidencia del pago de salario de Navidad, vacaciones y participación en los beneficios de la empresa una vez estos se hayan generado. Cabe destacar que, en el caso de las vacaciones, no basta con demostrar el pago realizado, sino que el trabajador también las disfrutó íntegramente, esto es, el tiempo que permaneció fuera de las instalaciones del empleador sin prestar el servicio contratado en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del CT. En el caso de la participación en los beneficios de la empresa, el empleador debe probar su pago, o en su defecto, que dicho derecho adquirido no se generó, como presentando la declaración jurada en la que demuestre sus pérdidas y beneficios, salvo que se encuentre amparado por alguna de las tres excepciones que establece el artículo 226 del CT[12].

e) Inscripción en el Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS)

Es bien sabido que el empleador debe demostrar el cumplimiento de este hecho en razón de que el *...carácter universal del Sistema Dominicano de Seguridad Social impone a los empleadores la obligación de inscribir en el régimen contributivo a todos sus trabajadores.*

Cabe acotar que esta obligación no se limita solo a la inscripción en el sistema, sino también en los demás trámites derivados de esa obligación de seguridad a cargo del empleador. A título de ejemplo, con relación a una solicitud de subsidio por enfermedad común, nuestra SCJ ha establecido que *...una vez que el trabajador cumple con la obligación contemplada en el ordinal 1º del artículo 13 del reglamento mencionado y demuestra haber comunicado las licencias médicas, le corresponde al empleador terminar el proceso de reportes de subsidios de enfermedad común. Y, en caso de que el trabajador no presentare los formularios conformes, en virtud del principio protector del derecho del trabajo y la inversión de la carga de la prueba del artículo 16 del Código de Trabajo, es el*

empleador que debe demostrar esa negligencia o imprudencia del trabajador para liberarse de responsabilidad[13].

f) Implementación de medidas de prevención a los riesgos laborales

De igual forma, los empleadores tienen un deber de protección a favor de los trabajadores, particularmente las indicadas en el Decreto núm. 522-06, que crea el Reglamento de Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo, por lo que el incumplimiento de alguna de las medidas preventivas y de seguridad previstas en esa normativa, compromete la responsabilidad del empleador[14]. En ese orden -aplicando la misma analogía del punto anterior, corresponde al empleador demostrar el cumplimiento de las obligaciones que las leyes ponen a su cargo.

g) Horas extras

La jurisprudencia ha indicado que lo que ...le corresponde por ley al trabajador es el pago de las horas extraordinarias que él demuestre haber laborado, siendo a partir del establecimiento de ese hecho que corresponde al empleador demostrar que realizó el pago de las mismas[15].

No obstante, esta inversión de la carga de la prueba ha sido discutida durante años, particularmente por el mandato el artículo 159 y la existencia de una planilla ofrecida por la autoridad de trabajo destinada a las horas extras.

Ya el maestro Carlos R. Hernández Contreras trató ampliamente este tema[16], por lo que no abundaremos al respecto. En síntesis, debido a que el cartel de horario está en desuso y ni siquiera es exigido por las autoridades administrativas, la carga de la prueba permanece sobre el trabajador.

h) Horas feriadas y de descanso semanal

Estas gozan de un tratamiento parecido al de las horas extras, pues al trabajador no estar supuesto a trabajar en estos escenarios, le corresponde demostrar que laboró horas feriadas y de descanso semanal para luego recaer sobre el empleador la carga de la prueba de tener que demostrar su pago.

i) Horas nocturnas

Este hecho dependerá sustancialmente del horario de trabajo que haya sido demostrado, pues a partir de allí es que corresponderá determinar el tipo de jornada conforme con los parámetros del artículo 149 del Código de Trabajo y, consecuentemente, el empleador deberá aportar prueba del pago de esas horas nocturnas, si la jornada en cuestión lo exige.

Finalmente, notamos un gran abanico de hechos que entran dentro del margen del artículo 16 del CT, por lo que benefician al trabajador y lo que éste alegue sobre ellos se

entenderá como cierto hasta prueba en contrario, siempre que coloque al juez en condiciones de estatuir correctamente y el cual podrá acoger o rechazar en virtud de su poder activo orientado a buscar la verdad material del caso[17].

Por efecto contrario de la disposición analizada, le corresponde al trabajador demostrar el resto de los hechos que alega. A título enunciativo, se nos ocurren algunos ejemplos como: comisiones, bonos o incentivos, discriminación, acoso laboral, riesgo en el lugar de trabajo, gastos incurridos por enfermedad laboral, entre otros.

7. Terminaciones del contrato

En principio, las terminaciones que no generan responsabilidad para las partes, estipuladas en el artículo 68 del CT (por mutuo consentimiento, por ejecución del contrato y por la imposibilidad de ejecución) deben ser demostradas por la parte que alega dicha terminación. Sobre ella no abundaremos.

Ahora bien, sobre las terminaciones que generan responsabilidad a las partes, estipuladas en el artículo 69 del CT, vamos a detenernos en cada una de ellas por sus diferentes matices.

a) Despido

Al trabajador le corresponde demostrar el hecho material del despido del que fue objeto de parte del empleador[18]. No se trata de saber si es justificado o injustificado, sino de establecer si lo que ocurrió fue un despido. Es decir, que la terminación realizada se corresponde a la calificación del artículo 87 del CT.

Debido a que el artículo 91 del CT obliga al empleador a comunicar el despido al Ministerio de Trabajo, el trabajador suele demostrar este hecho mediante el depósito de esa carta de despido, ya sea entregada a sus manos, ya sea la que se encuentra en los registros de la autoridad administrativa. No obstante, si su empleador no cumple con esa comunicación, el trabajador siempre puede probarlo por cualquier medio de prueba.

En ese orden de ideas, si el trabajador no demuestra el hecho material del despido, sus reclamos configurados en el artículo 95 del CT (preaviso y auxilio de cesantía) serán rechazados de forma pura y simple[19]. Esto no es óbice de que los demás reclamos de la demanda, como pueden ser derechos adquiridos o indemnización en daños y perjuicios sean conocidos, pues no están supeditadas al tipo de terminación.

Una vez comprobado el hecho material del despido, corresponde al empleador, en primer lugar, demostrar haber cumplido con la obligación fijada en el artículo 91 del CT, relativa a la comunicación a la autoridad administrativa de trabajo dentro de las 48 horas posteriores al despido. De no hacerlo, se aplica el artículo 93 del CT que prescribe que el despido será reputado injustificado, lo que no acepta prueba en contrario,

constituyéndose así en una presunción *iure et iure*[20]. Esto debe verificarse antes de adentrarse a valorar el carácter justo o injusto del despido.

Una vez cumplido con lo anterior, el artículo 87 del CT indica que recae sobre el empleador presentar las pruebas de las faltas cometidas por el trabajador que violan las disposiciones del CT o del contrato de trabajo. Si el despido es declarado justificado, el empleador será liberado del pago de las prestaciones laborales, pero si es declarado injustificado, será condenado a lo estipulado en el artículo 95 del Código de Trabajo. Los reclamos no relacionados a la terminación del contrato no se ven afectados por esta declaratoria, por lo que deben ser conocidos de todos modos.

b) Dimisión

Conforme con el artículo 96 del CT, al trabajador le corresponde demostrar tanto el hecho material de la dimisión como su carácter justificado. No obstante, en virtud de la inversión de la carga de la prueba del artículo 16 del CT, los hechos que analizamos en el apartado 1, de esta segunda parte del presente estudio, se mantienen a cargo del empleador.

Posteriormente, también recae sobre el trabajador demostrar que la comunicación de la dimisión fue realizada a la autoridad administrativa dentro de las 48 horas de haber sido ejercida según lo indica el artículo 100 del CT. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que *no existe sanción para la no comunicación de la misiva de dimisión al empleador*[21], por lo que, de acuerdo con esa corriente, el trabajador solo debe demostrar la comunicación al Ministerio de Trabajo.

El artículo 101 del CT indica que, si la dimisión es declarada justificada, procederán las mismas condenaciones del artículo 95 del CT como si fuera un despido injustificado. En esa misma línea, si la dimisión es declarada injustificada, el empleador será liberado del pago de las prestaciones laborales y el trabajador deberá pagar el preaviso según lo indicado en el artículo 102 del CT.

c) Desahucio

El trabajador que alegue que fue objeto de un desahucio ejercido por el empleador, le corresponde demostrar ese hecho, particularmente cuando es controvertido entre las partes[22]. Si el trabajador no lo demuestra, su demanda en reclamo de prestaciones laborales (preaviso y auxilio de cesantía) e indemnización prevista en el artículo 86 del CT debe ser rechazada, no así sus reclamos accesorios ajenos a la terminación del contrato.

Una vez demostrado el hecho del desahucio, corresponde al empleador demostrar el pago de las prestaciones laborales (preaviso y auxilio de cesantía) e indemnización prevista en el artículo 86 del CT, en caso de que estas últimas se hayan generado[23].

d) Abandono

Queremos detenernos sobre el denominado abandono de empleo *...que es una terminación voluntaria del trabajador al salir de su labor en una empresa sin informarlo oficialmente, pero que su actuación material y el tiempo de su salida es una demostración fehaciente y notoria de que ejerció una renuncia a sus funciones [24].*

Lupo Hernández Rueda indica que *El abandono es un estado de falta continuo, que requiere una duración mínima, que exceda más de los dos días de inasistencia sucesiva, y otras circunstancias reveladoras de la voluntad del trabajador, de desligarse definitivamente de la empresa[25].*

No obstante, la Tercera Sala de la SCJ ha establecido que *...el trabajador que demanda en pago de prestaciones laborales por despido injustificado, está en la obligación de establecer el hecho del despido invocado; que por haber el empleador alegado que el demandante abandonó sus labores, no se creaba la obligación de probar ese abandono, a no ser en el caso de que hubiere utilizado el abandono de labores como una causal del despido[26].* En ese orden, la doctrina y la jurisprudencia dividen el abandono en: **i)** terminación del contrato de trabajo y **ii)** falta imputable para un despido.

Un escenario común ocurre cuando un trabajador demanda por despido injustificado luego de haberse ausentado varios días sin retornar a su puesto de trabajo. En ese caso, el empleador tiene dos posibles defensas adjetivas: a) contestar el hecho material del despido al fundamentar que lo que ocurrió fue un abandono como terminación del contrato; o b) dar aquiescencia al hecho material del despido, y presentar evidencia sobre el abandono como una falta que fundamentó dicha terminación. En consecuencia, la carga de la prueba se inclinará al trabajador si se cuestiona la terminación por despido o al empleador si se cuestiona la falta cometida.

8. CONCLUSIONES

El dominio de la inversión de la carga de la prueba y de las presunciones legales en materia laboral resulta de vital relevancia en la práctica procesal, pues dependiendo el escenario en el que una parte se encuentre, su defensa técnica puede ser sustancialmente diferente. Por tal razón, dar aquiescencia a un hecho en particular desencadena consecuencias en el proceso que pueden determinar su suerte.

A modo de síntesis, primero debemos superar la existencia de la prestación del servicio, que recae sobre el trabajador. Una vez demostrada, se genera la presunción fijada en el artículo 15 del CT de que esa prestación de servicio se debe a un contrato de trabajo, la que debe ser contestada por el empleador presentando elementos que permitan determinar si se trata de una relación laboral o de otra índole. Luego, procede vencer la presunción del artículo 34 del CT de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido, la cual también recae sobre el empleador. Finalmente, comprobada la existencia del contrato de trabajo, los hechos dependerán esencialmente de la inversión fijada en el artículo 16 del CT con las excepciones y particularidades desarrolladas en el presente estudio.

En ocasiones se tilda al derecho del trabajo de un ejercicio carente de los formalismos propios de otras áreas del derecho. Esto se debe al interés del legislador de facilitar la interposición de las acciones en justicia tendentes a reconocer derechos laborales y agilizar los procesos para obtener respuestas oportunas a esos reclamos. No obstante, la aplicación de las inversiones de la carga de la prueba y de las presunciones legales que hemos analizado es drástica y su estudio debe ser imperativo para todo aquel que concurra en un proceso ante los tribunales de trabajo.

- [1] Alburquerque, Rafael. Derecho del trabajo, El empleo y el trabajo, tomo II, Editora lozano, C. por. A, Santo Domingo República dominicana 1997, Pág. 53.
- [2] Hernández Rueda, Lupo. Derecho procesal del trabajo, Editora Dalis, Moca, Republica Dominicana, Pág. 164.
- [3] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 12, 4 de junio 2014, BJ. 1243.
- [4] Hernández Rueda, Lupo. Manuel del Derecho de Trabajo, Duodécima Edición. Página 140.
- [5] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 54, 31 de mayo 2017. BJ. 1278
- [6] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 45, 25 de febrero 2015. B.J. 125,1 páginas 1388-1390
- [7] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 10, 2 de agosto 2000, BJ. 1077; SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 1, 20 de noviembre 2013, BJ. 1236; SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 26, 8 de julio 2020, BJ. 1316.
- [8] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 27, 24 de febrero 2021, BJ. 1323.
- [9] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 53, 24 de agosto 2016, BJ. 1269
- [10] SCJ, Tercera Sala, sent. 22 de agosto 2007, BJ. 1161, págs. 1187-1195.
- [11] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 77, 26 de febrero 2014, BJ. 1239.
- [12] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 23, 12 de octubre 2016, BJ. 1271.
- [13] SCJ, Tercera Sala, sent. SCJ-TS-22-0009, 25 de febrero 2022, BJ, 1335.
- [14] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 91, 20 de diciembre 2019, BJ. 1309
- [15] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 113, 30 de septiembre 1998, BJ. 1054
- [16] Hernández Contreras, Carlos Rafael. Horas Extras y Fardo de la Prueba. Septiembre 2009. Gaceta Judicial, año 13, núm. 274. ISBN: 978-9945-09-513-5. Disponible en línea (última consulta 29/7/2022): <https://carloshernandezcontreras.com/wp-content/uploads/2020/09/Horas-Extras-y-Fardo-de-la-Prueba-Carlos-Hernandez-2009.pdf>
- [17] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 24, 18 de abril 2012, BJ. 1217
- [18] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 10, 22 de enero de 1998, BJ. 1046.
- [19] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 1, 14 de enero 2004, BJ.1118; SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 3, 19 de noviembre 2014, BJ.1248
- [20] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 35, 12 de octubre 2016, BJ.1271.
- [21] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 11, 11 de mayo 2016, BJ.1266.
- [22] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 48, 17 de diciembre 2014, BJ. 1249; SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 48, 17 de diciembre 2014, BJ. 1249; SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 37, 27 de julio 2016. BJ.1267.
- [23] SCJ, Tercera Sala, sent. núm. 14, 1 de junio 2016, BJ. 1267.
- [24] SCJ, Tercera Sala, sent. 21, 18 de enero 2006, BJ. 1142, pág. 952.
- [25] Hernández Rueda, Lupo. Manuel del Derecho de Trabajo, Duodécima Edición. Página 435.
- [26] SCJ, Tercera Sala, sent. 7, 3 de junio 1998, BJ. 1051.

La idea del interés casacional en la Ley núm. 2-23, sobre recurso de casación

Georgina Davielle Zorrilla[i]

Recuento de una evolución afrancesada

Con la promulgación de la Ley de casación el pasado 17 de enero, el ordenamiento dominicano recibe el 2023 con la sustitución de la reforma, que, sobre este recurso, experimentó la derogada Ley núm. 3726 en el año 2008. La novedad, pese haber sido un proyecto poco debatido en la comunidad jurídica local y de un trajinar acelerado de menos de doce meses en el Congreso de la República -a contar desde su introducción al Senado a finales de agosto del dos mil veintidós-, significará para esta vía extraordinaria de contestación una especie de recomposición de su procedimiento y consecución de sus efectos.

Alojar al interés casacional en el vocablo local es, sin duda, un ejercicio que propicia referir la evolución de la casación de tradición francesa que ha influido sobre nuestro proceso de derecho civil desde que la Constitución del 22 de febrero de 1908 otorgara competencia plena y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia para conocer, como verdadera corte de casación, de los “fallos en último recurso, pronunciados por las Cortes de Apelación y tribunales inferiores” (LUCIANO PICHARDO, 2008). A partir del *Conseil des parties* que dio lugar en 1578 al *Conseil d’Etat*, entidad que vigilaba el cumplimiento de la legalidad fijada por el legislador ante el peligro de que los órganos jurisdiccionales tradicionales “transgrediesen el derecho objetivo so pretexto de interpretarlo” (CALAMANDREI, 2021), hasta la institucionalización del *referée* que permitió al legislativo de la Francia Revolucionaria decidir sobre el sentido correcto de la ley con la creación del *Tribunal de Cassation* mediante Decreto del 27 de noviembre de 1790, este medio revisor de fallos en derecho no desempeñaba por aquellos tiempos la actual tarea nomofiláctica cuando, por desacato al texto de ley, la sentencia fuera casada (ORTELLS RAMOS, Manuel et al, 2008).

Más bien, las condiciones y características que identificamos en la actualidad en cuanto a este modelo tomaron cuerpo a través de las modificaciones legislativas del primero de abril de 1837 y del siete de noviembre de 1979; mismas, que dispusieron la definición del mecanismo de reenvío y ofrecieron el “elemento uniformador en la interpretación y aplicación del derecho por los diversos órganos jurisdiccionales” (BORÉ, 2015). Pese a ello, en la República Dominicana no asumimos inicialmente el contenido de aquel decreto de 1790; menos todavía, asimilamos en los denominados ‘códigos de la restauración’ a la figura de la casación. Sencillamente, porque no fue acopiada en los textos napoleónicos adoptados en la isla, pues, preexistían los mecanismos de impugnación fijados por la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo Tribunal Supremo no se instauró la casación, sino el denominado “recurso de nulidad” (MORENO PASTOR, 1989).

El avío al reconocimiento de la casación en el país -de inconfundible apego al modelo francés-, se apunta a medias con las reformas constitucionales del 1854 y de 1858. En

la primera, el artículo 45, inciso trece de su contenido, concedía al tribunal de apelaciones la facultad de uniformidad jurisprudencial. Mientras, que en el artículo 98, numeral catorce de la Constitución de Moca, se otorgó a la corte suprema la responsabilidad de interpretar los fallos de derecho y velar por la unidad de la labor jurisprudencial; elementos que identificaban al mencionado recurso, que tomaría nombre y apellido formal en la citada enmienda constitucional del 1908.

El recuento anterior, promueve a que el interés casacional integrado ahora en la comentada reforma procesal está lejos de pertenecer al rito afrancesado del que inquirimos, dado la vigencia de nuestro Código de Procedimiento Civil. La razón de ser de esta especie de guía de admisibilidad discrecional proviene del modelo de revisión alemán, caracterizado por controlar “la legitimidad de la aplicación de la ley en el caso concreto resolviendo, también el mérito de la controversia” (TARUFFO, 2006); desvelando, entonces, a un camino de examen de la legalidad apartado, quizá, de los tradicionales vicios *in iudicando* o *in procedendo* de vocación nomofiláctica y clara satisfacción del derecho procesal de los litigantes, también llamado “*ius litigatoris*”: se descuella a la apertura limitada de la vía de recurso en miras de unificar la jurisprudencia con prevalencia del *ius constitutionis* o la llamada interpretación objetiva de la ley.

Inserción del medio de admisibilidad “colateral” de casación y la sentencia del TC dominicano

Este medio de control “colateral” de apertura a la casación, surge entre nosotros a consecuencia del fallo núm. TC/0489/15, emitido el seis de noviembre de 2015 por el Tribunal Constitucional dominicano, a raíz de una acción directa que sobre el monto de la cuantía de acceso a la casación establecía la derogada L. 3726. El tribunal, reconociendo la naturaleza extraordinaria del recurso y atendiendo a la razonabilidad, precisó la necesidad de “buscar un punto de equilibrio entre el descongestionamiento de la carga laboral de la Suprema Corte de Justicia y el necesario acceso al recurso de casación de aquellos asuntos que revistan interés...”; exhortando al Congreso votar una ley que equilibrara “un modelo en el que, con independencia de que exista un límite general que restrinja por su cuantía los asuntos que acceden a la Corte Suprema,... se abra la vía alternativa con base en el interés casacional, que... permita a la Suprema Corte de Justicia apreciar ese interés en los asuntos tramitados por razón de la cuantía cuando esta fuese inferior, sino también cuando la supere, dado que habrán casos que accederían automáticamente al recurso por el monto, pero sobre los cuales existen pronunciamientos consolidados del Alto Tribunal” (*vid.* 8.5.12, pág. 22).

De la transcripción se verifica, que el arquetipo sugerido en su momento por la incorporación de garantías y del que se compone el artículo 10, numeral tercero de la L. 2-23 es de una marcada referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, cuya reforma en el año 2000 incluyó en el control de acceso de su singular recurso de casación al mecanismo del interés casacional en aras de crear un sistema de doble revisión para las sentencias de apelación: un primer recurso extraordinario por infracción procesal por precepto constitucional, para las decisiones de Audiencias

Provinciales, y el recurso extraordinario de la casación, propiamente dicho. Sin embargo, la dualidad plasmada, en lo que cuenta a la casación, ha sido objeto de diversas modificaciones, ante todo, sobre el esquema de admisión respecto de la relevancia o no del interés casacional -como se manifiesta en las reformas de 2011 y de 2015, y sobre la segunda, las sustituciones que al supuesto se ofrecieron en 2017-.

Presentemente, el esquema que alberga a los criterios de admisibilidad sobre este tema en la casación española -divorciada de la francesa- se encuadran en el artículo 477.2.3° y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “por tres elementos: 1.º) Objeto: Que es, básicamente, la unificación de la jurisprudencia, sin perjuicio de que, de modo indirecto, pueda acabar tutelándose el interés particular de la parte. 2.º) Causa: Que es la existencia del interés casacional, y que luego se resuelve en los tres supuestos que veremos a continuación. 3.º) Motivo: Que es la infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones del proceso. El interés casacional es, por tanto, un presupuesto de admisibilidad del recurso que puede consistir en: A) Haber resuelto en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia) B) Haber resuelto puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales C) Por no existir doctrina jurisprudencial aplicable a normas que no lleven más de cinco años en vigor” (MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, 2018).

Como nos explica Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, de manera un tanto más llana y parafraseando al Tribunal Supremo español, “el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina del tribunal (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el ‘interés casacional’ que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha” (El interés casacional , 2002, págs. 135 y ss.). Donde el factor determinante para convenir la vía de la casación apunta Ignacio Díez-Picazo, lo es “la finalidad de alcanzar una unificación jurisprudencial sobre la defensa del derecho objetivo” (HUALDE LÓPEZ, Ibon. (Coord), 2021).

El interés casacional y la influencia del modelo español

Justamente, por ser la casación en materia civil la que más suscita jurisprudencia en España, la Primera Sala de su Tribunal Supremo, por fallo 15-IV-2015, rec. 656/2014, ha convenido en que “... [l]o que constituye ‘interés casacional’ no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre los órganos judiciales, que haya determinado la existencia de ‘jurisprudencia contradictoria’ que el legislador trata de evitar, permitiendo ... sentar una doctrina con finalidad unificadora”.

Entiéndase, la intención primordial del interés casacional no es otra que la de afianzar el principio de seguridad jurídica por medio de la consolidación y masificación de la unidad de la jurisprudencia, en el que fallos de última o única instancia, que resuelvan casos iguales, deban interpretar y aplicar la ley “del mismo modo” (BLASCO GASCÓ, 2000), erigiendo al dictado casacional y consolidándolo con un *genuino sentido vinculante*; punto que hasta ahora no había sido considerado en el ordenamiento jurídico nacional para con lo resuelto por las Primera y Tercera Salas de la Suprema Corte de Justicia, frente a la errática premisa de la individualidad del criterio judicial - no asimilable en Francia- que por años confinó a sus veredictos al oscurantismo, sin autoridad de ser fijados por ante los tribunales inferiores y de los que Tribunal Constitucional dominicano se ha ufanado en calificar de desistibles. Circunstancia similar a la ocurrida entre los Tribunales Supremos de Justicia y Supremo de la señalada nación europea, previa reformación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, enunciada.

De tal manera, que el artículo 10, numeral 3) de la Ley núm. 2-23, en comentario, instituye al interés casacional para “sentencias interlocutorias e incidentales que pongan fin al proceso o han ordenado su suspensión o sobreseimiento, así como aquellas sentencias de fondo, dictadas en única o en última instancia”; y de la providencia, propone al ritmo: “a) En la sentencia [que] haya resuelto en oposición a la doctrina jurisprudencial de la Corte de Casación; b) En la sentencia [que] resuelva acerca de puntos y cuestiones sobre las cuales exista jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de segundo grado o entre salas de la Corte de Casación; c) Las sentencias que apliquen normas jurídicas sobre las cuales no exista doctrina jurisprudencial de la Corte de Casación, y esta última justifique la trascendencia de iniciar a crear tal doctrina”.

La prevención, se asemeja bastante a los requisitos de admisibilidad que por interés o relevancia legal esclarece la técnica casacional española, implantada por el Tribunal Constitucional dominicano. No obstante, el párr. I del artículo antedicho, descarta estos menesteres en materia laboral y de embargo inmobiliario en las que regirán las reglas que predicen los Códigos Laboral, de Procedimiento Civil y las leyes especiales de tutela. Habría sido preferible que en las áreas de derecho administrativo y contencioso tributario la nueva ley delimitase al interés casacional en razón de la especialidad que les caracteriza, como acontece en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) española, donde la instauración del interés “objetivo”, como requerimiento de apertura de la casación administrativa, ha generado conflictos y provocado su reformación a consecuencia del predominio que del “*ius constitutionis*” se presentó sobre una de las peculiaridades de la casación: la satisfacción de la pretensión procesal de las partes -*ius litigatoris*-.

Un evento curioso acontece, además, en el párr. II del nombrado artículo 10 de la Ley núm. 2-23, incluyente de un tercer medio de admisión “formal” o de procedencia al margen de los órdenes de cuantía e interés casacional; se trata, nada menos, del de *infracción procesal por precepto constitucional* -empleado en España para las Audiencias Provinciales- en el cual la Suprema Corte solo se verá obligada a decidir si en el supuesto de una sentencia anterior, por única o última instancia, se haya aplicado la norma por estimarla inconstitucional y lo principal no sea susceptible de

recurso de casación. Con todo, esto último resulta ser un tema distinto al presente, y del que si el apacible lector aguarda, podremos abordar en otra entrega.

Incardinación del interés casacional al orden público

Es propicio establecer que el interés casacional, como forma de acceso a esta vía, no compone a la legitimación procesal o al interés jurídico; mucho menos asimila los conocidos y tradicionales “motivos” de casación. Ha sido expuesto que esta previsibilidad es un *requisito de admisión formal*, de predominante discrecionalidad judicial, cuya invocación resulta en una especie de equilibrio para el acceso a la revisión de derecho de aquellos fallos de única o última instancia, que sin importar su cuantía, requieran ser examinados. Huelga especificar, siguiendo a la justicia comparada, que si bien la admisibilidad formal del recurso bajo la sombrilla del interés casacional en modo alguno supondría su acogencia de fondo, por el principio manifiesto de seguridad jurídica, imperará en él un *terminante factor de orden público*; a la inversa, de radicarse casación por anuencia exclusiva del presupuesto de legalidad, de no reunirse en sus términos -objeto, causa y motivo- la casación devendría irrecible.

La idea del interés casacional tampoco debe ser equiparable con la restricción *sui generis* que supone la especial trascendencia o relevancia constitucional, primariamente instaurada para las acciones de amparo y luego integrada en la Ley núm. 137-11 como un componente de acogencia liminar de los recursos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. En conjunto, representan herramientas de intervención previa al acceso de las vías extraordinarias de impugnación ofrecidas en las respectivas altas cortes, pero sus diferencias están delimitadas por la *finalidad de censura*: mientras la especial trascendencia o relevancia constitucional intuye una caligrafía *subjetiva* sobre el derecho fundamental vulnerado, el interés casacional verifica desde una óptica siempre *objetiva* el predominio del dictamen normativo en la contestación. Por ser de encuadernación individual, la especial trascendencia o relevancia constitucional se reconoce en el marco de la razonabilidad que varía “de caso en caso”, dependiendo del derecho fundamental lesionado y apegada al criterio jurisprudencial sostenido por el Tribunal Constitucional. En cambio, el interés casacional se especifica como un instituto de exclusiva satisfacción legal y de apreciación estricta, ceñido a la unidad del fallo judicial sin recaudo de libertades fundamentales.

Para la doctrina más acabada, la inserción del nombrado interés casacional, como requerimiento preventivo a la admisión de la casación, compone, en pureza, una especie de “recurso de casación distinto del anterior, distinto del referido a la concreta materia de los derechos fundamentales y al de la cuantía, recurso en el que prima la unificación de la jurisprudencia. El sentido de este recurso es el originario, aquél por medio del cual no se trataba tanto de tutelares derechos subjetivos de las partes concretas de un proceso, como de, por su medio, contribuir a la unidad del ordenamiento jurídico” (MONTERO AROCA, 2005); así lo detalla el literal “c)” del numeral tercero del artículo 10 de la L. 2-23, reproducido, y refiere por cotejo el inciso 3° del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Y es que de la ya repetida discrecionalidad, ese aludido literal “c)” concede al juez de la casación la facultad de pronunciarse oficiosamente sobre un asunto no narrado por la parte interesada en su instancia introductoria, so pretexto de crear “doctrina jurisprudencial” cuya “trascendencia” quede en la moderación reservada de quien sondee lo pretendido. Esto encuentra sobrada justificación en el citado factor de orden público, que desde la dinámica de la nomofilaquia, corresponde a la casación. Obviamente, “*el interés casacional no puede referirse a cuestiones procesales*” (MONTERO AROCA, 2005), las que entre nosotros, al tenor de la Ley núm. 2-23, estarán a expensas del requisito de admisibilidad por cuantía, y de no superarlo, pasarían a ser objeto en todo caso del denominado recurso de casación por infracción procesal de precepto constitucional, denunciado en la norma de recién vigencia por el susodicho párr. II del artículo 10.

Esta especie de libertad en decidir, preliminarmente, la admisión formal del recurso elevado en casación concedida por el legislador bajo el sentido de orden público ha comprometido al interés casacional cuando el juzgador, en ejercicio de sus facultades oficiosas, entremezcla el objeto jurídico del proceso impugnatorio y fija una interpretación legal respecto del evento por él cuestionado, sin sugerir salida ni resolver las cuestiones posiblemente aducidas en el proceso. Cuando deben ser las pretensiones de las partes “las que marcan el objeto del mismo, [pues], el ‘ius litigatoris’ condiciona y enmarca el ‘ius constitutionis’, o lo que es lo mismo, las pretensiones de las partes condicionan el ámbito de la porción del ordenamiento jurídico que debe ser definido e interpretado” (YAGÜE GIL, 2018) por la Suprema Corte de Justicia.

Las discrepancias entre la satisfacción de la pretensión procesal de las partes -característica esencial del modelo francés- y la interpretación objetiva de la ley -propia del sistema de revisión alemán- suscitan en el ámbito del interés casacional una especie de sinsentido accidental para los sistemas jurisdiccionales en cuyas vías extraordinarias de recurso impera la impulsión procesal, más conocida como principio dispositivo. De la incardinación o vínculo Francia no ha quedado exenta, ya que en la reforma proclive a su régimen casacional -por nosotros tan identificable- se ha colado la propuesta, por parte de un sector de la magistratura, de que liminarmente, o antes de decidir el fondo, la *Cour de cassation* examine el recurso a discreción, fundamentándose en “criterios como el interés jurídico de la cuestión planteada” (COSSARDEAUX, 2015); tipo de barda que ponga fin o reduzca, a lo sumo, la ambivalencia del criterio jurisprudencial.

Sugerencia que concita apoyo en el sector académico tendente a describir que la misión esencial del tribunal de casación no es la de “juzgar los procesos, sino asegurar la unidad del derecho, habiendo sido creado esencialmente para la protección del interés público” (JESTAZ, 2014). Aunque, en contrapartida, prevalezca la tendencia que llama a no confundir al tribunal de casación con un “tribunal supremo” (VIGNEAU, 2010), o a equiparar al control casacional con el sistema de “cherry picking” norteamericano (van COMPERNOLLE, 2014). Lo anterior, al margen de las innovaciones que tanto de la

estructuración y publicación de las sentencias, como del afianzamiento de la jurisdicción constitucional, se suscitaron desde 2017 en la corte francófila.

Conclusiones

La Ley núm. 2-23 asienta en el país un novedoso procedimiento para el recurso de casación en materia de derecho privado, y parcialmente en el público, que se aparta de la tradición afrancesada que por sesenta y nueve años le identificó. Se asume una estructura de tramitación más ágil y de componenda procesal mixta, en que el control de acceso para esta vía extraordinaria se refrenda por los requisitos de cuantía, interés casacional y precepto constitucional, como alternativos de resguardo al debido proceso y necesario equilibrio para el descongestionamiento de la carga laboral que pesa sobre la Suprema Corte de Justicia.

En la balanza, el interés casacional no solo constituye uno de los mencionados mecanismos de examen previo, también el de principal afianzamiento para el principio de seguridad jurídica tendente a consolidar la unidad jurisprudencial y que concede, quiérase o no reconocer, un verdadero sentido vinculante a las decisiones que bajo este precepto de admisibilidad formal, en única o última instancia y sin importar su cuantía, sean decididas por las Primera y Tercera Salas del alto tribunal; pues, más que nada, es este el segundo de sus principales efectos: unidad y vinculatoriedad jurisprudencial.

La figura, regida por la llamada “interpretación objetiva de la ley”, y de evidente orden público, es de una predominante discrecionalidad judicial que operará -en buena técnica procesal y atendiendo a la experiencia judicial comparada- una vez sean descartables los presupuestos de admisibilidad por cuantía o por infracción procesal por precepto constitucional, que bien dispone el artículo 10 de la norma en cuestión. Ello así, porque pretender contener al interés casacional a una especie de “manifestación instrumental” de acceso al recurso impediría la extensión de los efectos ya referidos, le transfiguraría en una cuestión elástica de la que nadie sabrá cómo proponer, mucho menos adecuar o definir, y le simularía a la finalidad de censura subjetiva que más bien corresponde al requisito de admisibilidad de especial trascendencia o relevancia constitucional, con el que para nada se asemeja.

Sin lugar a dudas, como sugiere Montero Aroca, el recurso fundamentado en la interpretación del interés casacional constituirá uno distinto al “original”: su motivo será identificable de aquella solución judicial que por su objeto y causa reúna los presupuestos de utilidad que permitan a la Suprema Corte de Justicia enmendar fallos contradictorios, y ante todo, estatuir sobre asuntos aún no decididos por ella en miras de crear doctrina de precepto vinculante y afianzar la seguridad jurídica; rito que en lo absoluto significaría una invención y que conminará al tenaz litigante criollo a repensar en la acreditación de sus pretensiones.

Textos citados:

BLASCO GASCÓ, F. d. (2000). *La Norma Jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. (1° ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.

BORÉ, J. L. (2015). *La Cassation en matière civile* (5° ed.). Paris, France: Dalloz.

CALAMANDREI, P. (2021). *La Casación Civil*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

COSSARDEAUX, J. (2015, junio 10). La possibilité de se pourvoir devant la Cour de cassation pourrait être limitée. *Les Echos*. Récupéré sur <https://www.lesechos.fr/2015/06/la-possibilite-de-se-pourvoir-devant-la-cour-de-cassation-pourrait-etre-limitee-249363>

HUALDE LÓPEZ, Ibon. (Coord). (2021). *Estudios sobre el Recurso de Casación Civil: fase de admisión* (1° ed.). (M. A. Civil, Ed.) Pamplona, España: Aranzadi.

JESTAZ, M. e.-P. (octubre de 2014). Révolution tranquille à la Cour de cassation. *Recueil Dalloz*, 2061. Obtenido de <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&doctype=RECUEIL%2FCHRON%2F2014%2F0395>

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2002). *El interés casacional*. Madrid, España: Civitas .

LUCIANO PICHARDO, R. (1° de marzo de 2008). *El Recurso de Casación en la República Dominicana*. Obtenido de Revista Gaceta Judicial: <https://www.gacetajudicial.com.do/otros-temas/recurso-casacion-en-republica-dominicana.html>

MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, J. J. (2018). *El Recurso de Casación Civil. Casación e Infracción procesal*. (3° ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.

MONTERO AROCA, J. (2005). *Tratado de Recursos en el Proceso Civil* (1° ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.

MORENO PASTOR, L. (1989). *Los orígenes del Tribunal Supremo. 1812-1838. Tesis doctoral*. Madrid, España: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

ORTELLS RAMOS, Manuel et al. (2008). *Los Recursos ante los Tribunales Supremos en Europa (Appeals to Supreme Courts in Europe)* (1 ed.). Madrid, España: Difusión Jurídica.

TARUFFO, M. (2006). *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (2° ed.). Lima, Perú: Palestra Editores, S.A.C.

van COMPERNOLLE, J. (octubre de 2014). La régulation des recours devant les Cours suprême: La situation en droit belge (Résumé). (L. c. juristes, Ed.) *Rapport La Régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, 46-53. Obtenido de www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-suprêmes_Oct.2014_Web.pdf

VIGNEAU, V. (2010, enero 24). Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation. *Dalloz, recueil*, 102. Récupéré sur <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&doctype=RECUEIL%2FCHRON%2F2009%2F0710>

YAGÜE GIL, P.-J. (2018). El interés casacional. La cuestión de hecho. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 39°, 19-44. Obtenido de www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.39_Pedro_Jose_Yague_Gil.pdf/e1264769-aacd-2ce1-a735-8d4a6404dc69

[i] Abogada. Licenciada en Derecho, *Magna Cum Laude*, Unapec. Maestrante Argumentación Jurídica, Universidad de León. Máster Derecho Penal, Procesal Penal; Justicia Constitucional y Libertades Fundamentales. Especialista en Estructuración y Argumentación de decisiones judiciales.

Escrutinio y legitimidad democrática; avances para elecciones integrales

Nikauris Báez Ramírez^[1]

Al conteo, valorización y consolidación de los votos emitidos, en el ámbito político-electoral, se le denomina “escrutinio”. Este proceso técnico y jurídico-administrativo incluye el conteo de votos emitidos (el elemento más elemental del escrutinio); el número de electores que votó en cada colegio electoral; el número de votos emitidos a favor de cada una de las organizaciones políticas y candidaturas, así como los votos nulos y observados. Consta de varias etapas e intervienen diferentes funcionarios electorales para la verificación y consolidación de las elecciones.

En República Dominicana, en el escrutinio intervienen los colegios electorales (“primera fase de escrutinio”); las juntas electorales locales (“escrutinio intermedio”); y la Junta Central Electoral, como órgano que totaliza los votos y emite los actos calificadores de la elección (“escrutinio final”). Corresponde a los funcionarios de los colegios electorales (ciudadanos/as designados/as solo para el día de la elección), en la primera fase del procedimiento, la función más delicada del escrutinio, pues son los que contabilizan, valoran y clasifican los votos emitidos por cada elector/a, insertándolos en las actas que contienen la relación de votación.

Las actas elaboradas por los colegios electorales son, posteriormente, recibidas por las juntas electorales locales, junto con los otros materiales electorales (urna que contiene las boletas; los votos nulos y observados). Las juntas electorales, en el escrutinio intermedio, realizan el cómputo general de votación de todo el municipio, es decir, la sumatoria de todas las relaciones de votación que reciben de los colegios electorales que pertenecen a ese municipio. En principio -y salvo las casuísticas previstas por la ley y la jurisprudencia-, los funcionarios de las juntas electorales locales no cuentan votos.

La función de contar los votos recae sobre los funcionarios que integran los colegios electorales y es, -se insiste-, la más elemental del escrutinio. De suerte que la integridad de la jornada electoral dependerá, en primer término, de los colegios electorales. Se requiere de estos funcionarios un compromiso serio con la democracia, de modo tal que el resultado de su escrutinio, consignado en las actas, sea el reflejo de la voluntad de los electores expresada en cada boleta de votación.

Sin embargo, es precisamente el escrutinio preliminar, que está llamado a ser la etapa sobre la que se predique mayores niveles de confianza y legitimidad, la que, paradójicamente, ha representado un elemento histórico de desconfianza en la administración de la elección. Suele ser cuestionado por las vías jurisdiccionales o por otras menos ortodoxas. Ciertamente es que, por su relevancia política determinante para la retención o transferencia del poder político, aunada con una cultura de desconfianza, es, quizá, una causa natural para su descredito. Sin embargo, es de justeza decir que hay garantías técnicas y jurídicas que robustecen de legalidad y transparencia el procedimiento de escrutinio, de las que no siempre estuvo permeado.

Es decir, hay una cultura de desconfianza, pero también hay garantías que se han incorporado con el tiempo; de modo que los candados para sellar el sistema con legalidad no siempre tuvieron llaves. Parte de esos candados débilmente instalados ha sido el cuadro de actas en los colegios electorales y los soportes materiales de un borrador de conteo de votos. Sobre el primero, el descuadre, es una causa por la que con frecuencia son impugnados los resultados del escrutinio: sea porqué se insertan más votos en el acta que electores inscritos en el colegio; porqué el número de votos del partido es mayor a la sumatoria de votos individuales de su lista de candidaturas en la boleta o porqué el número de votos del partido es menor a la sumatoria de votos individuales de su lista de candidaturas en la boleta.

De ahí que cuadrar y subsanar los errores del escrutinio (natural en un proceso realizado por personas), en el mismo colegio electoral, es una tarea pendiente que fortalecería la función orgánica de los colegios electorales: considerando que en estos reposa la función legal de contar las boletas y realizar recuentos, lo que no le corresponde a ningún otro órgano, salvo, como hemos señalado, los casos excepcionales previstos por la ley y la jurisprudencia. También contribuiría con la celeridad en el cómputo general del municipio que realicen las juntas electorales locales, las cuáles a consecuencia de los descuadres en las relaciones de votación, se ven en la obligación, proceso tras proceso, de instalar mesas de revisión. Lo anterior sumaría confianza y legitimidad, redundando en elevar la integridad de la jornada electoral.

En cuanto al segundo elemento, los soportes materiales del borrador del conteo de votos: este históricamente se ha hecho en hojas en blanco aleatorias (que incluso podían ser llevadas por los funcionarios electorales). No formaban parte del material electoral y tampoco seguían una cadena de custodia. Es decir, válidamente podían echarse en el zafacón, significando el desechamiento material del trabajo de los miembros del colegio electoral, aunque hubiera fe de este en el acta, que es la que finalmente recibe y utiliza la junta electoral para realizar el cómputo general del municipio. Sin embargo, como la administración electoral siempre busca innovar para dotar de integridad el montaje de las elecciones, esto cambió en el año 2020, en el que se incorporó el “cuadernillo” para realizar las anotaciones provisionales del escrutinio, cuyos datos serían insertados en el acta del colegio. Ambos elementos, el cuadernillo y el acta, formaban -naturalmente- parte del material electoral.

De cara a las elecciones de 2024 -y dada la modificación de una parte del procedimiento de escrutinio- hay a ese respecto nuevos candados, cuyas llaves se pretenden estrenar. Con ello me refiero a la digitalización, escaneo y transmisión de los resultados desde los colegios electorales. Este procedimiento, delineado en la Resolución preliminar 34-2022, sometida a consulta por la Junta Central Electoral (Resolución preliminar 34-2022), requerirá la implementación de un equipo de digitalización, escaneo y transmisión (EDET). Al tenor de la Resolución preliminar 34-2022, el primer paso, luego de que los funcionarios del colegio electoral terminen el escrutinio manual, será digitar los resultados contenidos en la Plantilla de Apoyo, datos en razón de los cuales

se elaborará el acta de escrutinio que contendrá la relación de votación que será enviada a las juntas electorales locales.

La Plantilla de Apoyo será, así configurado, el documento que contendrá el borrador del conteo de votos, prescindiendo de las hojas en blanco aleatorias que podían ser desechadas y del cuadernillo de votación. Servirá para insertar los valores o, más propiamente, el resultado del escrutinio, en el equipo EDET. El borrador del conteo de votos (Plantilla de Apoyo), como su nominación sugiere, tendrá carácter operativo y logístico: servirá para agilizar la digitalización de los resultados de la votación. Su carácter de trámite permitirá que sea realizada una digitalización más expedita; que se puedan verificar -previo envío a las juntas electorales de las actas- que la relación de votación esté debidamente cuadrada y que no tenga errores al digitarse la relación de votación al EDET. Si bien se incorpora al material electoral, dada su provisionalidad, la vinculatoriedad del resultado la posee el acta de votación.

Los elementos técnicos del EDET aunado con la constatación de los valores de la Plantilla de Apoyo, aseguran que la digitalización de la relación de votación desde el colegio no pueda ser transmitida a la junta electoral local respectiva sin que los votos estén cuadrados y/o que no haya error alguno en la digitalización. Con ello se pretende que la ciudadanía pueda confiar en que *acta no mata voto*, pues la relación de votación contenida en el acta transmitida desde los colegios electorales deberá responder a la expresión de los votos depositados en la urna, y, dado que es digitalizada, no contendrá los famosos palitos y ceritos hechos a mano, contribuyendo con la agilización del cómputo electoral y la divulgación de resultados. Cuanto menor sea el tiempo de divulgación de los resultados, menor será la incertidumbre sobre estos, al tiempo de brindar cierta idea de seguridad y transparencia. Esto fortalecerá la función escrutadora de los colegios electorales, dado que se asegura que haya un escrutinio cuadrado y sin errores desde su origen, garantizando que, como dispone la ley, solo en casos excepcionales sea ordenado el recuento de boletas por las juntas electorales locales y/o Tribunal Superior Electoral, elevando la certeza electoral para tener elecciones integrales.

Ⓙ 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

La casación inmobiliaria a partir de la nueva Ley 2-23 sobre recurso de casación

Yoaldo Hernández Perera

De entrada, corresponde dar la enhorabuena por la promulgación de la nueva ley núm. 2-23 sobre el recurso de casación[1]. Lo cierto es que el proceso instituido en la hoy abrogada ley núm. 3726 era esencialmente formalista, flemático e inoperante[2], con un superfluo auto del presidente para poder emplazar, una obligada opinión de la Procuraduría General de la República, una audiencia sin sentido[3], etc. Era prácticamente imposible que la Suprema Corte de Justicia pudiera superar la histórica mora que, en todas las materias, aunque más en lo civil (por la cantidad de casos[4]), tenía para dar respuesta a los numerosos recursos de casación que se sometían a su escrutinio.

La fórmula de salarios mínimos para la admisibilidad de la casación[5], el aumento de los recursos humanos en la Suprema Corte de Justicia, ni ninguna otra medida iba a ser capaz de vencer la mora judicial si se mantenía un proceso tan tortuoso como el que regía antes de la promulgación de la comentada ley 2-23. Se trata de una reforma que era ineludible. Podrá ser perfectible, como toda obra humana, pero -merece la pena insistir- era ya un imperativo. No faltará la resistencia de algunos, es natural; pero, como reza el proverbio chino, *cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros. Otros, molinos*. El legislador, según nuestro entendimiento, construyó con esta ley un molino que transforma el viento de cambio en energía aprovechable para la celeridad procesal y, en general, para la seguridad jurídica[6].

El objetivo de este breve escrito es resaltar las principales novedades que, desde nuestro punto de vista, ha contemplado la nueva ley de casación, matizando esos cambios a la situación de la Jurisdicción Inmobiliaria. En ese orden de ideas, propicio es señalar que, tal como se ha dicho más arriba, la reforma aplica a los recursos de casación que se canalizan ante la Primera Sala Civil y Comercial y la Tercera Sala de lo laboral, inmobiliario, contencioso administrativo y contencioso tributario de la Suprema Corte de Justicia. La segunda Sala Penal de esta alta Corte sigue conociendo el recurso de casación conforme lo previsto por el Código Procesal Penal[7].

A propósito de la Suprema Corte de Justicia y sus salas, llama la atención que el legislador en esta nueva pieza repara en la función de Corte de Casación de la Suprema Corte de Justicia, refiriéndose a ella (en reiteradas ocasiones), igual que en Francia, como *Corte de Casación*, porque, efectivamente, eso fundamentalmente es actualmente: un tribunal constitucionalmente habilitado para decidir ese recurso extraordinario. Aquello de "*Suprema*" es cuestión del pasado reciente, cuando realmente era un súper poder: control de constitucionalidad concentrado y difuso, aspectos presupuestarios y de capital humano, controversias electorales, etc. Ahora, con la creación del Tribunal Constitucional, el Consejo del Poder Judicial, la sala contenciosa en la Junta Central Electoral y luego la creación del Tribunal Superior Electoral, etc., como se ha dicho, la

Suprema Corte de Justicia se ha reducido a una verdadera Corte de Casación, y así debería calificarse en futuras reformas: Corte de Casación de la República Dominicana.

Es interesante resaltar, entrando en materia, que, en el contexto del *principio de la aplicación inmediata de la norma procesal*, aplica con la reforma objeto de estudio la cuarta excepción establecida por el Tribunal Constitucional[8], que es la previsión legal expresa. En efecto, el artículo 92 de la ley núm. 2-23 establece: (...) *esta ley no tendrá aplicación respecto de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cuyos recursos en tales aspectos seguirán regulados por la antigua Ley núm. 3726, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación y sus modificaciones*. Y el artículo 93 precisa que *en lo relativo a los plazos, los presupuestos de admisibilidad y la tramitación del recurso, la presente ley no tendrá aplicación respecto de recursos de casación ya interpuestos o en curso a la entrada de vigencia de esta ley, cuyos recursos en tales aspectos seguirán siendo regulados por la ley núm. 3726, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación y sus modificaciones*.

Si los textos reseñados *ut supra* no existieran, por regla general, los recursos de casación en curso se “*montarían*” en el nuevo modelo de la ley 2-23, porque, como se ha visto, la norma procesal es de aplicación inmediata[9]. Salta a la vista que, tomando en cuenta situaciones dadas en el pasado reciente sobre la admisibilidad del recurso, a partir de cedazo de los salarios mínimos que instituyó la reforma del 2008, en materia de casación, el legislador en esta oportunidad fue cauto para no generar inseguridad jurídica con la nueva ley[10]. Con esos artículos 92 y 93 “*amarró todo*”, dejando claro cuándo aplica la Ley núm. 2-23 y cuándo, por el efecto de *ultraactividad*[11] legal, la que debe seguir rigiendo es la Ley núm. 3726.

Justamente, ha de recordarse que, mientras una sala de la Suprema Corte de Justicia, sin que valga la pena especificarla en este momento, inadmitió muchísimos recursos de casación que tenían años en espera de fallo, invocando el consabido cedazo de los salarios mínimos, aferrada al principio de la *aplicación inmediata de la norma procesal*[12], otra sala de esa misma corporación *casacional*, siguiendo una directriz motivacional distinta, sí admitió y conoció una balumba de recursos viejos basada en la teoría de actos consumados y derechos adquiridos, como excepción al aludido principio de *aplicación inmediata de la norma procesal*.

En su momento, surgió la inquietud respecto de las demandas en suspensión de ejecución de sentencias, en el sentido de saber cómo proceder en ese contexto, tomando en cuenta que la Ley núm. 2-23 entró en vigor inmediatamente, pero el artículo 91 prevé que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, dentro de los dos (02) meses de la promulgación de dicha ley, deberá dictar una resolución que rija ese punto[13]. Es decir, que entretanto se reglamente ese aspecto, no habría procedimiento para demandar la suspensión. Al respecto, se ha entendido que el recurso no debe suspender y que la parte interesada debe poder petitionar la suspensión de la sentencia recurrida, aunque no exista todavía un reglamento de la Suprema Corte.

En nuestro concepto, efectivamente, la inexistencia de un reglamento al momento de solicitar la suspensión no puede ser motivo para que la Suprema Corte de Justicia se abstenga de tutelar derechos. Incluso, se registran casos, como el amparo, que en su momento no contaba con un procedimiento y la Suprema Corte de Justicia, mediante resolución del 24 de febrero del 1999, estableció que el procedimiento que debe observarse en esa materia de tutela efectiva de derechos fundamentales es el instituido para los *referimientos*, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley núm., 834-78[14]. Pero, sin dudas, lo recomendable es que el consabido reglamento se redacte cuanto antes.

Al analizar, con sentido crítico, la Ley núm. 2-23 se concluye que muchas prácticas que no habían sido incorporadas expresamente a la norma procesal (solo se desarrollaban en doctrina y en jurisprudencia) fueron incluidas en la reforma comentada. Por ejemplo, el tema de la *indivisibilidad* del recurso[15], en el contexto de las notificaciones e instanciación de partes, así como el concepto de "*recurso alternativo*"[16] han sido previstos. Igual que se descontinúa la elección de domicilio en la secretaria de la misma Suprema Corte de Justicia, lo cual era una práctica de algunos abogados que afectaba el buen desempeño que la ley da al secretario de esa alta Corte. Siempre es positivo que las legislaciones recojan experiencias y usos que van siendo aceptados. Eso torna, sin dudas, más efectivo el trámite.

Por otra parte, resulta también novedoso con esta nueva Ley núm. 2-23 que el legislador se acerca más al Estado Constitucional de derecho, al entender que *derecho y ley* no es lo mismo; siendo lo segundo un elemento de lo primero. En efecto, el *derecho*, además de *reglas*, contiene *principios*[17]. Es, sin dudas, una gran conquista que el legislador lo haya entendido y *positivizado* así en nuestro ordenamiento cuando previó en su artículo 7 que el objeto de la casación es censurar las decisiones no conformes con las reglas de derecho, en vez de consignar simplemente "violación de la ley" como objeto del recurso.

Este giro ha dado pie a, desde el albor de la vigencia de esta ley, conjeturar en torno a un posible carácter vinculante de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Voces autorizadas se han decantado por interpretar que el citado artículo 7 debe ponerse en perspectiva, debiendo entenderse que la nueva ley de casación consagra la violación de la jurisprudencia emanada de la Corte de Casación como causa que funda la procedencia del recurso de casación, al disponer que "el recurso de casación censura la no conformidad de la sentencia impugnada con las reglas de derecho". Conforme a este modo de ver las cosas, es recurrible en casación toda sentencia contraria a derecho, que equivale a decir contraria al ordenamiento jurídico, a cualquier fuente del derecho (Constitución, tratados internacionales, leyes, reglamentos, principios generales del derecho, costumbre, jurisprudencia, etc.), lo que ha de abarcar –según se ha firmado- la doctrina jurisprudencial de la Corte de Casación (artículo 10.3.a)[18].

Más concretamente, el referido artículo 10.3.a) de la citada norma prevé, taxativamente, que dentro de las causas que fundan la procedencia de la casación está que la sentencia recurrida haya resuelto en oposición a la doctrina jurisprudencial de la Corte de

Casación, algo parecido al modelo recogido en el Código Procesal Penal que –igual– prevé en su artículo 426.2 que es causa de casación que una Corte falle en contra de su propio precedente o de una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia[19].

Con visión disímil, se ha sostenido –por otra parte– que el espíritu de la reforma no ha sido conceder un carácter vinculante que no podría atribuir el legislador a los criterios de la Suprema Corte de Justicia, porque, según el sistema de fuentes que nos rige, la Constitución está por encima de la ley, y esta consagra en su artículo 151 el *principio de independencia judicial*, el cual se vería lacerado si, irremediablemente, los tribunales inferiores debieran plegarse a lo que juzgue, de entrada, la Suprema Corte de Justicia.

Resulta de suma utilidad incorporar a este debate el razonamiento que hiciera el magistrado Francisco Ortega Polanco, con ocasión del modelo previsto en el Código Procesal Penal que, igual que la Ley núm. 2-23, instituye como causa de casación infringir el precedente de la Suprema Corte de Justicia (y del propio precedente de la Corte). Dicho autor reflexionó en el siguiente sentido:

“¿Tiene la jurisprudencia en el sistema actual un carácter vinculante? El artículo 426.2 merece un estudio sopesado. Para algunos, marca un giro interesante con respecto al sistema anterior, en el sentido de que, en el nuevo sistema, tanto las decisiones de la SCJ como de la propia Corte de Apelación, tienen –según el criterio de algunos juristas– un carácter vinculante a las decisiones posteriores de esta última; ya que la contradicción de una sentencia de la Corte con una que haya dictado con anterioridad la SCJ, o ella misma, es motivo para el recurso de Casación. Vinculante significa que liga a los jueces al momento de decidir, lo cual parece estar implícito en el artículo 426.2 del CPP, que dice que procede la Casación “cuando la sentencia de la Corte de Apelación sea contradictoria con un fallo anterior de ese mismo tribunal o de la Suprema Corte de Justicia”. Mas, en opinión de otros, la citada contradicción es solo un motivo para la apertura del recurso, no una causa per se de nulidad de la sentencia; de manera que, admitido el recurso por este motivo, la SCJ examinaría cada uno de los fallos, a fin de verificar si el derecho ha ido bien o mal aplicado, pudiendo cambiar incluso un criterio anterior, al entender que la sentencia impugnada se corresponde más con la norma jurídica. ¿Cuál de los dos puntos de vista es el correcto? El último se ajusta más a la lógica jurídica, ya que aceptar el carácter vinculante de la jurisprudencia se llevaría de encuentro la independencia judicial”[20].

Lo cierto es que, a pesar de que debe reconocerse que es sumamente interesante esta lozana discusión (iniciando, apenas, la implementación de la nueva ley), una interpretación sistemática conduce a la conclusión de que la intención del legislador no ha sido conceder a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia un carácter vinculante. Esto así, justamente, sin ver de forma aislada el artículo 10.3.a) mencionado más arriba (sobre la infracción al precedente de la SCJ), sino interpretando –más bien– de manera conjunta y armónica dicho texto (10.3.a) con el 75, párrafo I, que establece que los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia[21], siendo solamente “vinculante”, igual que en el esquema

de la abrogada Ley núm. 3726, que reglaba el procedimiento de casación, el criterio sostenido por la citada alta Corte con ocasión de un segundo envío, tal como lo consagra el artículo 77 de la consabida Ley núm. 2-23[22].

En nuestro concepto, la fórmula que más aporta a la *seguridad jurídica*, en el marco de la unidad de criterios, es la de una “*vinculación blanda*”, esto es, reconocer que la Suprema Corte de Justicia sea –efectivamente– el faro que oriente a los tribunales inferiores, pero sin desconocer el *principio de independencia judicial* que consagra la Carta Fundamental de la Nación[23]. Y esa fórmula ya la tenemos: un segundo envío que se imponga. No compartimos la fórmula de un único envío que algunos han propuesto. Es nuestro entendimiento, distinto a ello, que debe haber espacio para la reflexión propia de cada tribunal (aplicación, a ultranza, de la *independencia interna* del Poder Judicial). La Suprema Corte puede errar y, al mismo tiempo, puede rectificar su yerro, a partir de la reiteración de una línea argumentativa de dos Cortes diferentes que han coincidido en su análisis jurídico[24]. Eso solamente se consigue con el esquema del doble envío[25].

Resalta también como novedoso, en otro contexto, que todos los plazos que prevé la nueva ley son calculados en función de días hábiles, no calendarios[26], siendo el plazo para recurrir las ordenanzas de *referimiento* y del embargo inmobiliario de diez (10) días hábiles. Fuera de esos casos, el plazo ordinario es de 20 días hábiles. Y, claro, aunque expresamente el artículo 14 de la Ley núm. 2-23 establece que el inicio del plazo es con la notificación válida de la sentencia, deberá tomarse en cuenta, al momento de dilucidar casuísticas sobre este punto procesal, que existe el precedente vinculante del Tribunal Constitucional[27], en el sentido de que ha de tenerse como iniciado dicho plazo desde que la parte se entere de la decisión por la vía que fuere (desglose, etc.), no solamente mediante una notificación válida[28]. Precepto que, por imponerse a los tribunales del orden judicial, ha venido aplicando el Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central[29].

A propósito del cómputo del plazo para recurrir, también derivado del precedente constitucional, se ha previsto en el artículo 14, párrafo III, que la notificación de la sentencia pone a correr el plazo, no solamente respecto del notificado, sino también contra quien notifica. Es decir, se ha excluido expresamente la máxima que rezaba: “*nadie se excluye a sí mismo*”[30].

Constituye una gran conquista, en términos de celeridad, que el superfluo auto del presidente ya no es necesario para emplazar en materia de casación[31], igual que tampoco se requiere para todos los casos el inútil dictamen del procurador general[32]. También trasciende positivamente que la nueva ley prevea los parámetros de las decisiones recurribles en casación, que son tres: atendiendo a la materia, a la cuantía y al “*interés casacional*”[33] que, dicho sea de paso, es una noción etérea, basada en tres parámetros abiertos (artículo 10), lo cual da rienda suelta para los litigantes motivar por qué determinado caso ha de encuadrarse y por qué no dentro de dicha noción novedosa, rescatada de la sentencia exhortativa del Tribunal Constitucional (TC/0489/15). Asimismo, cumpliendo con el mandato de la referida sentencia

exhortativa, se redujo el monto para la admisibilidad del recurso de casación, de doscientos (200) salarios mínimos, a solo cincuenta (50) salarios mínimos (Artículo 11.3).

Algo importantísimo es que en el esquema de la ley 2-23 el trámite del recurso no se paraliza por la desidia procesal de las partes, ni por la interposición de incidentes[34], ni intervenciones[35]. Ello suprime, *ipso facto*, las exclusiones y la perención del recurso. Con eso ya no habría forma de dictar decisiones meramente administrativas. Y, otra cosa de gran valía procesal, como se ha adelantado más arriba, la inoperante audiencia para leer conclusiones se restringe a casos excepcionales, solamente cuando la Suprema Corte de Justicia considere menester convocar a las partes para aclarar algún punto determinado[36]. Igual que como debe ser el recurso jurisdiccional ante el Tribunal Superior de Tierras: que la audiencia sea privativa de casos excepcionales, no la regla general. Justamente, esa ha sido la fórmula concebida en la reforma del año 2022 al reglamento que ahora se llamará “*Reglamento de los Tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria*”[37] (un nombre más corto y adecuado que el anterior, que era larguísimo[38]).

Será interesante ver, con el paso del tiempo y la aplicación de la reforma, la solución que dará la Sala de Tierras de la Suprema Corte de Justicia respecto de la admisibilidad del recurso de casación contra decisiones relativas a recursos jurisdiccionales dadas en cámara de consejo, las cuales –según la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia[39]– por no constituir “sentencias”, propiamente, no son susceptibles de impugnación por los recursos ordinarios ni extraordinarios, sino solamente mediante una acción principal en nulidad ante el mismo tribunal que ha decidido[40].

El criterio hasta ahora fijado por la citada sala *casacional* ha centrado su análisis a la situación procesal de que, actualmente, las decisiones sobre este recurso (jurisdiccional) se dictan contradictoriamente, producto de un juicio[41]; pero, como se ha visto, esta exégesis debe adaptarse a la situación que entrará en vigor con el nuevo reglamento[42]: audiencia excepcional, solo para cuando lo ameriten las circunstancias[43].

En otra tesitura, el efecto suspensivo que, distinto a la naturaleza de los recursos extraordinarios, se había instituido para la casación con la Ley núm. 491-08 (en la reforma del 2008) se reserva solamente para casos particulares que expresamente prevea la ley[44]; siendo posible, sin embargo, demandar la suspensión de la sentencia recurrida en casación, debiendo la Suprema Corte de Justicia, como se ha dicho más arriba, dictar un reglamento sobre la canalización de esas demandas de suspensión[45].

Es deseable que la aludida restricción del efecto suspensivo de la casación a casos puntuales produzca el cese de la perniciosa práctica de muchos tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria de, igual que otros tantos tribunales de derecho común, *acumular* todo tipo de pedimento. Hasta lo más impensable (comunicación de documentos, informativo, comparecencia de partes, etc.) se ha acumulado, justamente, pretextando que, si eran decididos esos asuntos, se corría el riesgo de que se recurriera

en casación esa decisión previa al fondo y, consecuentemente, se pidiera el *sobreseimiento* del proceso, basado en el consabido efecto suspensivo.

Si ese era el pretexto (una supuesta tutela judicial efectiva, tendente a evitar dilaciones innecesarias), ya no existe tal “excusa”, porque, hay que repetir, el efecto suspensivo de la casación ya es la excepción, no la regla. Máxime cuando, distinto al proceso civil, el inmobiliario está estructurado por fases, siendo la primera para pruebas e incidentes y la segunda para el fondo[46]. La filosofía del proceso en sede inmobiliaria sugiere no pasar al fondo sin antes sanear el proceso de sus incidentes. Decididamente, la *acumulación* en esta materia, si no desaparecerla, al menos debe reservarse para casos excepcionalísimos, dejando de ser la regla. Una regla que, dicho sea de paso, según consenso generalizado, tergiversa la técnica procesal[47].

En otro orden de ideas, también devenga jugosos dividendos a favor de la celeridad, el establecimiento de plazos para que la Suprema Corte de Justicia dé su fallo, sosteniéndose que será de dos meses dicho plazo para los casos urgentes y de seis meses para los demás procesos, pero el indicado plazo de seis meses se puede prorrogar por un mes más, si se rinde el fallo directo sobre el fondo que, como se ha visto, ya es posible en la nueva práctica *casacional* (Art. 32). Es lo que se ha denominado como “casación de instancia”, la cual permite a la Suprema Corte de Justicia dictar un fallo directo del caso, atendiendo a ciertas condiciones, basada en los hechos fijados por el tribunal de origen, pero ello será así solamente cuando se trate de violación al derecho sustantivo[48].

Sobre la novedosa “*casación de instancia*”[49], ha de aclararse que no se equipara, distinto a lo que algunos han mal interpretado a inicios de la implementación de la nueva Ley núm. 2-23, a la *avocación*, que es una facultad exclusiva de la alzada para, en el contexto del doble grado de jurisdicción, retener la decisión del fondo que no se ha decidido en primera instancia, siempre que se den las condiciones procesales requeridas a esos efectos[50]. De su lado, la casación -no está de más recordar- si bien forma una instancia en la que se discuten asuntos de derecho, no es un tercer grado de jurisdicción. Con la reciente reforma la casación sigue instruyéndose en sede *nomofilática*[51], para revisar que el derecho (reglas y principios) se haya aplicado correctamente. La novedad es que, en base a los hechos fijados por la alzada, pueda la Suprema Corte de Justicia, en el marco de la *nomofilaquia casacional*, decidir directamente, sin tener que enviar el asunto a otra Corte distinta, definiendo cómo debe aplicarse correctamente el precepto de derecho bajo análisis.

Consideramos muy positivo también que con la nueva ley se haya cerrado la posibilidad de recurrir en casación cuando la decisión solamente contiene un error material y, por tanto, pudiera ser rectificado por el mismo tribunal que ha decidido[52]. Y, de igual manera, destaca la previsión de los recursos de revisión por error material (Artículo 60) y el de nulidad por contradicción de sentencias (Artículo 61), competencia de la misma Suprema Corte de Justicia, a fines de que lo decidido por esta alta Corte sea correcto en la forma y en el fondo.

Como, a veces, el recurso de casación ha sido usado de modo temerario, igual que la anotación de Litis y el mismo recurso de apelación, es positivo que el legislador haya consagrado expresamente una condenación en *multa*[53] y en daños y perjuicios a las partes y a sus abogados, en caso de litigación abusiva, temeraria y de mala fe (Artículo 56). Evidentemente, la interposición del recurso con el único propósito de evitar que se ejecute la sentencia dictada en contra, es un uso abusivo de las vías de derecho[54].

Algo que tienen que tener en cuenta los Tribunales Superiores de Tierras es que, a partir de esta ley, como alzada, deben seguir un procedimiento novedoso producto de una casación con envío. En efecto, en la reforma comentada se regula el procedimiento ante esta jurisdicción, estableciéndose reglas y plazos de apoderamiento, instrucción y fallo (Artículo 62 y siguientes).

Por otro lado, se prevé el procedimiento aplicable al órgano de las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, lo cual no estaba regulado antes de la reforma (Artículo 76 y siguientes). Es muy importante, también en el orden procesal, que la ley analizada establece la obligación a las partes de fijar domicilio procesal en sus respectivos memoriales (aunque sea *manuscrito*[55]), a pena de que no sea recibido su escrito en la secretaría (Artículo 23); además de preverse expresamente el contenido mínimo que debe tener la sentencia dictada en esta materia (Artículo 41). Y ya en el ámbito tecnológico, se admite de forma expresa el uso de la firma digital de las decisiones y de las herramientas de tecnología previstas en la ley núm. 339-22, de Uso de Medios Digitales en el Poder Judicial.

Visto todo lo anterior, resulta forzoso convenir en que, a partir de la reforma producida por la Ley núm. 2-23, la casación cuenta con un proceso menos formalista y más expedito, incorporando novedosos recursos tecnológicos. Los tribunales del orden inmobiliario deben, para cumplir con su cometido esencial[56], tomar en cuenta todas las implicaciones que esta nueva ley apareja, muchas de las cuales hemos comentado en este breve escrito: el efecto suspensivo de la casación reducido a casos excepcionales y la suerte que debe correr la *acumulación* de incidentes y medidas de instrucción a partir de ello; la naturaleza graciosa de la decisión del recurso jurisdiccional dada en *cámara de consejo*, porque ahora la audiencia en esa materia es opcional; el rol del Tribunal Superior de Tierras de envío, etc..

Los tiempos demandaban esta reforma, pero para su éxito los actores del sistema deben darle vida a su contenido, evitando que todo (o gran parte) pase a ser “letra muerta”. No hay éxito duradero sin compromiso. Todos los actores del sistema (litigantes, jueces, etc.) deben asumir el compromiso de aplicar esta ley fiel y correctamente (ya la jurisprudencia y futuras reformas irán corrigiendo entuertos en el camino). Justamente, las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, y las contrarreformas (a partir de *impasses* en la implementación) son señales de que la reforma ha sido asumida en términos reales. Si no se generan situaciones, ello es muestra de que la reforma no fue implementada a cabalidad, persistiendo viejas prácticas.

BIBLIOGRAFÍA

ESTÉVEZ LAVANDIER, Napoleón R. *La casación civil dominicana*: República Dominicana, Editora Jurídica Internacional EJI, S.R.L., 2019.

GUZMÁN ARIZA, Fabio J. *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana (1908-2021)*, tomo I: República Dominicana, Editora Judicial, S.R.L., 2022.

HERNÁNDEZ MEJÍA, Edgar. *Primeras Lecciones de Derecho Inmobiliario*: República Dominicana, Impresora Soto Castillo, 2016.

HERNÁNDEZ PERERA, Yoaldo. *Prontuario de decisiones del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central (2019-2021)*, tomo II: República Dominicana, Editora Jurídica Internacional EJI, S.R.L., 2021.

ORTEGA POLANCO, Francisco. *Código Procesal Penal por un juez en ejercicio*: República Dominicana, Editora Corripio, C. por A., 2006.

READ ORTIZ, Alexis y **HERNÁNDEZ PERERA**, Yoaldo. *La Jurisdicción Inmobiliaria y el Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central. Selección de precedentes relevantes (2015-2017)*: República Dominicana, Editora Jurídica Internacional EJI, S.R.L., 2017.

TAVARES, Froilán (hijo). *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, vol. III (Los recursos), 4ta. edición: República Dominicana, Editora Centenario, S.A., 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*: Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.

REPÚBLICA DOMINICANA, Constitución proclamada el 2015.

REPÚBLICA DOMINICANA, Código de Procedimiento Civil.

REPÚBLICA DOMINICANA, Ley núm. 2-23, sobre el Recurso de Casación

REPÚBLICA DOMINICANA, Ley núm. 3726 sobre Procedimiento de Casación (derogada).

REPÚBLICA DOMINICANA, Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario.

REPÚBLICA DOMINICANA, Reglamento de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original de la Jurisdicción Inmobiliaria (vigente hasta que venza la vacación legal del nuevo reglamento, de seis meses a partir de su publicación).

REPÚBLICA DOMINICANA, Resolución núm. 787-2022 que instituye el Reglamento General de los Tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria (con vacación legal de seis meses desde su publicación).

[1] El art. 154.2 de la Constitución prevé la *casación* como atribución jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia, constituyéndola en Corte de Casación, teniendo por objeto hacer anular las decisiones judiciales contentivas de violaciones al ordenamiento jurídico, dictadas en única o última instancia.

[2] Justamente, el considerando octavo de la Ley núm. 2-23 establece: "(...) el recurso de casación debe conservar de manera reforzada sus características de ser de interés público, extraordinario y limitado, pero menos formalista, de efectos no suspensivos y con posibilidades de juzgar directamente el fondo del litigio". Asimismo, el considerando noveno de la referida pieza adjetiva prevé lo siguiente: "(...) el procedimiento de casación instituido por la antigua Ley núm. 3726, del 29 de diciembre del 1953, sobre Procedimiento de Casación y sus modificaciones, establece formalismos que ameritan ser actualizados, conforme al derecho y a una justicia oportuna y accesible".

[3] "Si nos detenemos a estudiar las cosas, advertiremos que la audiencia para presentar conclusiones sobre el recurso de casación no tiene razón de ser, no resuelve nada (...) La audiencia no admite incidentes. Si alguna de las partes no comparece, igual se celebra. Asimismo, si ninguna de las partes va a dicha audiencia, igualmente se lleva a cabo la misma. Son "*lunares de la ley*" que, a nuestro modo de ver las cosas, debieron corregirse con la reforma del 2008 al procedimiento de la casación" (**HERNÁNDEZ PERERA**, Yoaldo. *Soluciones procesales, ante los juzgados de paz y de primera instancia*, 2da. edición -revisada y ampliada-, p. 651).

[4] "El juzgado de primera instancia es la jurisdicción de derecho común de primer grado competente para conocer el universo de los asuntos, excepto los atribuidos de manera expresa a otro tribunal" (Sentencia SCJ, 1ra. Cám. -hoy Sala- núm. 1, del 07 de octubre de 2009, B.J. núm. 1176). Precepto jurisprudencial que se funda en el principio general de competencia universal instituido en el artículo 45 de la Ley núm. 821 de Organización Judicial. De este alcance competencial tan amplio es que deriva el cúmulo de trabajo que tienen los tribunales de derecho común, reflejado - en el contexto *casacional*- en la Primera Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia.

[5] Propicio es recordar que el Tribunal Constitucional, mediante su sentencia TC/0489/15, declaró no conforme con la Constitución la cuantía de 200 salarios mínimos para la admisión del recurso fijada por la hoy abrogada Ley núm. 491-08, del 19 de diciembre del 2008, que modificaba los artículos 5, 12 y 20 de la también abrogada Ley núm. 3726 del 1953, que reglaba la casación antes que la vigente Ley núm. 2-23 fuera promulgada, en razón de que dicho monto de 200 salarios resultaba irracional y, por tanto, contrario al art. 40.15 de la Constitución, exhortando al Congreso Nacional, no solo a establecer un monto racional, sino que, además, refirió la necesidad de establecer como presupuesto de admisibilidad del recurso la determinación del *interés casacional* o, como también se le ha denominado, la *especial relevancia*.

[6] En el contexto de la *seguridad jurídica*, tributa a favor de esta la consideración 4ta. de la Ley núm. 2-23, que vincula la *nomofilaquia* con la unidad de criterios, a saber: "(...) la institución de la casación no solo cumple la misión *nomofiláctica* referida a la garantía de la correcta aplicación de las normas jurídicas en todo el territorio de la República, sino que, además, crea las condiciones que permiten establecer y mantener la unidad de la

jurisprudencia nacional, en salvaguarda de un interés de orden público y de la seguridad jurídica, necesaria para la estabilidad social y económica del país”.

[7] Se ha dicho que el legislador civil se aproximó al modelo *casacional* penal, en el sentido de que la nueva ley núm. 2-23 permite que la Suprema Corte de Justicia emita su propio fallo, en base a los hechos fijados por el tribunal de origen. En el esquema de la anterior ley 3726, la Suprema Corte de Justicia debía remitir el caso ante otra Corte, sin dar un fallo propio, a menos que el asunto se resolviera sin que quedara nada pendiente, por supresión. Ciertamente, el Código Procesal Penal, en su artículo 427 remite, para la casación, al apartado correspondiente a la apelación (art. 422), permitiendo que, como se ha dicho, la alzada emita su propio fallo basado en los hechos establecidos por el tribunal de origen.

[8] “La calidad o legitimación activa es una cuestión de naturaleza procesal-constitucional, constituyendo una excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley procesal en el tiempo, el cual comporta, de conformidad con la Constitución, la jurisprudencia constitucional comparada y la doctrina procesal sobre la materia, al menos cuatro (4) excepciones al referido principio: a). Cuando el régimen procesal anterior garantice algún derecho adquirido o situación jurídica favorable a los justiciables (artículo 110, parte in fine de la Constitución de la República), lo que se corresponde con el principio de conservación de los actos jurídicos, que le reconoce validez a todos los actos realizados de conformidad con el régimen jurídico imperante al momento de su realización, b) Cuando la disposición anterior garantice en mejores condiciones que la nueva, el derecho a una tutela judicial efectiva; siendo esta la posición más aceptada por la jurisprudencia constitucional comparada (Sent. 05379-2007 PA/TC de fecha 4 de Diciembre de 2008; Tribunal Constitucional de Perú y Sent. C-692-08 de fecha 9 de julio del 2008; Corte Constitucional de Colombia), c) Cuando se trate de normas penales que resulten más favorables a la persona que se encuentre *subjúdice* o cumpliendo condena (Art.110 de la Constitución de la República de 2010), d) Cuando el legislador, por razones de conveniencia judicial o interés social, disponga que los casos iniciados con una ley procesal anterior sigan siendo juzgados por la misma, no obstante dichas leyes hayan sido derogadas (principio de *ultraactividad*). Tal es el caso del artículo 2 de la Ley No. 278-04, que dispuso que los expedientes en trámite judicial no resueltos a la fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Penal, debían seguir siendo conocidos con el ya derogado Código de Instrucción Criminal” (Sentencia TC/0024/12). Este criterio, aunque fue fijado en materia penal, ha sido extensivo para todas las materias. Por eso, la cuarta excepción al *principio de la aplicación inmediata de la norma procesal* la hemos visto, no solo en lo penal, sino también en lo civil, en lo inmobiliario, etc.

[9] “[...] para resolver la cuestión planteada debe tomarse en cuenta que las leyes de referencia son de naturaleza procesal y, en ese sentido, es de principio que las mismas son de aplicación inmediata, lo cual implica que pueden invocarse en procesos que iniciaron antes de su puesta en vigencia (...)” (Sentencia TC/0257/13).

[10] Sobre la *seguridad jurídica*, el Tribunal Constitucional ha juzgado lo siguiente: “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 la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios” (Sentencia TC/0100/13).

[11] En relación a la *ultraactividad* legal, ha sido juzgado: “Este principio se fundamenta en la máxima jurídica “tempus regit actus”, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella previstos es la aplicable, aunque la misma haya sido derogada con posterioridad” (Sentencia TC/0028/14).

[12] Recursos que cuando fueron incoados no debían someterse al cedazo de salarios mínimos que se consagró con la reforma del año 2008, fueron declarados inadmisibles, porque no llegaban a esa cuantía, ya que la norma procesal es de aplicación inmediata y, por tanto, debía aplicarse dicho límite de admisibilidad a los recursos que eran conocidos estando ya vigente ese requisito, al margen de que el recurso se haya incoado antes de existir.

[13] Artículo 91: “**Dictado de resolución.** El pleno de la Suprema Corte de Justicia, dentro de los dos (2) meses de la promulgación de esta ley, dictará resolución sobre el procedimiento para la interposición y juzgamiento de las demandas en suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida en casación, conforme con esta ley”.

[14] Con esa resolución la Suprema Corte de Justicia estableció que el amparo era una institución del derecho dominicano, en el entendido de que la República Dominicana es signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que establece en su artículo 25.1 que los Estados parte tiene la obligación de prever en sus ordenamientos un recurso sencillo y efectivo para sancionar la violación a los derechos humanos. En otro orden, tal como se ha dicho, la referida alta Corte sostuvo que el procedimiento que debía seguirse en dicha materia, basada en el artículo 29.2 de la Ley núm. 821, de Organización Judicial, que le faculta a diseñar procedimientos en materias que adolezcan del mismo, era el de los referimientos que, como es bastante expedito, pudiera parecerse un poco a los requerimientos de la acción constitucional de amparo.

[15] La Suprema Corte de Justicia ha establecido que habrá “indivisibilidad” tantas veces no sea posible ejecutar simultáneamente dos decisiones separadas, a saber: “La indivisibilidad existe todas las veces que haya imposibilidad absoluta de ejecutar simultáneamente dos decisiones en sentido contrario” (Sentencia SCJ, Cámaras –hoy Salas-Reunidas, núm. 1, del 7 de octubre del 2009, B.J. núm. 1187; 1ra. Sala, núm. 111, del 25 de noviembre del 2020, B.J. núm. 1320). Sin embargo, es importante destacar que, al parecer, el Tribunal Constitucional se ha *llevado de*

encuentro todo este tema de la “*indivisibilidad de los recursos*” y de la “*relatividad de los actos*”, porque mediante sentencia TC/0086/23 dicha alta Corte estableció que el recurso debe notificarse a todas las partes, sin reparar en las referidas ideas de *indivisibilidad* ni de la *relatividad de los actos*. Merece la pena prestar atención al desarrollo del precedente de esta Corte para concluir si se trató de una inadvertencia aislada, en el contexto estrictamente procesal, o si –por el contrario- ha sido adrede que se han suprimido estas reglas del ámbito recursivo, tal como ha sucedido en el pasado con otras reglas procesales, tales como el punto de partida de los plazos para recurrir, el precepto de que “*nadie se excluye a sí mismo*”, etc. Ya veremos.

[16] En suma, es –estratégicamente- una suerte de “*plan B*”: de entrada, está conforme con la sentencia (sería su “*plan A*”); pero, si se fuere a casar la decisión, entonces solicita que se tomen en cuenta las conclusiones alternas incursas en el denominado “*recurso alternativo*” (o sea, su “*Plan B*”). Es distinto al *recurso incidental*, que el recurrente sí promueve la casación. Con el *recurso alternativo*, vale repetir, de entrada, no se impugna la sentencia, solamente se expresa que, ante el recuro de la contraparte, si es que se va a acoger, que se tomen en cuenta sus conclusiones “*alternativas*”.

[17] Sobre el derecho del siglo XXI, bajo el modelo del Estado Constitucional de Derecho, con un ordenamiento jurídico integrado por reglas y principios y un auge de la argumentación jurídica, el connotado autor argentino, Rodolfo Vigo, ha dicho: “[...] hoy los juristas somos conscientes de que, frente a la pregunta del usuario, vamos al derecho vigente (no solo la ley) y es casi seguro, si estamos ante un auténtico “*caso*”, que encontraremos más de una respuesta; por eso debemos escoger una de ellas y luego viene la delicada, específica y central tarea de argumentar a favor de la que pretendemos que prospere o se consienta. Esa posibilidad de encontrar más de una respuesta, en buena medida, está ligada a que la Constitución se ha reconocido como fuente del derecho, y en ella hay básicamente principios, valores o derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar respuestas en manos de juristas preparado para ello (...) la argumentación es el nuevo nombre de la interpretación, y es “*nuevo*” porque ésta era funcional al Estado de Derecho Legal, mientras que aquella remite al modo de operar los juristas en tiempos de Estado de Derecho Constitucional” (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, pp. 27-28).

[18] JORGE PRATS, Eduardo. *La casación por violación de la jurisprudencia*. Artículo de opinión. Periódico HOY, 27 de enero del 2023, disponible en línea: <https://hoy.com.do/la-casación-por-violación-de-la-jurisprudencia/>

[19] Veremos más adelante que lo correcto es interpretar que “*proceder*” el recurso no equipara a “*anula-casar*” la sentencia recurrida. Por “*proceder*” ha de entenderse “*admitir*”, producir el efecto de que la Corte de Casación proceda a estudiar la cuestión, pudiendo –incluso- variar su criterio y asumir la postura de la Corte. En pocas palabras, la infracción a la doctrina jurisprudencial de la SCJ, como causa de casación, simplemente constituye un presupuesto de esta acción recursiva, en el ámbito formal. Nada que ver con su desenlace en cuanto al fondo.

[20] ORTEGA POLANCO, Francisco. *Código Procesal Penal por un juez en ejercicio*, p. 445.

[21] Art. 75, p. I, L. 2-23: “Si se resiste a ella –doctrina del fallo de casación que le apodera- solo se admitirá un segundo recurso de casación que critique este punto de derecho, que será interpuesto ante las Salas Reunidas de la Corte de Casación”.

[22] Art. 77, L. 2-23: “**Segunda casación.** Si la segunda sentencia es casada con envío por igual motivo que la primera, el segundo tribunal al cual se reenvíe el asunto deberá atenerse estrictamente a la decisión de las Salas Reunidas de la Corte de Casación respecto a este punto de derecho juzgado por esta”.

[23] Este *principio de independencia* derivado del artículo 151 de la Carta Sustantiva tiene dos dimensiones: 1. independencia interna y 2. independencia externa. La primera, justamente, es respecto de la estructura jerárquica del Poder Judicial: cada juez es libre en su criterio, atado únicamente a las leyes y la Constitución, en tanto que la segunda esfera (independencia externa) versa sobre las personas (físicas y morales) fuera del Poder Judicial: poder político, empresarial, etc. Se ha dicho que si, de entrada, los tribunales inferiores deben plegarse a lo que decida la Suprema Corte de Justicia, la *independencia interna* no pasaría de ser una utopía. En efecto, con atendible frecuencia se ven diferencias entre los criterios de las cortes de apelación y la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia (forma contenciosa del reclamo de costas y honorarios basado en la ejecución de alguna cláusula del *cuota litis*, apelación de la primera sentencia dictada en el curso de un proceso de partición, carácter “*irrefragable*” o “*refutable*” de la presunción de comunidad en materia de concubinato, posibilidad de apelar una decisión de adjudicación en materia de embargo inmobiliario sin que hayan incidentes, el fundamento del Referimiento provisión, si el artículo 109 o el 110 de la Ley núm. 834, etc.. Y, en materia de tierras, posibilidad de recurrir en tercería en sede inmobiliaria, porque no es un recurso, sino una acción tendente a tutelar el derecho de defensa, que es constitucional; apertura de los daños y perjuicios, más allá del rígido esquema del artículo 31 de la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario (reconociendo que pueda también reclamar indemnización el demandante); posibilidad de autorizar constancias anotadas para avalar “*restos*”, a pesar de la prohibición de expedir constancias luego de entrar en vigor la Ley núm. 108-05, etc. En definitiva, vale insistir, si se impone, de entrada, o en un primer y único envío, lo que decida la Suprema Corte de Justicia, no habría una real independencia interna de criterio. Claro que no.

[24] El tema de la independencia *interna* y *externa* del Poder Judicial impacta, inclusive, la ética judicial. En efecto, el artículo 2 del Código Iberoamericano de Ética Judicial establece que *el juez independiente es aquel que determina, desde el derecho vigente, la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho*

mismo. Y, si bien la *jurisprudencia* es integradora del *derecho*, lo cierto es que debe repararse entre lo que ha de tenerse como *vinculante* y lo que no se impone. El ejercicio cognitivo, en el marco de derecho, para hacerse bien, supone saber eso: qué se impone y qué no. Y si algo no se impone, porque no es vinculante (como la jurisprudencia, la costumbre, etc.), jurídicamente, no ha lugar a retener una “*violación de derecho*”. Ahora, tal como hemos dicho (y repetiremos más adelante), es muy útil el modelo de “*vinculación blanda*”, en el sentido de que la jurisprudencia de la SCJ finalmente prime con un segundo envío, pero dejando un espacio para el ejercicio de la independencia interna, dando pie al desarrollo de una doctrina jurisprudencial, a nivel de tribunales inferiores, que probablemente (tal como ha pasado en muchos casos) persuada a la Suprema Corte de Justicia, provocando su variación de criterio.

[25] Si, por ejemplo, una Corte juzga que algo es *azul* y la Suprema Corte casa, estableciendo que no, que lo correcto es *rojo*, casando con envío; pero la segunda Corte decide igual que la primera Corte: que es azul. En esa hipótesis, la Suprema Corte debería reflexionar a mayor profundidad la cuestión, pudiendo rectificar si concluye que, efectivamente, las cortes tienen razón al interpretar que en el caso concreto la solución es azul, no rojo. Por eso, por demás, el tema de la “*casación de instancia*”, dando la SCJ su propio fallo a partir de los hechos fijados por el tribunal de origen, no debe ser la regla. Debe ser, tal como han externado varias voces autorizadas, una opción excepcional.

[26] Artículo 80, L 2-23: “**Cómputo de plazos.** Todos los plazos establecidos en esta ley son computados como días hábiles, salvo que se hubiere dispuesto expresamente de otra forma”.

[27] Sentencias TC/0239/13, TC/0156/15 y TC/0126/18.

[28] Algunos procesalistas ortodoxos, en desacuerdo con esta postura “*irreverente*” del Tribunal Constitucional que, ciertamente, rompe el paradigma tradicional procesal, que concibe el inicio de este plazo solamente con la válida notificación de la sentencia, han intentado desconocer el carácter vinculante del comentado criterio, alegando que, por ser un asunto procesal, de mera legalidad, no ha de tenerse como algo que deba imponerse a los tribunales inferiores. Sin embargo, olvidan los que así se han pronunciado que es prácticamente imposible disociar la cuestión procesal del *derecho de defensa*, del *debido proceso* y de la *tutela judicial efectiva*, que son materia puramente constitucional (arts. 68 y 69 de la CRD). Quiérase o no, bueno o malo el criterio, hasta que el mismo Tribunal Constitucional no lo varíe, ha de tenerse como vinculante.

[29] “(...) el inicio del plazo de treinta días para apelar en el proceso inmobiliario inicia desde que conste que la parte recurrente tomó conocimiento de la sentencia, aunque no haya mediado formal acto de alguacil de notificación” (Sentencia núm. 1399-2019-S-00106 dictada, el 26 de julio del 2019, por la otrora Tercera Sala –hoy terna- del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central).

[30] Al respecto, el Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central ha juzgado lo siguiente: “(...) Actualmente, es irrelevante quién ha notificado la decisión pelada; la máxima “*nadie se excluye a sí mismo*”, virtualmente, ha quedado sin efecto en nuestro ordenamiento procesal. Ahora lo determinante, como se ha dicho, es que conste que la parte que ha recurrido tomó conocimiento (por la vía que fuere) de la decisión en cuestión. Los tribunales, por tanto, si va a aplicar este precedente, deben explicar claramente por qué han retenido en el caso en cuestión que el recurrente tenía conocimiento de la sentencia y, por tanto, se dio como activado el plazo para el recurso” (Sentencia núm. 1399-2019-S-00106 dictada, el 26 de julio del 2019, por la otrora Tercera Sala –hoy terna- del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central, cuyo considerando decisorio consta compendiado en la página 40 del libro intitulado *Prontuario de decisiones del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central*, tomo II (2019-2021), de la autoría del suscrito).

[31] Artículo 19, L. 2-23: “**Emplazamiento de la parte recurrida.** Una vez depositado el memorial de casación y el inventario de los documentos en que se apoya en la secretaría general de la Suprema Corte de Justicia, la parte recurrente notificará acto de emplazamiento a todas las partes que hayan participado en el proceso resuelto por la sentencia que se impugna, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de su depósito”.

[32] Artículo 26, **párrafo I:** “La comunicación no requiere un dictamen del Procurador General de la República, pero dicho funcionario podrá remitir su opinión a la secretaría general de la Suprema Corte de Justicia en cualquier estado de causa, previo al fallo y podrá tomar conocimiento del expediente de casación en la secretaría general de la Suprema Corte de Justicia, **Párrafo II.-** En los casos que conciernen al interés público el Procurador General de la República deberá emitir un dictamen motivado, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles después de la notificación del recurso, cuyo plazo no suspende el trámite del recurso, **Párrafo III.-** La falta de presentación del dictamen del Procurador General de la República en el plazo establecido en el párrafo II de este artículo, no impide el conocimiento y fallo del recurso”.

[33] La Ley núm. 2-23, en su considerando sexto, sobre el interés *casacional*, prevé: “(...) la noción de interés casacional está llamada a trascender los intereses particulares de los actores privados involucrados en la Litis y a erigirse en un ente de equilibrio, de riguroso orden público procesal y de canalizaciones de objetivos imposterables del Estado de derecho, como ocurre, por ejemplo, con la salvaguarda del debido proceso, la uniformidad coherente e la administración de justicia o la necesidad de uniformar posiciones encontradas entre los diferentes tribunales del sistema”. De esta consideración (sobre interés general, de orden público procesal y de tutela judicial efectiva) deriva como corolario *jurídico-procesal* que el “*interés casacional*” puede (y debe) ser suplido de oficio por la Suprema Corte de Justicia, si nadie lo invoca y si no se cumple, por ejemplo, con el mínimo actual de la cuantía para la admisibilidad del recurso.

[34] Artículo 44, párrafo III: “El trámite de los incidentes no es causa de detención o retraso del trámite del recurso, salvo que la Corte de Casación disponga otra cosa”.

[35] Art. 45, párrafo I: “El depósito al que se refiere la parte capital de este artículo podrá realizarse en cualquier estado de causa, pero la intervención no podrá retardar el fallo el asunto principal”. Algo importante es que, expresamente, el párrafo II del artículo 47, distinto al proceso ordinario, reconoce como suficiente la firma del abogado para el desistimiento del recurso de casación, sin necesidad de que firme también el cliente.

[36] Artículo 29: “**Audiencia.** El recurso de casación será conocido y juzgado en cámara de consejo, sin necesidad de celebración de audiencia. **Párrafo I.-** Si la Corte de Casación lo considera necesario, podrá convocar a una audiencia pública para una mejor sustanciación del caso, **Párrafo II.-** La no comparecencia de las partes a la audiencia pública convocada, según lo establecido en el párrafo I de este artículo, no impide el fallo del recurso”.

[37] Art. 207.d del nuevo Reglamento de los Tribunales de la JI: “El tribunal conoce el recurso jurisdiccional en Cámara de Consejo y, según lo amerite el caso, puede fijar audiencia.

[38] La resolución núm. 1737-2007 de la Suprema Corte de Justicia, que instituye el reglamento que era el que regía hasta el momento de la reforma del 2022 (con *vacación legal* de 06 meses para la de los tribunales y de un año para las demás reglamentaciones, cuatro en total: la de los tribunales, la de los órganos de Mensuras y Registro y la del Deslinde y Regularización parcelaria), se llamaba “Reglamento de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original de la Jurisdicción Inmobiliaria”.

[39] “Los recursos, y no las acciones principales en nulidad, son la vía idónea para impugnar válidamente las sentencias” (Sentencia SCJ, 1ra. Sala, núm. 133, del 28 de marzo del 2012, B.J. núm. 1216); “No son recurribles en casación las decisiones de carácter puramente administrativo, dictadas en cámara de consejo, tales como autos o resoluciones emitidas sobre instancia o a requerimiento de una parte” (Sentencia SCJ, 1ra. Sala, núm. 70, del 24 de febrero del 2021, B.J. núm. 1323).

[40] Hay que poner sobre la mesa para este análisis la tendencia existente, a nivel comparado e, incluso, en nuestro mismo país, de reconocer recursos (ordinarios y extraordinarios) contra decisiones graciosas. Lo cierto es que, con un recurso jurisdiccional, aunque se conozca en cámara de consejo, se pueden afectar derechos de las personas (inscripción de hipoteca, corrección de apellidos, de cédulas, etc.), por lo que, de entrada, no resultaría descabellado reconocer la apertura de la sede *nomofiláctica* (de correcta aplicación del derecho) para ese tipo de decisiones también, aunque sean dadas en cámara de consejo. Pero eso, sin dudas, supondría un cambio de criterio que, por mandato expreso del precedente vinculante del Tribunal Constitucional, debería justificarse en la decisión de la Suprema Corte de Justicia, explicando por qué varía su tradicional criterio de reconocer los recursos solamente en contra de sentencias, no de decisiones graciosas.

[41] “La decisión que dirime un recurso jurisdiccional en la Jurisdicción Inmobiliaria es una sentencia *sui generis*, en razón de que, si bien surge con motivo de una actuación administrativa, termina con una decisión revestida con carácter jurisdiccional, según lo estipulado por los reglamentos de la Jurisdicción Inmobiliaria, que establecen que el recurso jurisdiccional se conocerá de forma contradictoria, siguiendo el procedimiento establecido para las Litis sobre derechos registrados” (Sentencia SCJ, 3ra. Sala, núm. 100, del 28 de octubre del 2020, B.J. núm. 1319); “La decisión emitida sobre un recurso jurisdiccional en la Jurisdicción Inmobiliaria, conocido de manera contradictoria, constituye una sentencia definitiva dictada en única y última instancia; en consecuencia, es susceptible de ser recurrida en casación” (Sentencia SCJ, 3ra. Sala, núm. 36, del 13 de diciembre del 2021, B.J. núm. 1333).

[42] La resolución núm. 1-2016, que modificaba el Reglamento de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original de la Jurisdicción Inmobiliaria, igual que lo prevé la reciente reforma del 2022, había concebido la fórmula de opcionalidad de la audiencia en materia de recurso jurisdiccional (que es lo más inteligente); pero, como es sabido, dicha resolución fue anulada por el Tribunal Constitucional, no por asuntos de fondo, propiamente, sino por haberla dictado el Consejo del Poder Judicial, que no tiene función jurisdiccional, sino administrativa, financiera y de capital humano. La nulidad obedeció, concretamente, a ese aspecto competencial de índole formal.

[43] Vale insistir, ahora las decisiones en materia del recurso jurisdiccional serán *resoluciones*, no *sentencias*, porque se darán en *cámara de consejo*, a menos que –excepcionalmente– se dije una audiencia. Y, tal como se lleva dicto, la SCJ ha mantenido el criterio de que solamente las *sentencias* se recurringen en casación. Habría que, vale insistir, motivar un cambio de criterio y adaptar el análisis al esquema del nuevo reglamento que coloca a la audiencia, no como la regla, sino como la excepción.

[44] Artículo 27: “**Efecto no suspensivo del recurso.** El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia impugnada. Sin embargo, el plazo para la interposición misma del recurso, mientras dure su solución, tendrá efecto suspensivo de pleno derecho en las siguientes materias: estado y capacidad de las personas, divorcio, separación de bienes, nulidad de matrimonio, cancelación de hipoteca, declaración de ausencia, inscripción en falsedad o en cualesquiera otros casos previstos en leyes especiales”. Como puede verse, en las materias que, excepcionalmente, sigue siendo suspensiva la casación, lo que suspende es el plazo, más que la interposición misma del recurso.

[45] Artículo 27, **párrafo I:** “A excepción de las materias en que el recurso es suspensivo de pleno derecho, puede el presidente de la sala ante la cual se interponga el recurso, en cámara de consejo y respetando el contradictorio, ordenar que se suspenda la ejecución de la sentencia impugnada a solicitud del recurrente principal o incidental en casación, siempre que el recurrido no justifique haber ejecutado la sentencia recurrida y que de la ejecución puedan resultar graves perjuicios al recurrente o al orden público, **Párrafo II.-** El procedimiento a seguir para intentarse la

suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida en casación será trazado mediante resolución por el pleno de la Suprema Corte de Justicia, que tendrá facultad en lo subsecuente para revisarlo y adecuarlo cuando lo entienda necesario”.

[46] “Las de *pruebas e incidentes* y la de *fondo* constituyen fases del proceso inmobiliario, no audiencias, propiamente. Por consiguiente, ambas fases pudieran ser cubiertas en una sola audiencia” (Sentencia *in voce* dictada, en fecha 15 de febrero del 2017, por la otrora Segunda Sala –hoy terna- del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central).

[47] Por ejemplo, una parte basa su teoría del caso en un historial a cargo de la Dirección Nacional de Registro de Títulos, pero el tribunal se acumula dicha medida. Muchas veces la parte no sabe cómo concluir, porque no tiene certeza si finalmente ese historial que se ha acumulado será acogido o no. Igual que un informativo testimonial que sirve de sustento a la tesis promovida, o bien cualquier otro medio probatorio invocado como fundamento de lo que se está alegando. Ciertamente, las máximas de experiencia aleccionan en el sentido de que el efecto suspensivo, tanto de la apelación como de la casación, ha venido empleándose como táctica dilatoria en jurisdicción original y ante la alzada, respectivamente; pero con la desaparición del efecto suspensivo de forma general, vale repetir, ese temor de dilación pierde razón de ser. Toca ahora asumir la responsabilidad de decidir los asuntos previos al fondo antes del fondo. Y si se trata de un caso complicado que el tribunal no se siente en condiciones de decidir en barra, pues que, en vez de acumular, difiera el fallo para una fecha futura próxima y así revisa con calma el expediente, pero que no continúe con el proceso. De suerte que, si procediere el incidente, se acoge sin necesidad de proseguir con la sustanciación de la causa. O si es una medida la que procede, se ordena la misma. Definitivamente, la práctica judicial (de los tribunales) y, en general, la práctica forense (de los abogados) no deben reducirse a “*rutinitas*”. El que se haya hecho así por un tiempo no impide que mejores prácticas, basadas en reformas como la comentada, cambien para bien el proceder de los actores del sistema, en aras de una mayor eficacia procesal.

[48] Art. 38: “**Fallo de casación y dictado de sentencia directa.** Si la Corte de Casación casare la decisión en cuanto al fondo del asunto, y si lo considera de una buena administración de justicia, podrá dictar directamente la sentencia que, en su lugar, correspondiente sobre el material de hecho fijado por el fallo recurrido y la prueba documental incorporada en aquel juicio, procediendo a reemplazar los fundamentos jurídicos erróneos por los que estimare correctos”.

[49] Sobre la “*casación de instancia*”, en el considerando séptimo de la Ley núm. 2-23 se establece: “(...) las tendencias actuales conducen a innovar la técnica de casación, confiriendo a la Corte de Casación la posibilidad excepcional de estatuir sobre el fondo en interés de una buena y pronta administración de justicia, en aquellos casos donde pronuncie la casación de la sentencia impugnada, evitando así la dilación del proceso con un envío a otro tribunal de fondo”. Tal como hemos resaltado en otro pie de página, este modelo, según se ha dicho, se aproxima al esquema de la casación penal, al hilo del Código Procesal Penal.

[50] “La facultad de avocación al fondo del proceso puede ser ejercida por los jueces de alzada en los casos previstos por la ley y bajo las siguientes condiciones: (a) que la sentencia apelada decida sobre un incidente del procedimiento sin resolver el fondo, (b) que la sentencia recurrida sea revocada en apelación, (c) que el pleito se encuentre en estado de recibir fallo sobre el fono, (d) que el incidente y el fondo sean decididos por una sola sentencia, (e) que el tribunal de segundo grado sea competente” (Sentencia SCJ, 1r. Sala, núm. 27, del 18 de diciembre del 2019, B.J. núm. 1309); “Es aplicable en la Jurisdicción Inmobiliaria el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que, cuando la sentencia recurrida no haya resuelto el fondo de la contestación, el tribunal de alzada apoderado de la apelación podrá resolver el fondo, a condición de que la sentencia recurrida sea revocada y el asunto pueda decidirse” (Sentencia SCJ, 3ra. Sala, núm. 4, del 6 de junio del 2012, B.J. núm. 1219); “Es conforme a la Constitución el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil que permite la avocación” (TC/0560/19).

[51] “La casación tiende, pues, a salvaguardar la legalidad. *Nomofilaquia* es llamada esta finalidad del recurso de casación” (TAVARES, Froilán (hijo). *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, tomo I, 7ma. edición (2010), p. 80).

[52] Artículo 11, párrafo: “Cuando los vicios que afectan la sentencia pueden rectificarse mediante instancia dirigida al tribunal que la dictó, el recurso de casación no está abierto más que contra la sentencia que estatuye sobre la rectificación, si cumple con los presupuestos de admisibilidad establecidos por esta ley”.

[53] Este aspecto penal, de multa, pudiera verse sometido en el futuro al tamiz del control de constitucionalidad, ya que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia TC/0108/13, declaró no conforme con la Constitución el aspecto penal de la Orden Ejecutiva núm. 378, del 31 de diciembre del 1919, dejando vigente la declaratoria de “*litigante temerario*”. No debe perderse de vista que la *multa*, igual que la *privación de libertad*, constituye una pena y, como tal, solo un tribunal penal, en rigor, debería imponerla. Visto: “El Tribunal Constitucional constata que la referida orden ejecutiva otorga facultad a cualquier tribunal del orden judicial, independientemente de la especialidad de su competencia (civil, laboral, inmobiliario, etc.), para establecer prisión por el no pago oportuno de las costas, lo cual, a su vez, contrasta con el principio del juez natural, conforme al cual, tratándose la prisión de una sanción penal, la facultad para imponerla ha de corresponder, de forma exclusiva, a las jurisdicciones penales o represivas” (TC/0108/13). Razonamiento que, como se lleva dicho, *mutatis mutandis*, pudiera ser extensivo a la *multa* que, vale repetir, es una “pena”, igual que la prisión.

[54] “El abuso de derecho se produce cuando su titular ejercer su derecho contrariando el ordenamiento jurídico y excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o los objetivos sociales y económicos del derecho” (Sentencia SCJ, 1ra. Sala, núm. 231, del 30 de junio del 2021, B.J. núm. 1327).

[55] Debe, en todo caso, la secretaría de la SCJ adoptar un desempeño práctico, y si una parte ha obviado ese punto de la nueva ley, tomar, aunque sea a mano, el domicilio correspondiente, consignándolo así en la documentación y, por tanto, no dejar de recibir por ese formalismo que, muy probablemente, será obviado recurrentemente, secuela de lo reciente de esta reforma.

[56] “Corresponde a la Jurisdicción Inmobiliaria velar porque en todos los procesos en materia de tierras se cumplan con los principios que rigen el sistema Torrens, a fin de garantizar un sistema de propiedad bien organizado y depurado, única forma de consagrar la seguridad jurídica en materia inmobiliaria” (Sentencia SCJ, 3ra. Sala, núm. 51, del 24 de octubre del 2012, B.J. núm. 1223); “El fin y objetivo de la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario, consiste en que los actos que se sometan al *Registro* se correspondan con la esencia de lo convenido, para así garantizar el sistema de publicidad inmobiliaria sobre la base de los criterios de especialidad, legalidad, legitimidad y publicidad, consagrados en el principio II de dicha ley (Sentencia SCJ, 3ra. Sala, núm. 15, del 11 de abril del 2012, B.J. núm. 1217).

La garantía legal de bienes duraderos usados en materia de consumo: notas a la Sentencia Núm. SCJ-PS-22-3654, de fecha 16 diciembre 2022, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia

Jesús Pérez Marmolejos

En el año 2016, la señora E.G.E. compró un vehículo marca Mercedes Benz, modelo ML350, año 2006, a la entidad C. A. I., S.R.L., por el precio de RD\$720,164.00. Al cabo de unos tres meses, la consumidora le informó a la proveedora que hizo reparaciones al vehículo y posteriormente la intimó para que procediera a la reparación y compensación por los daños materiales y mecánicos ocasionados. Al no obtemperar dicha entidad, la señora E.G.E. interpuso una demanda ante los tribunales civiles tomando como fundamento legal la garantía de los vicios ocultos del código civil. En el año 2017, la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional acogió dicha demanda y ordenó el reembolso de los gastos incurridos por la consumidora al constatar el incumplimiento a la garantía de vicios ocultos por parte de la proveedora.

Posteriormente, la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, en el año 2019, confirmó dicha sentencia en el sentido de que el vehículo en cuestión comenzó a presentar problemas de mecánica al poco tiempo de su adquisición, y que fueron repitiéndose en los meses venideros, por lo que la proveedora no cumplió con su obligación de garantía. Inconforme con los jueces de fondo, la entidad C. A. I., S.R.L., arguyó ante la Suprema Corte de Justicia que la demanda fue interpuesta fuera del plazo de garantía que establece el artículo 1648 del código civil; que contractualmente la consumidora renunció a reclamar por la referida garantía; que los desperfectos presentados debieron ser verificados por un perito, entre otros alegatos.

En efecto, algunos de los problemas de derecho planteados a nuestra Corte de Casación son los siguientes: ¿Qué régimen legal de garantía por vicios ocultos se aplica en una relación entre una sociedad comercial y un consumidor? ¿Tienen los vehículos usados una garantía mínima obligatoria por los vicios ocultos? ¿Cuál es el plazo aplicable de esa garantía legal mínima obligatoria? La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia casó la sentencia dictada por la aludida Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional y ordenó el envío de la causa a la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, ya que la corte a-qua no se refirió al medio de inadmisión y tampoco confirió la verdadera calificación jurídica a los hechos. En cuanto a esta última parte, esta sala consideró que el régimen legal aplicable cuando se trata de una sociedad comercial cuya actividad económica es la de importación y reventa de vehículos a favor de un consumidor es el instituido en la Ley 358-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario.

Asimismo, esta sala suprema expresó lo siguiente "*aunque se trate de un bien usado y esa condición sea informada al comprador, el vehículo debe entregarse en condiciones aptas aunque no óptimas, para circular, es decir, para ejecutar aceptablemente el fin para*

el que fue adquirido, ya que lo contrario implicaría fomentar e incentivar la irresponsabilidad de los vendedores profesionales de vehículos usados y acentuar las inequidades entre consumidores y proveedores en un mercado en el que generalmente, el comprador carece de los conocimientos técnicos que le permitan apreciar el estado real del vehículo". De igual forma, esta dispuso que el plazo de garantía mínima de motor y transmisión es de tres meses u ocho mil kilómetros, según el artículo 178 de la Ley 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana.

Notas

Nuevamente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia nos sorprende e impresiona por los últimos criterios jurisprudenciales en materia de derecho de consumo. En esta ocasión, el magistrado Samuel Arias Arzeno, recoge los argumentos jurídicos emitidos en estos casi cuatro años desde que llegó esta composición a esta sala civil y comercial. Desde los tópicos como derecho a la información, prohibición de cláusulas abusivas, garantías de bienes de consumo, prescripción y régimen probatorio, esta sentencia es un resumen jurisprudencial en cuanto a dichos criterios en el ámbito de la protección al consumidor que deben conocer y comprender tanto los operadores judiciales, auxiliares de la justicia como la ciudadanía en general.

En esta ocasión nos referiremos al criterio externado en cuanto a la garantía de los bienes de uso duradero, ya sean nuevos o usados. Según la Dirección General de Impuestos Internos, en el mercado dominicano *"predominan los automóviles con años de fabricación del 2014 hacia atrás, representando el 91.0% del total. Para los jeeps, en cambio, el 90.6% corresponde a jeeps con años de fabricación del 2017 hacia atrás"* (DGII, 2021), como bien lo cita la referida sentencia. Es decir, la mayoría de los consumidores dominicanos adquieren vehículos usados o de segunda mano, incluso mediante financiamiento bancario.

Para Juárez Torrejón (2015) *"el régimen de saneamiento por vicios ocultos surge como un régimen ad hoc de protección al comprador, consecuencia de la insuficiente idea de incumplimiento contractual para proteger al comprador de los defectos de las cosas compradas, independientemente de que el vendedor los conociera o no"*. Sin embargo, el legislador ha ido más allá al instaurar un régimen más beneficioso para el consumidor, que involucra remedios como la reparación gratuita del bien o la sustitución de éste (Artículo 70 de la ley 358-05), no contemplados en el código napoleónico de 1804.

Ahora bien, en este caso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha estatuido que los bienes de uso duradero usados, por ejemplo, los vehículos de motor de segunda mano tienen una garantía legal de tres meses u ocho mil kilómetros en motor y transmisión, según el artículo 178, párrafo IV, de la Ley 63-17. Por el contrario, la ley 358-05, en su artículo 66, expresa que *"el consumidor y los sucesivos adquirientes tienen una garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, que afecten el correcto funcionamiento de tales bienes o que hagan que las características de los productos entregados difieran con respecto a lo ofrecido"*.

Dicho de otra manera, la ley 358-05 plantea un régimen más favorable y provechoso a los consumidores, puesto que la garantía mínima obligatoria no solo involucraría los defectos en motor y transmisión, sino también daños electrónicos, eléctricos, entre otros. Por ejemplo, es frecuente que el consumidor adquiere un vehículo usado y luego descubre un desperfecto en la bolsa de aire, en la carrocería, y hasta en el aire acondicionado.

Como resultado nos preguntaremos, en el caso de que el defecto no se corresponda al motor o a la transmisión ¿cuál sería el plazo de la garantía? En la especie, la sentencia no hace referencia al defecto específico. En el caso de la garantía, la Corte de Casación entendió que disponer una cláusula de exoneración de responsabilidad y renuncia a la garantía, era abusiva, conforme al artículo 81 de la ley 358-05. Tampoco puede el juez inmiscuirse en el contrato y disponer el plazo de garantía que debe ser fijado contractualmente por orden del legislador: *“El proveedor deberá entregar una garantía escrita, por lo menos, en idioma español, que contenga obligatoriamente: e) Las condiciones de validez de las garantías y el plazo de duración de la garantía”* (artículo 68 de la ley 358-05).

Concretamente, si el vehículo es importado, se impone el plazo de garantía del fabricante. Así lo dispone el legislador en su artículo 72 de la ley 358-05: *“Los proveedores locales de bienes duraderos que gocen del estatuto de suplidor autorizado estarán obligados a otorgar el mismo plazo de garantía del país de origen de dichos bienes duraderos, siempre y cuando estén acompañados de la documentación que compruebe la adquisición legítima del bien o servicio y de conformidad con los términos y condiciones del documento de garantía”*. En caso de que los proveedores locales no sean concesionarios autorizados *“su plazo y cobertura no podrán ser menores a los de los productos comercializados por los concesionarios exclusivos”* (Artículo 71, ley 358-05).

A mi entender, considero oportuna la interpretación que dan los jueces supremos al artículo 134 de la ley 358-05 que establece lo siguiente: *“Todas las acciones nacidas de la aplicación de la presente ley, para los cuales en esta no se haya previsto un plazo diferente, prescribirán a los dos (2) años a partir del último acto violatorio que las origina”*. En ese aspecto, la Corte Suprema estatuye que *“el comprador puede reclamar a su vendedor la ejecución de la garantía por los desperfectos del vehículo comprado que se hicieren manifiestos durante esos tres meses, pero en caso de que esa reclamación extrajudicial no sea satisfactoria, dispone del plazo de 2 años contemplado en el mencionado artículo 134 para apoderar a la jurisdicción correspondiente de su pretensión”* (sentencia Núm. SCJ-PS-22-3654, de fecha 16 diciembre 2022, numeral 42).

Mi crítica a la sentencia se enfoca a lo que pudiera interpretarse de este último razonamiento cuando alude que el consumidor reclamaría *“cualquier desperfecto”* en el marco del artículo 178, párrafo IV, de la ley 63-17. Recordemos que la referida ley 63-17 solo se enmarca en cuanto a la garantía de motor y transmisión de los vehículos usados y así lo confirmó la referida sentencia. Quizá, podría haber una ligera contradicción. Considero que en virtud al principio *in dubio pro consumitore o principio*

de favorabilidad que excelentemente ha desarrollado últimamente esta corte suprema, el plazo de garantía aplicable debe ser el fijado en el país de origen.

Para concluir, queremos destacar que esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia ha trazado unas líneas jurisprudenciales favorables y oportunas en materia de derechos del consumidor, al menos en el ámbito privado. Sabemos que, en el ámbito del derecho administrativo, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha tenido que fijar posiciones nefastas para la protección de los consumidores a raíz de leyes elaboradas sin técnica legislativa. Debemos luchar porque *“la política jurídica que presiden e inspiran toda esta legislación estén dirigidos preferentemente a mejorar los niveles de información y de transparencia del mercado, procurando que el consumidor decida con mayor conocimiento de causa a la hora de desarrollar su capacidad electiva entre las diferentes alternativas del mercado”* (Lasarte, 2016).

La injusticia en el camino de la justicia

Adonis Recio

El **debido proceso**, es un derecho fundamental que contempla ciertas garantías que deben existir para defender los derechos y libertades de las personas que intervienen en un proceso penal. El debido proceso busca la verdad de los hechos, pero esta verdad debe ser conseguida por los medios que la ley establece, y de la manera que la ley lo establece.

El debido proceso lo encontramos en nuestra constitución en conjunto con la tutela judicial efectiva, precisamente en el artículo 69, el cual nos indica que toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley; 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable, entre otras.

De igual manera en el artículo 68 de la constitución nos habla sobre las garantías de los derechos fundamentales, estableciendo un punto totalmente importante, y es que estos vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar la efectividad de estos, así como proteger sus garantías.

El proceso penal está revestido de diversas garantías fundamentales entrelazadas con derechos reconocidos Constitucionalmente, como se ha indicado con anterioridad, buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino más bien en todo momento mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, para así otorgar posterior a la valoración de estos hechos una decisión justa, acorde a lo demandado en cada caso, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos de los órganos administradores de la justicia.

En República Dominicana, el proceso penal se divide en varias etapas, iniciando así con la etapa investigativa o preparatoria, la cual consiste en una investigación de los hechos criminales e imputaciones delictivas con el propósito de buscar la verdad y recolectar todos los elementos de prueba que puedan sustentar la acusación del ministerio público o la defensa del imputado a los fines de presentar esta documentación ante la justicia. Seguido de esto está la etapa preliminar, el juicio de fondo, etapa recursiva, y la etapa de ejecución de la pena.

Hacemos distinción precisamente de esta etapa por una situación que genera inseguridad en el sistema de justicia Dominicano, y es que desde el inicio de esta etapa cuando el procesado es presentado ante la justicia a los fines del conocimiento de la medida de coerción por parte del Ministerio Público, indistintamente el resultado de

esta, ya sea que resulte positivo o negativo para el ciudadano en cuestión, en la jurisdicción penal de adultos, el Ministerio Público utiliza una práctica recurrente, y es que registran al procesado en el sistema de información penal, colocándole una ficha, dicha imposición tiene como efecto el registro de antecedentes penales en su historial, pero este en si no es el problema, ya que esta imposición es legal.

En virtud de lo establecido en el decreto No.122-07, existen tres tipos de estas fichas: **Ficha Permanente:** Son los registros penales de una persona basados en sentencias que hayan adquirido un carácter definitivo e irrevocable.

Ficha Temporal de Investigación Delictiva: Es el registro que se sustenta en medidas preventivas sobre una persona imputada de crimen o delito, sin que haya intervenido aún una decisión definitiva sobre dicho caso.

Registro de Control e Inteligencia Policial: Estos registros están bajo la responsabilidad de la Policía Nacional, supervisados a su vez por Interior y Policía y el Ministerio Público.

Desde nuestro punto de vista, refiriéndonos puntualmente a las fichas de índole temporal, esta práctica resulta totalmente arbitraria e ilegal, teniendo en cuenta que el decreto establece que será colocada desde el inicio del proceso, pero no hace una distinción precisa del manejo de esta información por parte de la autoridad competente. Entendiendo que lo idóneo sería que como el proceso aún no tiene una decisión definitiva, que absuelve o declara culpable al ciudadano, esta información sea de uso exclusivo del Ministerio Público, y que de esta manera no se vea proyectada en las certificaciones de no antecedentes penales de los procesados.

El Ministerio Público en ese momento procesal no cuenta con una sentencia que haya adquirido el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada, al momento de colocarle una ficha al procesado está violando sus derechos fundamentales, ya que esta al estar proyectada en las certificaciones de no antecedentes penales se hacen públicas a terceros, señalándolo desde el principio ante la opinión pública como el culpable de un hecho que no ha sido comprobado, no ha sido sancionado, y que no ha agotado el procedimiento correspondiente.

En virtud de que por tratarse de una ficha de carácter temporal, debe ser de uso interno de la institución, para evitar así que se vulnere no solo la Dignidad Humana del procesado, sino también el derecho pilar del proceso penal, que es la tutela judicial efectiva y debido proceso, recordando que este derecho Constitucional establece puntualmente, que toda vez que una persona se encuentre en el curso de un proceso penal tiene el derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable.

No solo esto, debemos tomar en cuenta de igual forma los daños colaterales que esto ocasiona no solo a los ciudadanos envueltos en un proceso, los cuales al finalizar dicho proceso penal con resultados favorables ya sea por una absolución, no ha lugar,

extinción o demás, deben agotar otro proceso judicial a los fines de retirarse dicha ficha, sino también el daño que esto ocasiona a sus familiares y allegados, porque evita que el procesado se reintegre fácilmente a la sociedad hasta tanto resuelva esta situación, imposibilitándolo hasta de conseguir un empleo, en virtud de que el Ministerio Público coloca la ficha al procesado de una manera rápida y oficiosa, pero al culminar el proceso penal es el procesado quien debe hacer las gestiones para retirar la ficha de su historial.

El Ministerio Público debe recordar que además de ser el órgano investigador que formula los cargos e implementación de las políticas del Estado contra la criminalidad, también es el responsable en el ejercicio de sus funciones de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas, por lo que este no debe olvidarse de ser objetivo, transparente, y guardián de la Constitución, sin distinción.

Es de nuestra opinión que el fin principal del Estado a través de las actuaciones del Ministerio Público como su representante cuando se conoce un proceso penal y el resultado del mismo, es juzgar al procesado de la manera más transparente, objetiva, e imparcial, y que cuando el conocimiento del proceso tiene como resultado una condena no es la condena en sí misma, el fin no es castigar únicamente al procesado por sus acciones, el fin principal de la pena es la reinserción, que el ciudadano cuando regrese a las calles sea un ciudadano que pueda reintegrarse de manera efectiva a la sociedad, que pueda rehacer su vida, conseguir un trabajo, ser de utilidad para la sociedad, el fin de la pena no es castigar de manera desmedida, ni ilegal.

Los órganos del Estado que administran la justicia deben ser guardianes de la Constitución, no un enemigo del Estado Social Democrático y de Derecho, al día de hoy estas malas prácticas a pesar de violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos, se ven opacadas por las grandes acciones de aquellos defensores que dan cada día la milla extra por defender las garantías de sus asistidos, personas comprometidas y apasionadas con la causa, los cuales nunca darán la espalda ante una injusticia.

Crterios para la procedencia del amparo de cumplimiento

Luis Francisco de Jesús Reyes

La legislación dominicana, mediante la Constitución de 2010 y la Ley núm. 137-11, estableció la vía procesal para la protección de derechos fundamentales y el cese de arbitrariedades cometidas por particulares o la Administración Pública. Dentro de esta, destaca la figura del amparo como el mecanismo idóneo para tutelar dichos derechos. Una de las formas específicas de este cause constitucional es la Acción de Amparo de Cumplimiento, regulada en el artículo 104 de la Ley núm. 137. El objetivo de esta forma de acción es demandar el cumplimiento de un deber conferido por una norma legal o acto administrativo. Sobre la base de lo dicho, es que material se centrará, explicando cuales son los requisitos de procedencia de esta acción especial.

A nuestro entender, la figura del amparo de cumplimiento es un procedimiento administrativo dotado de características de una garantía constitucional, Esto debido a que permite a los particulares hacer valer sus derechos fundamentales, los cuales han sido acreditados mediante una ley o acto administrativo y que no han sido cumplidos por la Administración o funcionario público. En este sentido, la Acción de Amparo de Cumplimiento se presenta como el mecanismo idóneo para hacer valer los derechos fundamentales mediante el cumplimiento de estos, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos legales para que el Tribunal competente declare su procedencia y ordene a la entidad, organismo o funcionario correspondiente su materialización.

Teniendo en cuenta lo anterior, es relevante destacar que la Ley núm. 137-11, en su artículo 104, regula la figura objeto de análisis en este material, señalando que:

«Cuando la acción de amparo tenga por objeto hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, ésta perseguirá que el juez ordene que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal, ejecute un acto administrativo, firme o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.»

De acuerdo con lo anteriormente mencionado, se puede observar que las disposiciones establecidas en el artículo 104 de la Ley núm. 137-11, son el primer requisito para que una acción de amparo de cumplimiento sea considerada procedente. Este procedimiento, debido a sus características específicas, cuenta con una serie de etapas procesales, representadas por los artículos 104, 105, 106, 107 y 108 de la mencionada norma. Cada uno de estos artículos establece un requisito específico que debe cumplirse para poder avanzar a la siguiente etapa del proceso. Sin embargo, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 104, representan el requisito principal para poder declarar procedente el amparo, si no se cumple, no se podrán comprobar los demás requisitos necesarios para declarar la procedencia del amparo.

Teniendo en cuenta los dos elementos sobre los cuales puede exigirse el cumplimiento, es importante señalar que tanto los actos administrativos como las leyes, poseen condiciones particulares inherentes en su estructura. Estas condiciones son diferentes entre sí y se pueden dividir en las siguientes categorías:

Para el cumplimiento de una Ley:

Nuestro Tribunal Constitucional[1] ha establecido que, la norma cuyo cumplimiento se exija, debe que dirigir un mandato claro y preciso de aquello que se pretenda hacer cumplir, de manera que no basta disposiciones genéricas de las que no puedan extraerse mandatos de acciones específicas y/o administraciones concretas. De ahí es que, por este cause resulte imposible el cumplimiento de los artículos de la Constitución relativos de derechos fundamentales, dado a que, estos no proporcionan ordenes, más bien, establecen condiciones esenciales para el desarrollo de dichos derechos. De manera equivalente, el intento de cumplir normas que simplemente describan elementos o indiquen significados sin un mandato claro y preciso no tendrá éxito en su procedencia.

Además, la Alta Corte mencionada ha dicho que: *«resultaría arbitrario pretender extraer de disposiciones generales obligaciones concretas que no establece la normativa de que se trata forma “cierta y clara”. De manera que para que pueda declararse procedente el amparo de cumplimiento el mandato debe que estar claramente establecido y no puede estar sujeto a “controversia compleja ni a interpretaciones dispares” que pongan en duda lo que la misma expresa.[2]»*

Para el cumplimiento de un acto administrativo:

Antes de profundizar en el tema, es crucial comprender la conceptualización del acto administrativo, ya que esta es la base fundamental para comprender su alcance y efectos en el amparo de cumplimiento, La normativa de República Dominicana señala que, *«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 [o] ente público[,] que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros[3].»*

Ahora bien, ha sido un criterio establecido por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo[4], y ratificado mediante la sentencia TC/0361/22 emitida el 3 de noviembre de 2022 por el Tribunal Constitucional, que para que un juez pueda declarar la procedencia del amparo de cumplimiento en relación a un acto administrativo, es necesario previamente verificar que dicho acto cumpla con ciertos requisitos esenciales, los cuales deben ser evaluados desde un inicio, para determinar si se cumplen las condiciones necesarias para ser declarado procedente.

Estos requisitos incluyen que:

1. *Provenza de una administración pública, órgano o ente público;*

2. *Se trate de una declaración unilateral de voluntad, de juicio o de conocimiento de dicha administración pública, órgano o ente público;*
3. *Emane del ejercicio de una función administrativa; y*
4. *Produzca efectos jurídicos directos, inmediatos e individuales respecto de terceros.*

En armonía con lo anterior, se plantea la idea de que no es viable proclamar la procedencia del cumplimiento de un acto administrativo de trámite, dado que, dicho acto no concluye el procedimiento administrativo, como ha sido establecido por la Suprema Corte de Justicia al emitir su criterio en relación a estos actos, en virtud de que: *«al no ser definitivos, no causan estado [...], ya que no le ponen fin al procedimiento administrativo existente entre las partes, ni deciden el fondo del asunto[5].»*

Conclusiones:

En resumen, para el cumplimiento de una ley, se requiere que la norma tenga un mandato claro y preciso para que sea cumplible, y no se acepta el cumplimiento de disposiciones genéricas o de contenido llano. Además, el Tribunal Constitucional ha establecido que no es posible cumplir los artículos de la Constitución relacionados con derechos fundamentales, ya que estos no proporcionan órdenes específicas. En cuanto al cumplimiento de un acto administrativo, es necesario verificar previamente que cumpla con ciertos requisitos esenciales, como ser emitido por una administración pública, ser una declaración unilateral de voluntad, emanar del ejercicio de una función administrativa y producir efectos jurídicos directos, inmediatos e individuales respecto de terceros. Además, no es viable proclamar la procedencia del cumplimiento de un acto administrativo de trámite, ya que estos no concluyen el procedimiento administrativo y no deciden el fondo del asunto.

[1] Ver sentencia TC/0070/21 de fecha 20 de enero de 2021, emitida por el Tribunal Constitucional.

[2] Ver sentencia TC/0070/21 de fecha 20 de enero de 2021, emitida por el Tribunal Constitucional.

[3] Ver artículo 8 de la Ley núm. 107-11 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

[4] Ver sentencia núm. 0030-02-2021-SSEN-00388, de fecha 1 de septiembre de 2021, emitida por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo.

[5] Ver sentencia núm. 13 de fecha 16 de septiembre de 2009, emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

Ejecución de la pena en la República Dominicana, a la luz de la Constitución y el Código Procesal Penal

Joan Manuel Guerrero Tejeda^[1]

En el presente artículo se realiza un análisis documental al sistema de ejecución de la pena de República Dominicana, consagrado en la Constitución proclamada en 2015, Código Procesal Penal promulgado en 2002. Se determina la necesidad de un control más efectivo de las garantías fundamentales que poseen los privados de libertad, del aumento del número de jueces que conforman el sistema de ejecución penal, así como adaptar el sistema de ejecución penal a los procesos del Siglo XXI como medida que podría garantizar, en mayor nivel, los derechos de los privados de libertad y reducir el número de ciudadanos (As) que permanecen en sistemas penitenciarios a pesar de haber cumplido su pena.

La ejecución de la Pena se define como *la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos condenatorios en el fallo de una sentencia penal condenatoria y firme*^[2], es preciso agregar que la ejecución penal, de igual manera, debe velar *por el respeto de los derechos del condenado*^[3]. Existen diferentes corrientes doctrinarias respecto a la ejecución de la pena, algunas corrientes agregan que la ejecución de la pena encuentra un límite en el derecho administrativo pues, *la cosa juzgada penal determina el pase definitivo de la sanción penal al derecho administrativo*^[4], constituyendo entonces la ejecución de la pena el punto final del proceso penal y el inicio de una actividad administrativa.

Quienes sostienen dicha doctrina hacen referencia con *actividad administrativa* a la función que ejercen los diversos sistemas de prisiones para garantizar el cumplimiento material de las penas privativas de libertad^[5]. Sin embargo, a pesar de que dicha corriente doctrinaria posee un sentido lógico – e inclusive jurídico -, no menos cierto es que el sistema de ejecución penal en República Dominicana está diseñado para que el *control* se ejerza no tan solo sobre la sentencia misma, si no también, sobre la actividad administrativa del Sistema Penitenciario^[6].

Es por lo que, para el desarrollo integral de este ensayo se entenderá que el sistema de ejecución de la pena aborda, en República Dominicana, las siguientes áreas^[7]:



La ejecución de la pena adquirió rango constitucional. Es por esto que, en la Constitución vigente se estipula en el artículo 149 párrafo I que *“La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o*

*morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y **haciendo ejecutar lo juzgado***” (resaltado propio).

Es entonces que, el sistema de ejecución de la pena en República Dominicana se *blinda, además*, en la premisa antropológica del neoconstitucionalismo latinoamericano, a saber: el *Estado Social y Democrático de Derecho* y los principios fundantes de la protección a la *Dignidad Humana, el debido proceso, la legalidad, la reinserción social y la humanización*. Por tanto, cualquier medida que sea tomada dentro de la jurisdicción especializada de la ejecución de la pena, debe ir de la mano de estos principios.

Sin embargo, al tener el sistema de ejecución de la pena un carácter de *regulación administrativa*, controla el *cumplimiento material* de una sentencia firme que, en un sentido distinto al control jurisdiccional está a cargo de una entidad administrativa, es decir, la Dirección General de Servicios Penitenciarios y Correccionales, por tanto, la ejecución penal tiene también fundamento constitucional en el artículo 139 que consagra *“Los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública. La ciudadanía puede requerir este control a través de los procedimientos establecidos por la ley”*.

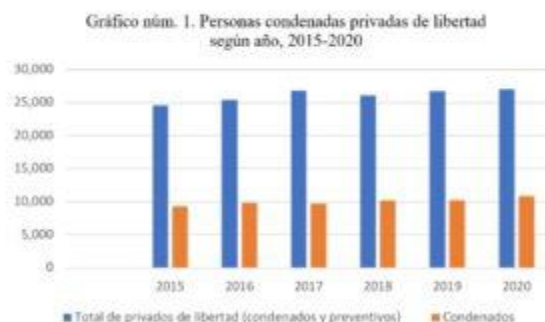
El Código Procesal Penal – promulgado por la Ley núm. 76-02 – dispone en el artículo 437¹⁸¹ la competencia del Juez de Ejecución de la Pena, competencia que se activa una vez la sentencia condenatoria es irrevocable (véase artículo 438 del CPP). De igual forma se ejecutan las sentencias absolutorias, es decir, esa que ordena la libertad del imputado, bajo los supuestos estipulados en el artículo 337 del CPP. Como nota al margen, es menester estipular que la absolución del imputado, en una sala de audiencias, implica – según el propio artículo – que su libertad se haga efectiva desde la sala de audiencias, situación no evidenciada en la práctica jurídica dominicana y que podría constituir, entonces, un reto en el sistema de justicia.

En ese sentido, la Resolución núm. 295-2005 del Juez de Ejecución Penal, estipula que dicho juez es el que *preside la jurisdicción especializada que tiene como función principal garantizar al condenado o condenada por sentencia irrevocable, el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, la Ley 224 sobre Régimen Penitenciario [actual ley núm. 113-21 citada ut supra] vigentes y demás leyes especiales y el Código Procesal Penal; vigila la legalidad de la ejecución de la pena”*.

Un aspecto importante sobre esta etapa lo recoge el artículo 440 sobre el cómputo de la pena, actividad a cargo del juez de la ejecución consistente en revisar el cómputo de la pena dispuesto en la sentencia, tomando en cuenta la privación de libertad sufrida por el imputado desde el día de su arresto para determinar con precisión la fecha en que finaliza la condena, y en su caso, la fecha a partir de la cual el imputado puede solicitar su libertad condicional o rehabilitación.

Se destaca su importancia porque a través del cómputo se determina la fecha en que un privado de libertad debe gozar de libertad pura y simple. Algunas situaciones se han

notificado a través de reportes periódicos, sobre casos de ciudadanos/as cuyas penas han cesado y continúan por incluso 1 año privados de libertad sin causa, violentando el derecho a la libertad y seguridad personal y otros.



El gráfico núm. 1 da cuenta de que del 2015 al 2020, el total de los condenados es menor que el total en prisión preventiva. Es menester destacar que, tanto los preventivos como los condenados, tienen retos (dentro de los recintos penitenciarios) para insertarse a la sociedad, fruto de los niveles de hacinamiento y baja efectividad de los programas de reinserción^[9]. Esto último es importante para la ejecución de la pena por los principios que rigen a la misma.

A la fecha, la composición de género de los privados de libertad condenados y preventivos^[10] en República Dominicana es el siguiente:

La composición de condenados y preventivos según nacionalidad, a agosto 2022, es la siguiente:

Gráfico núm. 2. Mujeres condenadas y preventivas

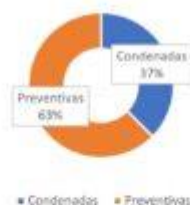
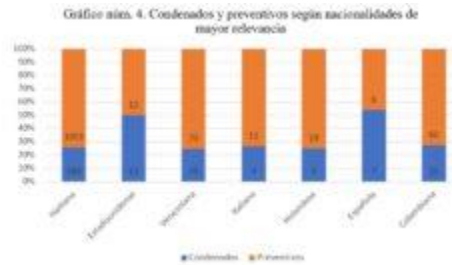


Gráfico núm. 3. Hombres condenados y preventivos





El gráfico núm. 4 revela la nacionalidad con mayores privados de libertad condenados, en relación con el número de privados de libertad preventivos es la española, estadounidense e italiana. Según las cifras, pueden existir situaciones respecto al acceso a la justicia de los migrantes de nacionalidad haitiana, en pro de conseguir su condena y/o sentencia absolutoria.

Es menester destacar que algunas investigaciones han arrojado como resultado la existencia de “*fichas penitenciarias*” que indicaban estatus preventivo para privado de libertad **no nacionales** a pesar de haber recibido una sentencia condenatoria^[11], situación que podría, a priori, aplazar su libertad, generando posibles violaciones a derechos fundamentales.

En este sentido, contar con un sistema de ejecución de la pena que garantice derechos de los condenados y además tenga como principio fundamental la reinserción socioeconómica del privado de libertad, es esencial para alcanzar un estado de desarrollo pleno. Se recomienda dar seguimiento pleno a las sentencias condenatorias, así como aumentar el número de jueces de ejecución de la pena. Como política pública, es importante trabajar los factores que inciden en el crecimiento de la tasa de criminalidad, tomando en cuenta perspectiva de género.

Además, es menester realizar, según las condenas y denuncias de delitos, un análisis de los delitos más recurrentes en República Dominicana, en pro de desarrollar medidas preventivas.

^[11] Estudiante de Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, con formación en Derechos Humanos y sus Mecanismos de Protección; Agenda 2030 y Desarrollo Sostenible; Geopolítica y Gobernanza Global; Derecho Internacional de las Personas Refugiadas y Apátridas; Políticas Públicas y Metodologías con Enfoques de Masculinidades para la Prevención de la Violencia Basada en Género; Perspectiva de Género en las Estadísticas de Delincuencia y Justicia Penal; y Perspectiva de género en la Administración de Justicia.

^[12] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L, en Escuela Nacional de la Magistratura, Capítulo 12, *Sistema de Ejecución Penal de la República Dominicana y la Constitución*, 2021, p. 515.

^[13] CAMACHO HIDALGO, Y, Código Procesal Penal Anotado, *Libro IV Ejecución, Anotación 1, artículo 436*, 2016, p. 981.

^[14] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L, en Escuela Nacional de la Magistratura, Capítulo 12, *Sistema de Ejecución Penal de la República Dominicana y la Constitución*, 2021, p. 515.

^[15] En nuestro caso, regido por la ley núm. 113 – 21 que regula el sistema penitenciario y correccional, así como por la Constitución de República Dominicana y su bloque de constitucionalidad.

^[16] Véase definición de control que dispone la Resolución núm. 296-2005 sobre el Reglamento del Juez de la Ejecución de la Pena, emitido por la Suprema Corte de Justicia, a saber:

Control: Tutela efectiva: a) en la ejecución de la sentencia de condena irrevocable de acuerdo con su finalidad, durante la duración de la pena; b) de los derechos humanos reconocidos a los condenados o condenadas; y c) de los derechos penitenciarios a favor de los condenados y condenadas, basados en las normas del Régimen Penitenciario Dominicano y demás leyes especiales.

^[17] Fuente: Elaboración propia bajo la información brindada por el texto Escuela Nacional de la Magistratura, Capítulo 12, *Sistema de Ejecución de la Pena en República Dominicana y la Constitución*, 2021.

^[8] Código Procesal Penal. Artículo 437. Control. Modificado por el artículo 109 de la ley núm. 10-15. El juez de la ejecución solo tiene competencias para controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias, vela por el respeto a los derechos del condenado y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución. Las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes de este título.

El juez de la ejecución dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y puede hacer comparecer ante sí a los internos o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control.

Dicta, aun de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en resoluciones necesarias el mismo sentido expida las resoluciones necesarias.

El juez de la ejecución de la pena no tiene competencia para decidir sobre ningún pedimento que haga el privado de libertad por resolución o sentencia que no haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. En estos casos es competente el juez o tribunal apoderado de lo principal.

Controla el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento, según los informes recibidos y, en su caso, los transmite al juez competente para su revocación o para la declaración de la extinción de la acción penal.

Supervisa la ejecución de la pena de arresto domiciliario, dispone la modalidad de su cumplimiento y todas las demás medidas que sean necesarias.

Las decisiones del juez de la ejecución no contravendrán las competencias que para la administración del sistema penitenciario, las leyes reconocen a la Dirección General de Prisiones. Sin perjuicio de la obligación, acordado por la Constitución a los jueces, de salvaguardar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

^[9] Véase Dirección General de Servicios Penitenciarios y Correccionales, informe estadístico al día (30/08/2022), *Tasa de Hacinamiento de los diferentes recintos del sistema penitenciario en República Dominicana*. Disponible en: <https://transparencia.pgr.gob.do/Inicio/VisualizarDocumento?DocumentId=37909>

^[10] El análisis se realiza con estas dos variables (condenados y preventivos) para tener un punto de comparación. El autor es consciente de que los privados de libertad en condición preventiva no están bajo el sistema de ejecución de la pena.

^[11] Instituto Nacional de Migración, *“Migración, Derechos Humanos y Régimen Penitenciario: Un estudio sobre la población no nacional privada de libertad en el Nuevo Modelo de Gestión Penitenciaria”*, pp. 58 – 60. 2019. Disponible en: <https://www.inm.gob.do/transparencia/phocadownload/Publicaciones/Migracin%20y%20rgimen%20penite%20nciario%20disope.pdf>



Función electoral, acto electoral: herramientas conceptuales para la solución del conflicto de competencias entre el Tribunal Superior Electoral y el Tribunal Superior Administrativo sobre los asuntos electorales

Stalin Osser

I. Introito

Un correcto abordaje sobre el tema expuesto en el epígrafe de este texto exige realizar un breve desarrollo de las razones que motivaron el conflicto de competencias entre la Junta Central Electoral (en lo adelante, JCE), el Tribunal Superior Electoral (TSE) y el Tribunal Superior Administrativo (TSA), para así colocar en contexto al lector sobre la importancia que entraña la construcción de un concepto adecuado sobre función electoral, acto electoral y contencioso electoral.

Así las cosas, luego del precedente TC/0282/17 emitido por el Tribunal Constitucional (en lo adelante, TC), relativo al conflicto *atípico*[1] de competencias constitucionales entre la Junta Central Electoral (en lo adelante, JCE) y el Tribunal Superior Electoral (en lo adelante TSE), fue trazado el criterio de que el órgano competente para ejercer el control jurisdiccional de los actos dictados por la JCE era el Tribunal Superior Administrativo (en lo adelante, TSA), esto por dos razones fundamentales: i) no existe una disposición legal que otorgue tales facultades al TSE; y ii) la JCE dicta *actos administrativos* que deben ser encausados ante el órgano jurisdiccional competente para controlar las actuaciones de la administración pública: el TSA. Al respecto, volveremos más adelante.

Estos razonamientos de la jurisdicción constitucional produjeron diversos debates en la comunidad jurídica enfocados, principalmente, en cuál es la jurisdicción idónea para controlar los actos de la JCE: si la electoral, en sede del TSE, o, por el contrario, la administrativa, en sede del TSA.

Sobre esta discusión, las opiniones han sido polarizadas. De ahí que quienes consideran que el TSA es la jurisdicción competente sostienen argumentos como los siguientes: i) “la JCE es un órgano administrativo y, por ende, sus decisiones son actos administrativos que deben ser impugnados ante el órgano jurisdiccional que controla la administración pública, es decir, el TSA”; ii) “el artículo 216 de la Constitución sólo le otorga competencia al TSE para dirimir conflictos entre partidos políticos o a lo interno de estos”; iii) “no hay ninguna disposición legal que le otorgue tales competencias al TSE”, entre otros.

En contraposición a estas posturas, los que conciben al TSE como el órgano competente argumentan que: i) “si bien la JCE es un órgano administrativo, no menos cierto es que los actos que esta emite impactan un ámbito de derechos muy específicos, como son los políticos electorales”; ii) “partiendo del texto del artículo 216 constitucional podemos observar que las competencias del TSE no se limitan a dirimir conflictos entre partidos o a lo interno de éstos, sino que el término *contencioso electoral* le faculta para ejercer el control jurisdiccional respecto a las impugnaciones de todos aquellos actos que

impacten en el sistema o espectro político electoral”; iii) “que de conformidad con el artículo 56 de la Ley 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el TSA tiene impedido conocer sobre las cuestiones contencioso electorales”.[2]

Dentro de las líneas argumentativas de los precedentes dictados sobre el particular[3], no se evidencia ni el más mínimo abordaje conceptual de figuras que deben ser los instrumentos idóneos para arribar a una solución de este conflicto de competencias compatible en nuestro modelo de justicia electoral instaurado a partir de 2010; tampoco el legislador ni la doctrina vernácula se ha preocupado por su desarrollo, aspecto este que deberá ser incluido en una eventual modificación a la normativa electoral vigente. Me refiero específicamente a la *función electoral, acto electoral y contencioso electoral*.

II. Función de la Junta Central Electoral en el sistema constitucional dominicano

La finalidad principal de un órgano como la Junta Central Electoral en la dinámica estatal dominicana está circunscrita en organizar y dirigir las asambleas electorales para la celebración de elecciones y de mecanismos de participación popular establecidos por la Constitución y las leyes, así como tener bajo su responsabilidad el registro civil y la Cédula de Identidad y Electoral.[4]

De ahí que la gobernanza del proceso electoral descansa ante un órgano que, a través de la emisión de actos o resoluciones que pasan a formar parte integral del sistema electoral y de partidos, dispone todo lo necesario para que las asambleas electorales sean consumadas exitosamente.

Al hilo de lo anterior, es importante apuntar que luego de la entrada en vigor del texto constitucional de 2010 hubo una división de funciones en el sistema electoral local; fue creado el Tribunal Superior Electoral como jurisdicción especializada para juzgar “los asuntos *contencioso electorales* y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos”[5], atribuciones éstas que pertenecían a la Junta Central Electoral.

Así, el Estado dominicano pasa de un sistema de justicia electoral en el cual un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales (no especializado) juzgaba todo lo relativo a las impugnaciones de índole electoral, a un sistema de justicia electoral especializado, en el cual un órgano jurisdiccional independiente (sin atribuciones administrativas) y con autonomía constitucional, ejerce la protección de los derechos políticos electorales.[6]

Ahora bien, ¿Cuál es la *función* desde el punto de vista constitucional que desempeña la Junta Central Electoral?

Sería complicado satisfacer la interrogante planteada sin antes hacer algunas puntualizaciones respecto a la proliferación de los diferentes tipos de *funciones* que

desempeñan los órganos que componen el aparato estatal. De igual modo, reconozco que lo que será planteado a continuación dará apertura a intensas discusiones, sobre todo desde el punto de vista del derecho administrativo.

Así las cosas, como consecuencia directa de la teoría inmortal del barón de Montesquieu, esbozada en su obra *El espíritu de las leyes*, respecto a la división del poder estatal, algunos estados implementaron el método de “distribución de funciones” (que antes estaban monopolizadas en manos de una sola persona u órgano) entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas; es decir, que quien elabore las leyes no las aplique ni ejecute; que quien ejecute no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; que quien juzgue no las haga ni las pueda ejecutar. De esta manera, se materializan los presupuestos que componen la teoría de la *separación de funciones o poderes*.^[7]

En ese sentido, Xifra Heras plantea que el término *función* hace referencia al “enlace o puente entre el poder y el fin, el instrumento que lleva a cabo la integración del sistema con el fin político, el elemento de actuación del poder; poder único y soberano de la organización política que se manifiesta a través de las funciones”.^[8]

Asimismo, el jurista francés Carré de Malberg, subraya:

“*Las funciones del poder*^[9] son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora del Estado; dictar la ley, por ejemplo, es uno de los modos de ejercicio de la potestad estatal, o sea una función de poder. Los órganos del poder son los diversos personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder. El cuerpo legislativo, por ejemplo, es el órgano que desempeña la función legislativa del poder estatal”.^[10]

En este contexto, surge lo que Fernández Ruiz denomina como “funciones públicas primarias” —u ordinarias—, estas son: i) las legislativas, encomendadas al órgano legislativo (congreso, parlamento); ii) las administrativas, asignadas al órgano ejecutivo (presidente de la república, gabinete); y, iii) las judiciales, atribuidas al órgano judicial (juzgados, tribunales, cortes).^[11]

Sin embargo, es de rigor subrayar que la doctrina sabiamente ha podido advertir que ninguno de los órganos que desempeñan las funciones previamente enunciadas (legislativa, ejecutiva y judicial) se limitan a realizar estrictamente la singular función que le son otorgadas formalmente, es decir, aquellas asignadas por el ordenamiento jurídico, sino que estos también realizan funciones que, desde el punto de vista material, son ineludibles para el desempeño eficaz de su función principal (función formal).

Lo anterior supone que, desde el plano *funcional o material*, por ejemplo, los órganos responsables de ejercer la función jurisdiccional (a decir en el caso dominicano, la Suprema Corte de Justicia, Tribunal Superior Electoral o Tribunal Constitucional) desempeñan por igual *funciones materialmente administrativas*: en la remoción o nombramiento de uno de sus empleados, en la celebración de un comité de compras

para la contratación de algún servicio público; así como *funciones materialmente legislativas* en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, con la elaboración de alguna reglamento (el cual por sí mismo tiene un carácter normativo) que sea necesaria para el buen funcionamiento de su administración, etc.

Bajo esa lógica, Gordillo apunta que:

“[...] en sentido material, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas [elaboración de reglamentos] y jurisdiccionales [en el conocimiento de un recurso de reconsideración o jerárquico en contra de uno de sus actos]; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas [el nombramiento y remoción de uno de los empleados judiciales]; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas [las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras]. Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra inobjetablemente que no puede pretenderse hallar un criterio orgánico o material positivo y puro para conceptuar cada una de las funciones: es necesario buscar un criterio mixto, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás”.^[12]

En esa dirección, Jellinek sostiene, además, que una vez delimitada la función legislativa y la jurisdiccional, puede designarse como administrativa toda la restante actividad del Estado: toda función que no sea ni legislativa ni jurisdiccional, es administrativa.^[13]

No obstante, y en contraposición a la tesis sustentada por Jellinek, considero que tal cuestión sería válida en esquemas anteriores que han sido paulatinamente superados a través de los cambios producidos en la mayoría de sistemas constitucionales de la región, en los cuales todos los órganos del Estado se encontraban estrictamente inmersos en uno de los tres poderes clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial), pues con la creación constitucional de órganos autónomos e independientes (órganos extrapoderes)^[14] con roles y funciones específicas —en procura de combatir los males del *hiperpresidencialismo* y perfeccionar la teoría clásica de la separación de poderes— surgen entonces lo que Fernández Ruíz denomina “funciones emergentes” o “funciones secundarias”, entre ellas, la electoral.

Sobre el abordaje conceptual de *función electoral* encontramos en la doctrina dos teorías en conflicto. Por un lado, tenemos la del *sufragio como función electoral* y, en concordancia con ella, entender al electorado como un órgano del Estado que desempeña una función; por otro, aquella que considera el sufragio como un derecho y no como una función, de ahí que la *función electoral sea desplegada por un órgano estatal*.

Así, Hostos, quien comparte la teoría del sufragio como función electoral, señala:

“Ninguno de los tres llamados poderes que hasta hoy reconoce la ciencia constitucional, se pone en actitud de manifestarse o ejercerse, mientras no se realice un acto de la soberanía mediante el cual se elija y constituya el personal que ha de representar al soberano en el ejercicio de sus facultades legislativas, ejecutivas y judiciales. No pudiendo operar esos mal llamados poderes si antes no se ha designado a los individuos que han de ejercerlos por delegación, claro que es el acto de delegar y designar a los encargados de sus operaciones es anterior a ellos. Y que ese acto preliminar es acto de poder, manifestación de poder, *función de poder*[15], puesto que de él dimanar la legitimidad y posibilidad de las demás operaciones del poder social”. [16]

En similar orden de ideas, Pérez Corti señala que la *función electoral* hace referencia a “la potestad cumplida por el cuerpo electoral de un Estado o nación, con el objeto de otorgar o revisar mandatos electorales, así como también para participar en los procesos decisionales a cargos del gobierno”[17]. En resumidas cuentas, lo que nos pretende indicar este autor es que, al ser “el electorado” el titular de la voluntad popular desde el punto de vista jurídico, “es en quien se hace formal y teóricamente residir el denominado poder electoral”[18] y, por ende, la función electoral. Esta idea lo conduce a concluir que no es correcto asimilar la función electoral con nociones tales como de órgano o procedimientos electorales.

Sin embargo, al mismo tiempo reconoce que es imposible ignorar la necesidad de contar con un procedimiento y un órgano estatal que garantice la adecuada manifestación de la voluntad popular, es decir, que “el ejercicio de la función electoral depende de un proceso y de un organismo de base normativa a los fines de garantizar el debido proceso electoral por el que debe transitar la decisión popular[19]”, y que además “sin la intervención activa estas estructuras y procedimientos estatales, de carácter esencialmente instrumentales, la actuación de tal función [la electoral] no sería posible, no al menos con las garantías y certezas que impone la democracia contemporánea”. [20]

En contraposición a estas posturas, sustentadas en la *teoría del sufragio como función*, FAYT considera que el sufragio “consiste en el derecho político que tienen los miembros del pueblo del Estado de participar en el poder como electores y elegidos, es decir, el derecho de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del poder”. [21]

Por su parte, Bidart Campos apunta que el cuerpo electoral ni si quiera constituye una colectividad dotada de personalidad, sino que se limita a ser un conjunto de individuos con capacidad electoral activa, a quienes se le puede atribuir una actividad electoral al momento en que materializan su capacidad electoral (ya sea activa o pasiva), pero esto no puede entenderse como una *función estatal*. [22]

De igual modo, Biscaretti niega que el cuerpo electoral forme un órgano estatal por sí mismo, y que pesar de que la actividad electoral sea pública, no la concibe como función estatal, debido a que los electores no actúan en nombre del Estado, sino en el suyo propio. [23] En términos similares, Fernández Ruíz nos refiere que “la acción del

ciudadano consistente en votar en las elecciones para elegir a los ocupantes de ciertos cargos públicos implica el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, mas no del ejercicio de la *función pública electoral*, que debe encomendarse a un órgano del poder público”.[24]

En consecuencia, este autor nos sugiere una aproximación conceptual de *función pública electoral* –a la cual nos suscribimos– puntualizando que la misma “*atribución asignada a organismos u órganos del Estado*”[25], consistente en organizar y conducir el proceso electoral mediante el cual se designa a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos”. [26] Así, por ejemplo, la Constitución de Ecuador, la cual dedica el capítulo sexto a la “función electoral”, se suscribe a la teoría de la *función electoral a cargo de un órgano estatal*, señalando que:

“Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. *La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral* [...]”.

De lo anterior podemos perfectamente observar que la Constitución de Ecuador le atribuye la *función electoral* a sus órganos electorales para que sean estos quienes lleven a cabo el desarrollo del proceso electoral, estableciendo las garantías idóneas que permitan el ejercicio libre del sufragio, tanto en su vertiente activa (elegir), como pasiva (ser elegible).

En ese tenor, y luego de haber sentado las bases doctrinales respecto a la *función electoral*, debemos satisfacer la interrogante planteada más arriba enfatizando que la función que desempeña la Junta Central Electoral en el sistema constitucional vernáculo es la electoral, lo cual puede inferirse implícitamente del texto de los artículos 211[27] y 212[28] de la Constitución dominicana, los cuales desarrollan y delimitan su competencia fundamental en la dinámica estatal.

Por todo lo antes expuesto, resulta ostensible arribar a la conclusión de que la *función electoral* enfatiza en un conjunto de derechos fundamentales disimiles a aquellos que se involucran en la *función administrativa* que ejercen los demás órganos administrativos que forman el universo de la administración pública: los políticos electorales.

Es de rigor subrayar, además, que la Junta Central Electoral es un órgano constitucional autónomo o *extrapoder*, creado directamente por la Constitución y dotado de autonomía funcional, administrativa y financiera; así lo ha considerado nuestro máximo intérprete constitucional en la sentencia TC/0305/14, al considerar:

“...la competencia fundamental de la Junta Central Electoral es “organizar y dirigir las asambleas electorales para la celebración de elecciones y de mecanismos de participación popular”; que es el órgano superior del registro civil y la cédula de identidad y electoral y que, además, ha sido configurado como un órgano constitucional

autónomo o extrapoder, conforme a las siguientes características: a) se encuentra investido de independencia técnica, administrativa, financiera y presupuestaria; b) goza de personería jurídica propia; c) es un ente de carácter colegiado; d) posee iniciativa legislativa en materia electoral, y e) tiene capacidad reglamentaria en los asuntos de su competencia”.[29]

En esa misma línea de pensamientos, en la referida sentencia se establecieron las características que gozan los órganos constitucionales autónomos o *extrapoder*, las cuales que encasillan perfectamente en la Junta Central Electoral:

“Preciso es señalar que los órganos extrapoder son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes, los cuales surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno. En ese sentido:

A.Constituyen órganos fundamentales del Estado, pues están situados en el vértice de la organización política, en posición de relativa paridad e independencia respecto de los poderes públicos tradicionales;

B.Escapan a toda línea jerárquica y a los controles de vigilancia y tutela jurídica de la autoridad rectora de la Administración Pública;

C.Reciben directamente de la Constitución el estatus y competencias esenciales que definen su posición institucional en la estructura del Estado;

D.Concretan externamente las formas de gobierno y el Estado manifiesta a través de ellos su voluntad con la máxima eficacia formal; y

E.Los parámetros bajo los cuales ejercen sus funciones no pasan por los criterios inmediatos del momento, sino que, al ser órganos troncales o supremos, preservan el equilibrio institucional de la República y participan con los poderes tradicionales en la dirección política del Estado”.[30]

Luego de haber desarrollado la realidad que nos presenta la *función electoral*, y su marco de actuación a través de los órganos electorales, así como la naturaleza jurídica-constitucional de la Junta Central Electoral, estamos en condiciones entonces para arribar a una aproximación conceptual de *acto electoral*, las cuales están enlazadas intrínsecamente como veremos a continuación.

III. Teoría del acto electoral a la luz de la doctrina y la jurisprudencia

De entrada, debemos dejar por sentado que en el ordenamiento jurídico dominicano no existe ninguna disposición de carácter normativo que realice tan siquiera una ligera referencia al *acto electoral* como figura jurídica; por ello, acudiré directamente a la doctrina especializada en materia electoral, así como a los criterios jurisprudenciales de las jurisdicciones electorales de Iberoamérica, para así lograr sentar las bases de lo que podría ser una aproximación teórica del *acto electoral*. Además, es válido puntualizar que en otras jurisdicciones el *acto electoral* también ha sido denominado *acto administrativo electoral*, tal y como veremos más adelante.

Para Fernández Ruíz se trata de “una manifestación de voluntad realizada por un órgano o autoridad electoral *en el ejercicio de una función pública electoral*[31]”[32]. De ahí que la función que esté ejerciendo el órgano al momento de la elaboración del acto, así como su calidad —otorgada por el constituyente o por el legislador—, son presupuestos indispensables con los que debe contar todo acto que se considere “electoral” o “administrativo electoral”.

Bajo tales premisas, una propuesta conceptual del acto electoral podría ser toda declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función electoral por la administración electoral, que produce efectos jurídicos directos, individuales e inmediatos frente a terceros.[33]

Sobre la necesidad de la creación de efectos jurídicos como elemento indispensable para la concreción del acto electoral, el TSE en la sentencia TSE-637-2020 ha realizado importantes distinciones respecto a los actos preparatorios o de trámite (que no constituye en sí mismo un acto electoral) y los actos electorales, precisando:

“(…) que la acción realizada por una organización política reconocida tendente a la estructuración o articulación de una propuesta de candidaturas a cargos electivos constituye un *acto partidario preparatorio o de trámite* que en sí mismo no genera efectos jurídicos ni oponibilidad a terceros, ni es por ello susceptible de vulnerar derechos político-electorales. Y es que, en puridad, la propuesta de candidaturas, aisladamente considerada, tiene por única función sentar las bases sobre las cuales ha de concretarse el *acto electoral definitivo* a cargo del órgano de administración electoral correspondiente, que rechaza o admite la propuesta respectiva. De modo que es este último acto, esto es, la decisión de admisión o rechazo por parte del ente competente, el que tiende a generar efectos jurídicos y a incidir en los derechos y las situaciones jurídicas de los actores involucrados; consecuentemente, es el *acto electoral definitivo* y no el *acto preparatorio o de trámite*, el que es pasible de impugnación”. [34]

Asimismo, el Consejo de Estado de Colombia en su sentencia núm. 2014-00110 coloca de relieve algunas diferencias entre el acto administrativo y el acto electoral, precisando categóricamente lo siguiente:

“El acto electoral, entendido como la materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral, *tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, cuyo origen reside en el ejercicio de la función administrativa*[35]. Para explicar esta diferencia, se requiere inicialmente distinguir la función electoral de la administrativa. La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros”. [36]

Y continúa explicando:

“En ese sentido, si bien se puede entender que una es subespecie de la otra, *los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa, pues si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello pueden ser catalogados como idénticos. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido*[37] (...) y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de dicha función. (...) el acto electoral puede diferenciarse del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes aspectos: en cuanto al procedimiento para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad”. [38]

Por estas razones, al ser la Junta Central Electoral el órgano encargado de desempeñar la función electoral, sus manifestaciones, desplegadas a través la actividad electoral, constituyen actos electorales. Esto implica que el régimen de impugnación (control jurisdiccional) de estas actuaciones sea distinto de aquellas actividades que realizan los órganos administrativos, más aún en aquellos estados donde existe un modelo de justicia electoral especializado con un órgano jurisdiccional responsable de la tutela de los derechos políticos electorales, siendo estos la espina dorsal de los actos electorales.

IV. Sobre lo contencioso electoral

Al igual que los dos conceptos hasta ahora desarrollados, en la legislación electoral dominicana no existen precisiones conceptuales sobre lo *contencioso electoral*. Esto ha provocado que se tienda a considerar —en términos genéricos— como tal cualquier conflicto judicial que involucre, ya sea al órgano administrativo electoral, a una organización política o a algún ciudadano que participe en la obtención de un puesto de elección popular.

Lo anterior no está lejos de la realidad, pues, como la mayoría de los conceptos en derecho, el término *contencioso electoral* también goza de dos acepciones para su entendimiento. En sentido amplio —la cual es la más difundida por los operadores del sistema—, hace referencia a los diversos medios jurídicos-técnicos de impugnación o control de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien ante un órgano de naturaleza administrativa o jurisdiccional, para garantizar la regularidad de las elecciones y que éstas se ajusten a derecho, corrigiendo eventuales errores o infracciones a la normativa electoral.

Por otro lado, también existe una acepción de *contencioso electoral* más restringida, la cual está estrechamente vinculada con la noción de proceso[39]. Esta comprende exclusivamente los medios procesales de control de la regularidad de los actos y procedimientos electorales, esto es, el conjunto de controles o impugnaciones *estrictamente jurisdiccionales* frente a actos y procedimientos electorales.

Al hilo de lo antes planteado, la identificación de una teoría adecuada sobre lo *contencioso electoral* que sea compatible con la realidad que nos ofrece el ordenamiento electoral dominicano, no es una tarea ociosa. Esto así en virtud de que la relevancia jurídica que supone este ejercicio se encuentra enlazada intrínsecamente con la delimitación de las competencias constitucionales del Tribunal Superior Electoral (TSE).

De ahí que el artículo 214 de la Constitución establezca que el TSE “*es el órgano competente para juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso electorales*”^[40] y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos”. De esta disposición constitucional podemos observar que el TSE no solo es competente para resolver conflictos intrapartidarios o a lo interno de las organizaciones políticas, sino también para juzgar todo lo que se derive del concepto analizado en este apartado.

En ese sentido, otro aspecto que sin dudas también coloca de relieve la necesidad conceptual de lo *contencioso electoral* lo constituye el artículo 56 de la Ley 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de fecha nueve (9) de agosto de 1947, disposición esta que fue totalmente omitida por los precedentes del TC respecto al tema:

“Las cuestiones contencioso-electorales, de ajuste de cuentas oficiales y reclamaciones contra el Estado, de expropiación pública y de seguros sociales, deben ser conocidas por las jurisdicciones esenciales ya establecidas y no estarán bajo la competencia del Tribunal Superior Administrativo”.

Como podemos observar, la disposición transcrita es determinante en establecer que el Tribunal Superior Administrativo no es competente para conocer sobre los *asuntos contenciosos electorales*, sino que estos estarán a cargo de las jurisdicciones especiales ya existentes. De manera que esta norma (aún vigente) habilita al Tribunal Superior Electoral, como jurisdicción especializada, a juzgar todo lo que se derive de lo contencioso electoral que, como ya hemos planteado, abarca los diversos medios jurídicos-técnicos de impugnación o control de los actos y procedimientos electorales emitidos por el órgano administrativo electoral.

De ahí que, si asumimos la noción de contencioso arriba planteada, arribaremos a la conclusión de que es el TSE (y no el TSA) el órgano jurisdiccional competente para ejercer el control de los actos dictados por la JCE en sus funciones electorales que impacten el sistema electoral y, a su vez, sean susceptibles de vulnerar derechos políticos electorales. Pues, en razonamientos del TC, “la jurisdicción contencioso electoral es competente proteger de manera eficaz el derecho al sufragio, es decir, el derecho a elegir y ser elegible”.^[41]

Un aspecto interesante respecto a la discusión es que en el torneo electoral de 2020 la Junta Central Electoral dispuso mediante un acto electoral que las organizaciones políticas solo podían acreditar un solo delegado ante los colegios electorales, tomando

en cuenta el nivel presidencial. Sin embargo, resulta que no todas las organizaciones políticas llevan candidatos en el nivel presidencial, de manera el acto les impedía fiscalizar el proceso ante las mesas electorales de sus candidaturas[42]. Este acto fue impugnado ante el Tribunal Superior Electoral, y respecto a su competencia considero lo siguiente:

“La resolución cuestionada concierne a la organización de la jornada electoral, específicamente al procedimiento para la acreditación de los delegados de los partidos políticos ante los colegios electorales, de manera que se trata de un genuino acto electoral. En atención a lo expuesto, *resulta evidente que en la especie se trata de un asunto contencioso electoral, cuya competencia recae, por mandato constitucional, en este Tribunal Superior Electoral*[43]. En efecto, el impetrante ha sometido a consideración de esta Corte la impugnación de una resolución adoptada por la máxima autoridad en organización de los procesos electorales con el propósito de regular la acreditación de delegados ante los colegios electorales y las juntas electorales. De modo, pues, que *se está ante el combate a un genuino acto electoral, que despliega sus efectos sobre los partidos políticos y que se agota con la conclusión de la jornada electoral*.[44]

Del análisis de los razonamientos desarrollados por el TSE para retener la competencia en ese caso en particular, se puede colegir dos ideas fundamentales: i) considerar la actuación de la JCE sobre los delegados políticos como un acto electoral susceptible de vulnerar derechos políticos electorales; y ii) enmarcar la impugnación del referido acto como un conflicto contencioso electoral para poder declarar su competencia.

V. Consideraciones finales

Respecto a las posibles soluciones para resolver la problemática expuesta a lo largo de este trabajo, se ha considerado como la única vía para dejar la discusión zanjada realizar una reforma legislativa y otorgar, expresamente, la competencia al Tribunal Superior Electoral. Pues, pese al Tribunal Constitucional haber sostenido el criterio de que el órgano competente para ejercer el control jurisdiccional de las actuaciones administrativas de la Junta Central Electoral es el Tribunal Superior Administrativo, no cerró las puertas para que tal facultad pueda ser incluida por la vía legal.

Lo anterior queda evidenciado en las conclusiones arribadas por la jurisdicción constitucional en el ya citado precedente TC/0282/17, “las decisiones y actos que emite la Junta Central Electoral (JCE) en el procedimiento de reconocimiento de los partidos y organizaciones políticas, al ser de naturaleza administrativa, *y en ausencia de una atribución legal expresa*[45], no pueden ser impugnados ante el Tribunal Superior Electoral, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. Sobre esto también se ha argumentado que el acto que otorga o rechaza la personería jurídica a una organización política es distinto a cualquier otro que dicta la JCE, debido a que el mismo es de “naturaleza administrativa”, pero no, este tipo de acto no es diferente de aquel que rechaza o acepta una candidatura, ni de aquél que dispone el orden de la boleta electoral, ni mucho menos del que dispone la contribución económica, esto es así por dos razones principales: i) todos –sin excepción– son susceptibles de vulnerar derechos

políticos electorales, de ahí que no pueden estar exentos de control jurisdiccional; ii) los actos mencionados, en su integralidad, nacen como consecuencia del desempeño de la función electoral.

Sin embargo, no considero necesaria tal reforma para que esas competencias sean reconocidas al TSE como órgano jurisdiccional idóneo para ejercer el control de las actuaciones de la JCE en materia electoral. Esta afirmación la sostengo en base a las *competencias implícitas* que el mismo TC les ha reconocido a los órganos constitucionales autónomos o extrapoder (como lo es el TSE) y sobre los conceptos que hasta aquí se han desarrollado, veamos:

“Las competencias constitucionales que ha de tutelar el Tribunal Constitucional no pueden interpretarse en sentido restrictivo, sino que han de abarcar tanto las competencias fundamentales expresamente señaladas en las Constitución, como las competencias accesorias e instrumentales que implícitamente se deriven de aquellas”.[46]

“Por ello, la Constitución reconoce tres manifestaciones esenciales (funcional, administrativa y presupuestaria) de las que emergen implícitamente un conjunto de *competencias accesorias e instrumentales* indispensables para el desempeño eficaz de las *competencias fundamentales* atribuidas al órgano. Son *accesorias*, las competencias sustantivas implícitas ligadas indisolublemente a las competencias fundamentales; e *instrumentales*, las competencias que sirven de medio para el ejercicio de una competencia fundamental o accesoría atribuida al órgano en cuestión”.[47]

Entonces, de conformidad con lo planteado por el Tribunal Constitucional en el citado precedente, si se ha considerado que la jurisdicción contencioso electoral *es competente proteger de manera eficaz el derecho al sufragio*, es decir, el derecho a elegir y ser elegible[48], y a su vez, esta jurisdicción constituye uno de los órganos constitucionales autónomos o extrapoder creados por el constituyente de 2010, ¿La competencia del control jurisdiccional de las actuaciones de la JCE no se derivaría *implícitamente* de la misión principal del Tribunal Superior Electoral que es la protección del derecho a elegir y ser elegible? Considero que sí; la conclusión arribada por el Tribunal Constitucional dominicano sobre esta cuestión es insostenible jurídicamente, podría justificarse en esquemas estatales en los cuales no existen jurisdicciones contenciosas electorales, República Dominicana no es uno de ellos.

[1] Con relación a la atipicidad del conflicto de competencias en cuestión, el Tribunal Constitucional en el precedente TC/0287/17, estableció que: “...este tribunal constitucional advierte que el conflicto del que se encuentra apoderado no se aviene a los parámetros típicos del conflicto de competencia, en sus variantes positivo (cuando los órganos se disputan las mismas competencias) o negativo (cuando los órganos se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional), sino que la pretensión del accionante consiste en proteger sus competencias administrativas, establecidas por la Constitución, de la supuesta intromisión contralora de un órgano jurisdiccional que ella considera incompetente. Estamos así en presencia de lo que la doctrina y jurisprudencia comparada han bautizado como *conflicto competencial atípico*”.

[2] Estos aspectos serán abordados más adelante.

- [3] Véase, por todas: República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencias TC/0282/17, TC/0082/18 y TC/624/18.
- [4] República Dominicana. Constitución de la República, Gaceta Oficial no. 10805 del 10 de julio de 2015, artículo 212, párrafo II.
- [5] República Dominicana. Constitución de la República, Gaceta Oficial no. 10805 del 10 de julio de 2015, artículo 212.
- [6] J. Orozco, «Justicia electoral». Diccionario Electoral, ed. por Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, IIDH, 2017), pp. 611-631.
- [7] Gordillo plantea que no hay separación de poderes sino de funciones, debido a que el poder es uno solo. Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- [8] Heras, Xifras. «Consideraciones sobre la función política». Dialnet. Acceso el 13 de abril de 2021. <https://dialnet.unirioja.es/>
- [9] Cursivas nuestras.
- [10] Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- [11] Jorge Fernández Ruíz, *Tratado de Derecho electoral*, México, Porrúa, 2010, p. 511.
- [12] Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, p. 6.
- [13] Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, 1958, p. 497.
- [14] Para ampliar, consúltese las sentencias TC/305/14, TC/0001/15, TC/0282/16, TC/0082/18, dictadas por el Tribunal Constitucional dominicano.
- [15] Cursivas nuestras.
- [16] Eugenio María de Hostos, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Santo Domingo, ONAP, 1980, p. 235.
- [17] José Pérez Corti, «Democracia, elecciones y función electoral», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 278 (2020), p. 605.
- [18] *Ibidem*, p. 606.
- [19] *Ibidem*, p. 607.
- [20] *Ibidem*, p. 608.
- [21] Carlos Fayt, *Sufragio de la representación política*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, p.7.
- [22] Germán Bidart Campos, *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 143
- [23] Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 320.
- [24] Fernández Ruíz, *Tratado de derecho electoral*, p. 519.
- [25] Cursivas nuestras.
- [26] *Ibidem*, p. 519
- [27] Art. 211.- Las elecciones serán organizadas, dirigidas y supervisadas por la Junta Central Electoral y las juntas electorales bajo su dependencia, las cuales tienen la responsabilidad de garantizar la libertad, transparencia, equidad y objetividad de las elecciones
- [28] Art. 212.- La Junta Central Electoral es un órgano autónomo (...), cuya finalidad principal será organizar y dirigir las asambleas electorales para la celebración de elecciones de mecanismos de participación popular establecidos en la presente Constitución y las leyes.
- [29] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TSE/0305/14, de fecha 22 de diciembre de 2014, párrafo 11.4, p. 25.
- [30] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0305/14, de fecha 22 de diciembre de 2014, párrafo 11.5, p. 26.
- [31] Cursivas nuestras.
- [32] Fernández Ruíz, *Tratado de derecho electoral*, p. 509.
- [33] Fíjese que los elementos para la construcción conceptual planteada son similares a los dispuestos por el legislador en el artículo 8 de la Ley 107-13 sobre el acto administrativo, con la diferencia de que el acto electoral debe nacer del ejercicio de la función electoral y provenir del órgano que la ostente.
- [34] República Dominicana. Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-637-2020, de fecha 20 de mayo de 2020.
- [35] Cursivas nuestras.
- [36] Colombia. Consejo de Estado, sentencia núm. 2014-00110, de fecha 19 de marzo de 2015.
- [37] Cursivas nuestras.
- [38] *Ibidem*.
- [39] J. Orozco, «El contencioso electoral/La calificación electoral». *Derecho electoral latinoamericano: un enfoque comparativo*, ed. por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Ciudad de México, UNAM, 2019), pp. 1179-1363.
- [40] Subrayado añadido.
- [41] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0624/18, de fecha 10 de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

[42] El Tribunal Superior Electoral arribó a la conclusión de modificar el acto y disponer que las organizaciones políticas puedan acreditar un delegado ante las en cada uno de los colegios electorales adscritos a la demarcación de su candidatura, independientemente del nivel de elección.

[43] *Cursivas nuestras.*

[44] República Dominicana. Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-681-2020, de fecha 23 de junio de dos mil veinte (2020).

[45] *Cursivas nuestras.*

[46] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0305/14, de fecha 22 de diciembre de dos mil catorce (2014), párrafo 9.5.

[47] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0305/14, de fecha 22 de diciembre de dos mil catorce (2014), párrafo 11.8.

[48] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0624/18, de fecha 10 de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Algunas reflexiones sobre los juicios penales en los medios de comunicación y la reacción de los ciudadanos

*Luis Marte**

Muchos fiscales llevan procesos penales paralelos en los medios de comunicación para crear confusión en los ciudadanos. Lo más extraño de esto es que todo este torrente de críticas que hace el ministerio público es para tapar su propia falta, es decir, sorteando el marco de la moral y la ética, acusa a otros de sus fracasos. Soberana hipocresía. Debo excluir de este comentario a todo fiscal que de manera muy profesional y sin pretensiones mediáticas, de forma responsable y sin aspiraciones arribistas, hace su mejor trabajo, muchas veces opacado por otros, que, por el contrario, pretenden ganar los casos en los medios y no en el campo científico del derecho. A esos le adelanto una disculpa por utilizar el concepto genérico de “ministerio público” porque ellos también pertenecen a ese colectivo.

Pero de regreso al punto de reflexión ¿A quién hacen más daño esos fiscales que apelan en los medios de comunicación? La respuesta es clara para un simple razonador, es al sistema de justicia. Ese sistema no es un juez que emitió una u otra decisión, ese sistema es un orden. Si flaquea, si su credibilidad se desmorona, se debilita el sistema de defensa de la democracia al penetrar a su organismo, un virulento oportunismo, característico de aquellas enfermedades que aprovechan que las defensas del cuerpo se duermen para ganarle la batalla. Esos elementos virulentos en nuestra sociedad son aquellos grupos que no miden consecuencia para alcanzar sus fines; arriesgan mucho, porque nuestra primera condición es de humanos, la segunda de sujetos sociales, la tercera de padres de familia, la cuarta de abogados (condición esta que se extiende a la función ya sea de juez o fiscal). No podemos prescindir de la primera y difícilmente de la segunda, pero la condición de juez o fiscal es una vestimenta de la que podemos despojarnos con facilidad. ¿Qué debemos proteger más? La condición humana y la de sujetos sociales. En ese marco es sumamente importante la construcción o preservación de un Poder Judicial fuerte. Ninguno de nosotros, ni nuestros familiares estamos exento de un juicio, por eso la importancia, de velar por las conquistas que se han logrado en materia judicial, incluso, por encima de nuestro contexto particular (la permanencia o no en los cargos y hasta la permanencia en esta República o en la tierra)

Debe comprender el ministerio público que los jueces no son fiscales (no pueden investigar, ni completar las fallas de los expedientes que les llevan), debe comprender que los jueces no son diputados o senadores para modificar lo que dice la Constitución o el Código Procesal Penal. Muchas veces el juez quisiera tener más, aunque sea una prueba más o incluso (un solo dato extraído de una simple pregunta a un testigo) para condenar a la persona, porque si el derecho penal no sirve para evitar que un individuo que ha dañado un bien jurídico vuelva a dañar cualquier otro bien jurídico, entonces su única utilidad es satisfacer la egolatría estatal. Ante esto el MP debe entonces enfocar sus energías, no hacerle ver a la sociedad que el juez tiene la culpa, sino instrumentar buenos casos, realizar mejores investigaciones, auxiliarse de la ciencia, de la criminología y de la criminalística para demostrar su verdad ante los tribunales. Lo que

hace es un juego errático, primero porque el MP que sale a los medios a criticar las sentencias no se funda en una base lógica (nunca dice exactamente cuál es elemento extrajurídico que ha tomado en cuenta el juez para decidir, porque no lo está acusando de corrupto, no lo está acusando de haber recibido favores, no lo está acusando de parcialidad por alguna causa), entonces lo acusa de fallar en su contra por otra razón: Porque sus pretensiones no prosperan por falta de fundamento.

Lo que ha logrado hasta ahora el MP son aplausos y buenos niveles de aceptación en la sociedad, fuera de ahí, ningún efecto para disminuir la violencia. Vanidad de vanidades dice Eclesiastés, eso se va apagando, incluso, aunque lleguen a la cúspide y algún partido los quiera proponer como candidato, se darán cuenta al final cual es la estructura social que tenemos, que si bien puede y debe cambiar y debemos todos hacer un aporte para ese fin, su discurso no logrará ese objetivo, esto, si el propósito no va más allá de su narcisismo.

La política criminal ha fracasado estruendosamente, esa institución debe entonces revisar su filosofía y estamos conscientes que esto debe venir del Estado, de los gobernantes, ya que la mayoría de los fiscales trabajan sin las herramientas suficientes, incluso hay algunos que no están bien preparados en la ciencia del derecho penal y en la técnica del derecho procesal, pero el medio empleado no es el idóneo. El derecho objetivo y subjetivo del Estado debe ser revisado.

Resulta pertinente reforzar los demás medios de prevención del delito, las instancias sociales, como la familia, las escuelas, las asociaciones, etc. Recuperar aquellos valores que se han abandonado. La facultad de aplicar la ley tiene el requisito imprescindible de que quien la aplica debe estar blindado, investido de una autoridad moral y ética incuestionable. Esto le permitiría cubrirse de la credibilidad suficiente para ser obedecido, pero, es urgente revisar también el comportamiento empresarial e institucional para desentrañar de la sociedad las prácticas deshonestas.

La sociedad frente a los jueces

Los últimos 20 años han sido de gran avance para la justicia dominicana. No es el Consejo Nacional de la Magistratura que nombra a los jueces de paz, de primera instancia y de cortes, tampoco son los senadores. Esto último era así antes de 1994, para entonces, los jueces tenían que decidir pensando en la voluntad de los senadores y si lo resumimos, diremos que no había una justicia independiente. Pero en esas dos décadas (parece que una parte importante de la sociedad no se ha dado cuenta, quizás porque no lee, no razona o no se involucra en esos menesteres) el cambio ha sido radical. Me tocó ir a la Escuela Nacional de la Judicatura dos veces y debo decir que su programa está orientado a formar jueces probos e independientes, inclinados a cumplir con los deberes morales y éticos en la función. Esto ha dado resultado, tenemos jueces responsables, valientes, constitucionalistas, humanos, íntegros, honestos. Aseguro que, ni a mí, ni a mis compañeros jueces (con los que he compartido en los tribunales) ningún superior, óigase bien, ningún superior nos ha hecho comentario alguno sobre un caso que hayamos conocido; las decisiones que hemos tomado han sido fruto de la

consulta al derecho (la Constitución, la Ley, los Tratados y los principios). Tenemos una justicia independiente.

Sin embargo, la mayor parte de la sociedad se ha mantenido con el discurso de la corrupción, de la desconfianza hacia los juzgadores, claro, basado en un prejuicio anclado en una mentalidad pasada y fundado en informaciones tergiversadas de la función judicial y su relación estricta con el orden jurídico. La queja de muchos ciudadanos parece ser una forma de mostrar los presuntos errores o faltas de otros para ocultar las propias.

Voy a menudo a los supermercados y he podido palpar que una parte importante de sus propietarios no son honestos cuando fijan los precios de sus productos, voy a los mercados y he visto que muchos de los mercaderes buscan engañarte con sus precios y sus balanzas, puedo asegurar que te venden productos bajo la garantía de una calidad que no tienen), tengo constancia de que las empresas bancarias, las telefónicas y las eléctricas te estafan. Está claro que muchos motoconchos le pone el precio que quiere a su servicio, como lo hacen algunos vendedores de guineos o aguacates en la calle y no estoy seguro que los vendan al precio justo. He comprobado en muchos casos que no lo hacen. Está claro que las tiendas de tejidos te venden mercancía falsificada (con el sello de marcas de renombre), presumen que tú lo sabes por el precio que tiene y no lo dicen en la etiqueta. Todo esto es deshonestidad, pero una parte importante de los ciudadanos prefieren apuntar a otros, no ver la viga en su ojo, sino la paja en el ojo ajeno. Aunque en su labor los jueces tienen la vista bastante clara porque aplican rigurosamente el contenido de orden jurídico vigente, paradójicamente se le atribuyen “faltas” por cumplir con lo que dice la ley.

El ataque a la ley también es cuestionable porque si los ciudadanos no están conforme con las leyes que tenemos, deben revisar a quienes están seleccionando para que los represente en el congreso, porque, se presume que ellos (senadores y diputados) están en sintonía con la ciudadanía en lo concerniente a lo que esta necesita para vivir mejor. Llama a reflexión que ya instituciones como la Policía Nacional y la DIGESET hayan perdido tanta autoridad que reciben agresiones a menudo de ciudadanos, esto puede considerarse como una confrontación con la ley, aunque, evidentemente, es contra “la duda de que se esté aplicando justamente”. En esto hay escasa diferencia con los jueces, exceptuando aquella de que los juzgadores no siempre salen identificados a la calle a ejecutar las sentencias, es decir, con las togas y birretes puestos, pero a partir de eso, no se puede dudar que llegado el día en que sean identificados también serán atacados físicamente.

La ciudadanía se encuentra en una “bruma” terrible, comenzando por su poca inclinación a la lectura y su mucha inclinación a la opinión. Pero una ciudadanía confundida se abalanza irritada sobre lo que cree le está dañando con base en una falsa percepción. No se puede pedir a los ciudadanos que vayan a los tribunales para ver lo que está pasando en ellos; no lo harán porque su interés no sobrepasa la frontera del morbo, el chisme es un alimento para las almas vacías. En cambio, los jueces pueden ir al barrio (a través de las organizaciones barriales y a las escuelas) para concienciar un

poco a las nuevas generaciones sobre el “Derecho” explicando las leyes y las funciones de los servidores del sistema judicial dominicano. Esto para el bien de la misma sociedad, porque nuestra preocupación como jueces (a mi modo de ver) debe trascender la función aun cuando decidamos en cualquier momento dejar lo que estamos haciendo; esto porque no perderemos la condición de ciudadanos, individuos miembros de esta sociedad empeñados en un mejor país.

El contacto con los ciudadanos podría sacarlos un poco de su confusión, por ejemplo, se oye a la gente decir a menudo que los jueces “sueltan a un político rico y dejan preso a un pobre que se robó un salami”. Recuerdo que lo del salami fue un caso real resaltado por un medio de comunicación hace muchos años y la gente lo ha mantenido vivo en su memoria para hacer comparaciones que, sin lugar a ninguna duda carecen del más mínimo fundamento en este tiempo. Estos días el tema mediatizado son 5 o 6 casos que han sido “juzgados en los medios de comunicación” y con ellos le ha sido suficiente a muchos ciudadanos para sostener la creencia anterior, es decir, que se ha dejado en libertad a estos y se mantiene preso a un “pobre”, claro que se trata de una falacia suprema. Bastaría para un ciudadano pensante, observar que están opinando sobre 5 o 6 casos mediáticos, sin analizar los restantes miles de casos que se han conocido en los tribunales de la República y en los cuales miles de ciudadanos pobres al igual que esos “políticos ricos” han salido en libertad en ese tiempo, pero no han tenido publicidad.

Influencia de los medios de comunicación

Ningún medio de comunicación tiene que estar alineado a poder alguno del Estado, esto significa que, en el manejo de las informaciones de los tribunales, no tienen que ser complacientes con ninguna de las partes, publicando las cosas que satisfacen a jueces, fiscales o cualquier otra parte. Su rol descansa en la objetividad. Esto no ocurre así. Hace casi una centuria, los poderes facticos se adueñaron del espectro comunicacional del mundo para convencer a la mayor cantidad de seres humanos de su verdad. Esa “verdad” se orienta a modelar estilos de vida de las personas y estas caen “indefensas” en una telaraña desinformativa que condiciona su visión de la realidad.

El efecto mediático ha sido objeto de estudio desde finales del siglo XIX con el análisis de la influencia que tiene el mensaje en los individuos. Las siguientes líneas recogen, grosso modo, el pensamiento clásico sobre el tema.

“Los sentimientos y las ideas de todas las personas aglomeradas adquieren la misma dirección y su personalidad consciente se desvanece. La desaparición de la personalidad consciente y la orientación de los sentimientos y los pensamientos en una dirección definida – que son las características primarias de una masa a punto de volverse organizada – no siempre involucran la presencia de un número de individuos en un sitio determinado”. (Le Bon, 1895, pág. 23)

“La peculiaridad más sobresaliente que presenta una masa psicológica es la siguiente: sean quienes fueren los individuos que la componen, más allá de semejanzas o diferencias en los modos de vida, las ocupaciones, los caracteres o la inteligencia de

estos individuos, el hecho de que han sido transformados en una masa los pone en posesión de una especie de mente colectiva que los hace sentir, pensar y actuar de una manera bastante distinta de la que cada individuo sentiría, pensaría y actuaría si estuviese aislado. (Le Bon, 1895, pág. 23)

“Cada miembro del público de masas es personal y directamente atacado por el mensaje y al hacer referencia a la teoría hipodérmica concluye cada individuo es un átomo aislado que reacciona por separado a las órdenes y a las sugerencias de los medios de comunicación de masas monopolizados. Si los mensajes de la propaganda consiguen llegar a los individuos de la masa, la persuasión puede ser fácilmente inoculada, es decir, si se da en el blanco se obtiene el éxito preestablecido”. (Wolf (1987), citando a Wright (1975), pág. 23).

Maletzke (1992) asegura que “por una parte, la clase de vivencia depende de la estructura de personalidad como también de las condiciones momentáneas del preceptor, por otra, se transforman los patrones de percepción, de tanta multiplicidad de facetas y complejidades, que individuos diferentes recojan, interpreten y evalúen aspectos completamente diferentes”. (pág. 76)

Según McQuail (1983) a los medios de comunicación “se les atribuía considerable poder de moldear la opinión y las convicciones, cambiar hábitos de vida, moldear activamente la conducta, de conformidad con los deseos de quienes podían controlar los mass” (pág. 495)

Chomsky (1990) señala que “hacer uso del aspecto emocional es una técnica clásica para causar un corto circuito en el análisis racional y finalmente en el sentido crítico de los individuos. Por otra parte, la utilización del registro emocional permite abrir la puerta de acceso al inconsciente para implantar o injertar ideas, deseos, miedos y temores, compulsiones o inducir comportamientos”. (pág. 2)

Para Sartori (1998) “no hay duda de que los noticiarios de la televisión ofrecen al espectador la sensación de que lo que ve es verdad, que los hechos vistos por él suceden tal y como los ve, sin embargo, no es así. La televisión puede mentir y falsear la verdad, exactamente igual que cualquier otro instrumento de comunicación. La diferencia es-continúa- que la fuerza de veracidad inherente a la imagen hace la mentira más eficaz y por tanto, más peligrosa. (1998, págs. 98-99)

Según lo planteado por Le Bon (1895), el mensaje puede generar una confusión que unifique el sentimiento generalizado por lo que advierte: Nuestra razón nos muestra la incoherencia que hay entre esas imágenes, pero una masa es casi ciega para esta verdad y confunde el hecho real con la distorsión que su imaginación le ha sobreimpreso y apenas percibe la diferencia entre lo subjetivo y lo objetivo. (pág. 39)

Según lo plantea el sociólogo Bordieu (1996) para la televisión “el principio de selección consiste en la búsqueda de lo sensacional, lo espectacular. Incita a la dramatización, escenifica imágenes de un acontecimiento y exagera su importancia, su gravedad” (pág.

25), mientras de acuerdo con Luhmann (1996), “quizás el resultado más importante de estas consideraciones es que los medios de masas constituyen realidad, pero no realidad que obligue al consenso. Los medios permiten, sin prueba consistente, la ilusión de una realidad accesible al conocimiento” (pág. 132).

El objetivo oculto de los medios ha sido estudiado y cuestionado por mucho tiempo. Por ejemplo, Marcuse (1954) se pregunta “¿Se puede realmente diferenciar entre los medios de comunicación de masas como instrumento de información y diversión, y como medios de manipulación y adoctrinamiento?” (pág. 38).

Justicia y medios

Sobre el tratamiento de los procesos en los medios de comunicación, numerosos autores han insistido en que este fenómeno se ha convertido en una especie de justicia mediática y es “una nueva forma de administrar justicia mediante un juicio paralelo, en el que se da una arbitraria elección de una noticia y su criminalización, así como la sustitución del sistema estatal de justicia y de los procedimientos legales establecidos” (Álvarez, 2016, pág. 80).

Los medios “crean la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separados del resto de la sociedad, por ser un conjunto diferentes y malos” (Zaffaroni, 2012, pág. 182).

“Se comprobó la gran capacidad que tienen los medios para formar opinión sobre los hechos sometidos a juicio y la debilidad de los medios de que disponen los tribunales para demostrar su verdad jurídica, sobre todo cuando esta no es igual o parecida a la pregonada por dichos medios. (Bacigalupo pág. s/n)

La UNESCO advierte que la presión mediática sobre la justicia ha tenido en algunos casos, impactos altamente negativos en la independencia” y agrega “un signo del desajuste entre las acciones del Poder Judicial y la percepción de la opinión pública sobre estas, es la emergencia de una suerte de “juicios paralelos” llevados a cabo por la prensa y la sociedad civil, particularmente en los casos de mayor notoriedad pública. La ciudadanía construirá sus opiniones a partir de los elementos a su alcance, provistos por la prensa. Se ponen en juego dos lógicas contrapuestas, por un lado, la lógica judicial y por otro la lógica mediática. (UNESCO, 2017, pág. 15)

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la sentencia No. 22714/93 Worm vs. Androchs, 1997, pág. 3) al referirse al efecto de las opiniones emitidas por un medio sobre un caso juzgado dijo que “la condena de que se trata no tenía por objeto restringir el derecho del demandante a informar con objetividad sobre el juicio de un personaje público, sino que criticaba la manera negativa en que el artículo analizó un medio de prueba presentado durante la vista. El demandante expresó claramente su opinión sobre la culpabilidad del acusado y teniendo en cuenta el artículo en su conjunto, como lo ha hecho el tribunal de apelación, no puede afirmarse que el mismo no pudiera

justificar la conclusión deducida relativa a la posibilidad de influir en el resultado del juicio.”

De conformidad con el estándar fijado por la jurisprudencia interamericana y acogido por la Corte Constitucional -estándar de test tripartito-, para controlar la legitimidad de la restricción a la libertad de expresión es necesario acreditar que la correspondiente limitación i) está definida en forma previa, precisa y clara por una ley en sentido formal y material; ii) está orientada a lograr un objetivo imperioso autorizado por la Convención Americana; y iii) es necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. (Caso Luis A. Ramos vs. Ignacio Gómez, 2019, pág. 105)

Mientras para el Constitucional de Colombia “es claro que “no todo vale” en la búsqueda de las noticias, y por ello es oportuno recordar los riesgos que puede conllevar la actuación de los medios de comunicación en asuntos que, si bien son de interés general merecen por esa misma razón un tratamiento cuidadoso, dedicado, prudente y sobre todo animado también en los altos intereses de la justicia, pues, es evidente el riesgo que para la independencia judicial comporta la filtración sin tamices y ponderaciones, de cualquiera información. En definitiva, las anteriores consideraciones permiten concluir que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso.” (Caso Luis A. Ramos vs. Ignacio Gómez, 2019, pág. 106).

Bacigalupo señala que “Cuando de lo que se trata es de un proceso judicial dotado de una sensible cuota de densidad política o social, se modifica la naturaleza del interés mediático. El medio actúa como sujeto externo, interesado en la captación de la noticia para difundirla, con lo que se convierte en una suerte de atípica parte procesal y en algunos casos en juez virtual. Se trata de un problema universal que no solo afecta a jurados legos, pues también los jueces profesionales son personas que carecen de protección efectiva en su ámbito de actuación, ya que no pueden vivir aislados del clima social que los rodea. Los jueces que deciden casos en sentencias que contradicen lo que ha sido prejuzgado por esos medios, serán fuertemente criticados”. (Bacigalupo, Sánchez, & Echando, 2016, pág. s/n)”

Indica que “se comprobó la enorme capacidad de los medios de comunicación para formar opinión respecto de los hechos sometidos al juicio de un tribunal y la debilidad, de hecho, de los instrumentos de que disponen los tribunales para establecer en la sociedad una verdad jurídica aceptable como definitiva, sobre todo cuando su decisión no coincide con la de los medios de comunicación. Por ello, la opinión pública, formada frecuentemente por los medios de comunicación, apelando a los temores de la población o a otras reacciones emocionales, pueden chocar con la de los tribunales en lo relevante a las pruebas del proceso e inclusive con las conclusiones de las sentencias basadas en las valoraciones de orden jurídico”. (Bacigalupo E., 2005, pág. s/n.

“El resultado puede ser en estos casos un debilitamiento de la autoridad del Poder Judicial como consecuencia de una estrategia de erosión en la que los tribunales son

criticados sin poder participar en el debate público. Esta discrepancia suele ser explicada en los medios periodísticos recurriendo al argumento de la incapacidad de los tribunales para comprender la realidad. Sería equivocado creer que el problema solo se presenta en los conflictos entre un proceso rigurosamente ajustado a la ley y las finalidades políticas de una determinada campaña de prensa”. (Bacigalupo, 2005, pág. s/n)

Desde el punto de vista de Ferrajoli “no puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político -del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública- puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. (Derecho y Razón, 1989, pág. 544). En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa”. (Ferrajoli, 1989, pág. 544)

Da la impresión de que una parte significativa de los ciudadanos y ciudadanas están completamente desconectados del ordenamiento jurídico, que no conocen lo básico de nuestras leyes y carecen de falta de lucidez sobre nuestro orden, extraviados a tal grado que incurren en propuestas y protestas fuera de tono y matizadas con exclusividad por lo emocional.

Los medios de comunicación crean expectativas fundadas en un paralelismo punitivo que solo contribuye a exacerbar a los ciudadanos, creando falsas esperanzas de un castigo inexistente en la norma penal. Esto se debe a que tienen sus proyectos y agenda y solo la existencia de una institucionalidad reforzada desprovista del agrietamiento que le caracteriza puede conducir a un respeto irrestricto.

El inmediatismo noticioso es fruto de la competencia de los medios que mantienen una lucha titánica por llevar primero el dato y superar a sus rivales en niveles de audiencia y en este quehacer desenfrenado solo se enfoca en dicho objetivo provocando efectos demoledores para las garantías. Este comportamiento cuenta con la base cultural del cualquierismo (cualquiera crea un medio y cualquiera es periodista). Esto parte de los niveles de permisividad institucional y estatal, sumado al hecho de que una importante cantidad de ciudadanos/as desconocen las vías para exigir respeto a las reglas de la publicidad de imagen y contenido y no las utiliza o cuando es así, suele no prosperar. Esto ofrece a todo el que incursiona en un medio libremente, el uso de imágenes y datos de personas y familias, la oportunidad de jugar con la “libertad de expresión y difusión del pensamiento.”

Según nuestro ordenamiento procesal penal, el procedimiento preparatorio no es público para los terceros. Las actuaciones solo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo

adquieran conocimiento de las actuaciones cumplidas, tienen la obligación de guardar discreción. 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.

Pero los hechos criminales que provocan tragedia humana son la noticia más relevante para la mayoría de los medios de comunicación, porque el sensacionalismo es la forma de despertar mayor interés en el receptor, con el objetivo de colocarse en los primeros lugares en el ranking de ventas, lo que redundará en favor de su crecimiento.

Esto último, debido a que las grandes empresas colocan sus productos donde puedan llegar a más personas. Es así que los medios, más que una vía para el ejercicio puro de la libertad de expresión y difusión del pensamiento, son grandes emporios que invierten mucho dinero, y están obligados a mantener altos niveles de audiencia para lograr buenos resultados en sus inversiones, de manera, que identifican los temas informativos más sensibles para llevarlos al público, que en gran medida está compuesto de personas con un patrón cultural inclinado a extraer conclusiones a priori.

Las empresas de comunicación han sido denominadas cuarto poder porque tienen la capacidad junto a los demás poderes nominados de influir decididamente en la vida política, social y económica de los pueblos en base a la administración de grandes cantidades de información. El mensaje que emiten, llega a las masas en muchísimo menos tiempo en que pudiera llegar un avión o cualquier otro medio de transporte de mensajería, pero además de esta rapidez, el mensaje tiene un gran poder de influir en las personas y causa una reacción inmediata en el individuo. El mensaje activa determinados sentimientos en las personas, entre ellos el enojo y estas actúan en esa dirección. Al no tener a su alcance la situación que ha generado su ira, que puede derivar en indignación, el lenguaje es la forma natural para drenarla y la vía que elige es el medio que esté a su alcance. Resulta, sin embargo, que puede disponer de una información sesgada, dirigida a un objetivo específico, pero distinto a los principios éticos que deben amparar el ejercicio periodístico.

Según Aidan (2017) director de la Red de Periodismo Ético, el periodismo de información ha descendido de forma espectacular en los últimos 15 años debido a la transformación en los modos de comunicación de la gente. (pág. s/n) Los medios de comunicación no han desaprovechado las oportunidades para la explotación intensiva de las ofertas tecnológicas y han hecho uso de todos los software y hardware posibles para canalizar su información; cada APP es un medio distinto y tiene su forma para llevar el dato a la población. Frente a este entramado tecnológico y comunicacional, ya la información, además de ser producto indispensable para el individuo también es un arma de poder para dirigir voluntades mediante el discurso mediático. Aunque también contribuyen para efectivizar los derechos a la libre expresión y difusión del pensamiento y de información, claro, con la consecuente pérdida de objetividad y veracidad que el desmedido afán por la preminencia pueda causar. Las fuentes de

información por excelencia son las instituciones públicas, porque son las que mayor cantidad de noticias y declaraciones producen, con hechos y actos. Además, es el sector más vigilado porque administra el tesoro público. Esto, combinado con lo atractivo que resultan los hechos criminales, incluyendo la corrupción y los de sangre porque tocan la sensibilidad humana, se convierte en un motivo extra para atraer la atención del anhelado oyente, lector o televidente.

Evidentemente que en esa vorágine está el Poder Judicial y muy especialmente, los tribunales de derecho penal porque son los que juzgan los hechos anteriormente indicados. El proceso, tal como lo indica el concepto, es una secuencia de actuaciones en la que intervienen distintas partes, incluso diferentes tribunales, pero cuando la mente de los individuos ha sido moldeada por una información que genera indignación, si la sociedad a la que pertenecen tiene una educación general limitada, se nubla su comprensión. Este aspecto, mezclado con la desconfianza en sus instituciones (tenga o no fundamento), desata una serie de reacciones, entre las que están: la demanda de justicia rápido, el cuestionamiento del proceso, de los jueces y del Poder Judicial completo.

La mayoría de los medios de comunicación suele dirigir sus grabadores y cámaras en la dirección que favorezca más sus propósitos, así que canalizan todas estas circunstancias para llevarla a la sociedad y en la mayoría de los casos son vistos como defensores de los mejores intereses del país. En esta turbulencia, el debido proceso es vulnerado, desde presentar a una persona al momento de ser detenida, su confesión, la opinión de quienes van a intervenir en el proceso en cualquier calidad (acusador público y privado, testigos, víctimas, etc.). Pero, se ha entendido que la libertad de expresión y difusión del pensamiento no tiene una línea que la delimita de otros derechos, incluyendo la presunción de inocencia y el derecho de ser juzgado por un juez independiente e imparcial. En el escenario descrito anteriormente se realizan muchos juicios, concitando la permanente atención de la ciudadanía. Los medios de comunicación y las redes sociales llevan cada detalle del hecho a todos los rincones del país y es la única forma en que la gente se entera de todo, especialmente, por la televisión, ya que la radio no lleva imágenes y el periódico tiene menos alcance, pero además no presenta los hechos con tal crudeza. La televisión tiene ese poder de lograr un juicio en cada receptor. Quienes están presentes en el lugar del hecho tratan de tomar venganza contra los autores de los hechos delictivos, mientras las redes y los medios se convierten en canales de flujo constante de la indignación.

Si a esos ciudadanos le entregasen a los presuntos culpables para que los quemaran en la hoguera o los apedreen hasta morir, como ocurría en los tiempos antiguos, allí termina la ira, pero se disuelve el contrato que la sociedad ha convenido para que los conflictos sean dilucidados por un árbitro imparcial y estaríamos de vuelta a los oscuros períodos de la humanidad. Al no tener ese derecho, los ciudadanos enfocan su atención a quienes si tienen el poder concedido por la Constitución y las leyes para decidir qué hacer con ellos. De ese modo, el incontenible deseo de matar con sus propias manos a los acusados, se extiende a los jueces, a quienes atacaron sin piedad, desde sus aspectos físicos hasta su honestidad. Utilizan la insensata forma de poner a los jueces en el lugar

de la familia de las víctimas de los hechos de sangre, amparados en la profunda ignorancia y con una nublada cordura que no le permite diferenciar las cosas. Lo interesante de todo este escenario es que nadie está libre de pecado. Que todos, algunas veces hemos cometido errores, algunos que solo son pecados, no delitos. Pero cuando son delitos, quisiéramos encontrar una justicia que haga su función según el dictado de la Constitución y las leyes, donde dice la forma en que debemos ser juzgados, lo que incluye el hecho, de que el juez no sea atosigado, prejuzgado, cuestionado y maltratado verbalmente por emociones incontroladas y carentes de raciocinio.

Para mucha gente, lo que nos une como sociedad, lo que mantiene el orden, aquello que de algún modo nos permite tener moderada certidumbre sobre nuestra cotidianidad social, familiar y profesional hay que evadirlo en algunos casos. Se puede crear el caos para saciar la sed de venganza cuando la desgracia no es nuestra, porque si nos ha tocado el lado de la desdicha, es criticable la arbitrariedad. Resulta, sin embargo, que hemos convenido formar parte de un grupo que se rige por principios y normas, que deberán aplicarse de forma general y solo con las excepciones que la misma regla contiene. Esta revolución tiene por base el ejercicio irreflexivo de muchos medios de comunicación y ciudadanos que defienden a cabalidad el derecho contenido en los primeros numerales del artículo 49 de la Constitución, pero se detienen antes de leer el párrafo del mismo artículo, que advierte: “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 (...)”

El sometimiento del proceso penal a la discusión fuera de las salas de audiencias, las opiniones sin límites de todas las partes a través de los medios de comunicación, se convierte en una especie de juicio donde se valora la conducta de las personas involucradas, se pronostican sanciones y se hacen advertencias al sistema de justicia.

El Juez es un ser humano, con sentimientos, condiciones personales, sociales, familiares y laborales como todos. Es una persona que escucha noticias, ve la televisión, lee periódicos y en general, usa las redes. Como bien lo señala Andruet (2012) “los jueces siendo integrantes de la sociedad, aun cuando pueden llegar a ser, agentes de cambio, tampoco están exentos de la influencia que los medios realizan” (pág. 20). Desde esta óptica, la realización de juicios en los medios de comunicación llega a él, como a cualquier integrante de la sociedad y este reacciona de manera muy parecida, aun cuando interponga su profesionalismo y su ética. Cuando los hechos objeto de amplia publicidad son procesados en el tribunal que preside, se confronta con una especial circunstancia. Se puede decir que “no es un caso cualquiera” porque está bajo la vigilancia de los medios y de los ciudadanos.

Al Juez no solo le preocupa la mordaz crítica por la decisión que asuma, también el cuestionamiento de su propia conciencia en aquellos casos dramatizados, presentados con crudeza por los medios de comunicación y que han conmocionado al colectivo. La sociedad entiende que el flujo de información que se mueve a través de los medios es prueba contundente y legal para aplicar las sanciones a los acusados y que incluso se puede prescindir de procedimientos, algunos hasta sugieren la sumaria y la pena

capital. El mantenimiento de las garantías del proceso y, sobre todo, la conservación de la independencia del juez, encuentra escollos en este prejujuamiento de los casos porque se ha condicionado la causa, y a priori, se ha puesto a prueba la seriedad del juzgador que, además, debe lidiar con su interior que ya ha conocido todos los detalles por los medios de comunicación. No obstante, esto, los jueces se han erigido en garantistas del ordenamiento contra toda horda de aseverativa irreverencia y eso enuncia la fortaleza en las convicciones los hombres y mujeres que emiten sentencias en nuestro país.

El limitado auditorio de las sentencias

Las sentencias y resoluciones tienen un limitadísimo auditorio compuesto por los abogados, académicos y estudiantes, y casualmente, alguno que otro ciudadano. Ni siquiera las partes en un proceso suelen leer una sentencia. Los medios de comunicación leen y citan la parte útil para estructurar su noticia no siempre información. Esto coloca al ente emisor Juez o tribunal en una gran desventaja porque su razonamiento no es conocido por el ciudadano que ya ha preconcebido un fallo, por tanto, “su verdad” es invariable y su percepción sobre el Juez y sistema de justicia será aquella que los medios le han construido.

Lo anterior se fortalece en un complicado medio como la sociedad dominicana donde un elevado % de personas no lee y un alto porcentaje no logra interpretar lo leído (informe PISA 2018). Esto significa que los niveles de comprensión son bajos y en consecuencia se asumen conclusiones dadas por los medios. No siempre o casi nunca la filosofía de los medios sigue los caminos de la mayoría de la población y, por tanto, el propósito de informar, educar y entretener al que hacía alusión Harold Laswell no tiene relevancia en la mayoría de los casos.

Conforme lo indica Lehmann (2020), el mensaje de las sentencias queda en manos de “intermediarios y traductores con intereses, agendas y objetivos diferentes, y no pocas veces opuestos a los de quienes serán explicados, traducidos e interpretados” (pág. 4). En el mismo informe el relator señala que regularmente, los datos con los que construimos lo verosímil no pertenecen a los hechos y sus personajes (de quienes no se sabe nada), ni a la investigación y continúa: Pertenecen a nuestros esquemas cognitivos, a los mapas mentales con los que simplificamos la realidad y la decodificamos. Esos esquemas y esos mapas, en el extremo, son nuestros prejuicios. Podemos formar opiniones sin el esfuerzo de construir nuevos datos, ni siquiera de recabar los existentes, alcanza con que lo que lo percibido sea consistente con lo que pensamos que sabemos del tema. (pág. 15)

Si no nos impacta una versión disonante lo suficientemente fuerte como para poner en crisis lo que pensamos, esos esquemas alcanzan para formar nuestra realidad. Y con esa versión, con lo decidido en el tribunal del juicio paralelo, evaluamos la respuesta judicial. Si es consistente con eso que reconstruimos sin datos, nos resulta creíble, si entra en contradicción con nuestros esquemas cognitivos, desconfiamos. (pág. 15).

Al menos sería provechoso que los medios comiencen a compartir el interés del Poder Judicial y aborden los temas penales desde una óptica menos comercial y más inclinada a favorecer el fortalecimiento del estado de derecho, simplemente auxiliándose de asesores objetivos para el tratamiento de las noticias sobre los hechos delictivos.

**El autor es Juez de Paz del Juzgado de Paz de Juan Santiago, Distrito Judicial de Elías Piña, actúa como juez en los tribunales colegiados de San Juan de la Maguana y las Matas de Farfán desde hace 2 años. Exdefensor público por 9 años, cinco de ellos en el Distrito Judicial de la Altagracia (Higüey) y cuatro en el Distrito Judicial de Hato Mayor. Ejerció el periodismo alternativo durante 16 años en Radio Seibo (Unión Dominicana de Emisoras Católicas y Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER).*



Novedad de la Ley 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil: ponderación de los derechos a la intimidad y acceso a la información por parte de la Junta Central Electoral

Gabriela María Pérez Guzmán

El derecho a que se respete la intimidad constituye una gran conquista a nivel de derechos fundamentales, dado a que con ello se garantiza el establecimiento de los límites que resulten necesarios para proteger la vida privada de las personas y, en consecuencia, blindar las informaciones de carácter privado, evitando su incorrecto uso por parte de extraños.

A nivel internacional son muchos los tratados que regulan este derecho; como muestra de ello el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. Adicionalmente, establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

La República Dominicana como miembro de la comunidad internacional se apega a estas normas internacionales sobre derechos humanos y les otorga jerarquía constitucional, conforme a lo dispuesto de forma combinada por los artículos 26 y 74.3 de nuestra Constitución. Como resultado de lo anterior, la Constitución de la República protege el derecho a la intimidad en su artículo 44, cuando regula “el derecho a la intimidad y el honor personal”, consagrando que “toda persona tiene derecho a la intimidad”, acotando que “se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo”. Al efecto, en el numeral 2 del indicado artículo señala lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos.

La doctrina ha definido el derecho a la intimidad como una esfera de protección que rodea la vida más privada del individuo frente a injerencias ajenas o conocimiento de terceros, salvo excepciones muy concretas contenidas en la Ley[1].

Como se observa, este derecho no solo incluye acceder a la información personal que conste en bancos o registros de datos, sino también a tomar acción en caso de que la información registrada afecte los derechos del titular. A esta facultad se le denomina derecho a la autodeterminación informativa, la cual “se construye a partir del derecho

a la intimidad personal y familiar y sirve de garantía al honor y al derecho a la imagen y permite el ejercicio de otros derechos del ciudadano. También garantiza el derecho a la privacidad, que es la facultad de proteger las facetas más profundas de la personalidad de la persona y de las cuales podrían arrojar una información de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a reservarse. Este derecho permite un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona y a sus bienes[2]”.

Ahora bien, ¿Qué sucede cuando es un tercero el que desea acceder a datos privados vinculados con la identidad de otra persona? En este escenario, la institución más afín a su requerimiento por estar vinculada con la identidad y los actos del estado civil es la Junta Central Electoral. En consecuencia, el tercero pudiera interpretar que deberían suministrarle los datos requeridos.

Sin embargo, la Junta Central Electoral como órgano garante de la identidad y la democracia, a pesar de poseer tales informaciones, no hace entrega de las mismas por simple solicitud de una persona física o jurídica, sino que este requerimiento y la indicación del uso que se le dará a dichas informaciones debe estar debidamente justificado por petición de algún órgano estatal competente a raíz de alguna investigación o en ocasión de algún proceso en curso ante los tribunales. De igual modo, pudiera realizar la petición un tercero con calidad o poder para ello a raíz de un proceso institucional, judicial o administrativo en curso en el que se requiera certificaciones de cédula o de algún acto del estado civil.

Así las cosas, la JCE como responsable de custodiar la identidad, vela por la protección y la no divulgación de informaciones de índole privada, en cumplimiento de la Constitución y de la Ley núm. 172-13 sobre Protección de Datos Personales, que tiene por objeto que no se lesione la intimidad o privacidad de las personas, así como facilitar el acceso a la información que sobre estas se registre, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República.

Por tales motivos, el derecho a la protección de datos está íntimamente ligado al de la intimidad y a la privacidad, pero goza de autonomía propia (según interpretación jurisprudencial), ya que si bien el derecho a la intimidad ha sido derivado del reconocimiento a la libertad personal en la primera generación de derechos, fue hasta la tercera generación[3] que, en “respuesta al fenómeno de la denominada ‘contaminación de las libertades’ (*liberties’ pollution*)”, [4] el derecho a la intimidad alcanzó mayor auge, lo que originó que este se viera precisado a ampliar su espectro a través del reconocimiento de nuevas vertientes del mismo, para ahora tener una ramificación de derechos incorporados a él, tales como el derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada (en su acepción más amplia), a la protección de datos personales, e incluso, para un sector de la doctrina, a la libertad informática.

Al efecto, resulta dable precisar que esta categoría de derechos es de doble vía pues si bien se reconoce el derecho de acceso a la información, dicha facultad posee sus límites y excepciones. De ahí que, acertadamente, señalara el Tribunal Constitucional de España que se refiere a “cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo

conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquéllos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo[5].”

Sobre el particular, recientemente fue aprobada y promulgada la Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, la cual trae como novedad, en cumplimiento de la salvaguarda de la protección a la intimidad y privacidad de los datos personales, la prohibición de que entidades distintas a la Junta Central Electoral conserven los datos biométricos de la ciudadanía. En ese orden, la pieza legislativa otorga un plazo de 60 días a partir de su entrada en vigor, para que dichos datos sean eliminados, de conformidad con su artículo 216. Esto implica, conforme el indicado texto legal, que “solo la Junta Central Electoral podrá ofrecer el servicio de consultas de datos biométricos para fines de verificación de identidad de las personas”, con la finalidad de evitar la divulgación y dispersión de datos tan personales de la ciudadanía.

En adición a lo anterior, se recuerda que al ser República Dominicana un Estado democrático igualmente se garantiza el respeto a la verdad, a la transparencia y poder acceder a los datos que se encuentren en registros públicos, pero a su vez, la autoridad competente debe hacer un examen de ponderación cuando ello implique un riesgo o que se pueda afectar gravemente al titular de la información. En otros términos, puede así aceptarse el test de proporcionalidad de Robert Alexy, pero aplicando la proporcionalidad en sentido estricto desde una orientación valorativa y finalista de los derechos en juego con vistas a su armonización en vez de a su jerarquización[6].

Así pues, pudiera presentarse el escenario de que a la JCE se le solicite datos personales de particulares o el Padrón Electoral. Frente a dicha situación se colige que por mandato constitucional la JCE tiene la custodia del Registro Civil y de la Cédula de Identidad, en tanto las informaciones que reposan en el Padrón Electoral se encuentran revestidas de protección especial, motivo por el cual la autoridad competente para requerir de estas sería el Ministerio Público como responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad, la dirección de la investigación penal y el ejercicio de la acción pública en representación de la sociedad. En vista de lo anterior, el artículo 285 del Código Procesal Penal establece que: “El Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, fijando un plazo conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí, o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencias. Debe solicitar la intervención judicial cuando lo establece este código”.

Lo expuesto apunta a la conclusión que, en casos en que se trate de una investigación criminal o en la que se comprometa el interés público, el test de ponderación se inclinaría por darle relevancia al acceso a la información dado su indiscutible unión con la concepción democrática del Estado de Derecho.

Finalmente, son diversos los escenarios en que se deberá colocar en la balanza derechos tan sensitivos como la intimidad y la identidad frente al derecho de acceso a la información. Pero, la JCE velará siempre por la opción más acorde a los principios democráticos y de cooperación, sin que ello implique un daño o perjudicar gravemente la vida privada y el honor de las personas.

[1] SALGADO SEGUIN, VÍCTOR. "Intimidad, privacidad y honor en Internet", en *Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, No. 85, 2010.

[2] SOSA, ROSALÍA, comentarios en *Constitución Comentada 2015*. FINJUS. 4ta edición. Santo Domingo, República Dominicana.

[3] PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *La tercera generación de derechos*, Thomson, Navarra, 2006, p. 28

[4] *ibidem*, pp. 28-29

[5] Tribunal Constitucional del Reino de España. – STC 292/2000, de fecha 30 de noviembre de 2000.

[6] DURÁN MARTINEZ, AUGUSTO. – *Derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública*. Montevideo, 2009.

Nuevo esquema principalista en las acciones procesales de los Actos del Estado Civil

Gabriela María Pérez Guzmán[1]

La función esencial del Estado dominicano es la protección de los derechos de la persona, el respeto a 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, tal y como establece el artículo 8 de la Constitución de la República. Esto apunta a que las demás normas del Derecho interno no deben permanecer ajenas a este mandato constitucional y, en consecuencia, los órganos del Estado se comprometen con el carácter progresivo de los derechos fundamentales, así como a responder satisfactoriamente las necesidades de una sociedad en constante evolución.

Para dar respuesta a nuevas exigencias sociales en materia de Registro Civil e identidad, se aprobó y promulgó la Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, que responde a los nuevos paradigmas del Registro Civil, en sustitución de la Ley núm. 659 del 17 de julio de 1944, que en la actualidad devenía ineficaz. Con el compromiso de ahondar en las novedades de esta ley, en una entrega anterior abordé la ponderación que ahora debe ejercer la Junta Central Electoral (JCE) respecto de los derechos a la intimidad y acceso a la información pública, haciendo énfasis en el compromiso de este órgano con los principios democráticos y de cooperación, sin menoscabo del estricto respeto al derecho a la vida privada y al honor de las personas[2].

En esta oportunidad explicaré el nuevo catálogo o esquema principalista que ahora caracteriza a las acciones procesales de los Actos del Estado Civil y que comprometen el actuar de la Junta Central Electoral para con la ciudadanía en materia de Registro Civil. Como respuesta a la urgente necesidad de que el Registro Civil se adapte a las demandas tecnológicas de la sociedad dominicana, la Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, consagra la obligatoriedad de que el registro de los Actos del Estado Civil repose tanto de manera física como digital. Con esta modernización del Registro Civil se rompe la barrera informática de la vetusta Ley núm.659 que ataba a un registro exclusivamente manuscrito.

En ese sentido, esta disposición legal se adapta a las nuevas tecnologías y necesidades digitales del Registro Civil y aclara, a través del principio de equivalencia funcional, que los actos administrativos suscritos por medio de firma digital serán válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte de papel.

Aunado a lo anterior, el artículo 4 de esta pieza legislativa establece otros principios rectores que deben guiar las actuaciones ejecutadas por cada órgano que integra el Sistema Nacional de Registro del Estado Civil. El primero de ellos es el principio de juridicidad, en cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.

Con el objetivo de velar por la correcta actuación administrativa y la garantía constitucional del debido proceso se consagra el principio de racionalidad, cuyo norte se dirige a la motivación y argumentación de todas las decisiones administrativas. A su vez, como complemento de este principio, la ley establece el principio de eficacia, en virtud del cual se eliminan las trabas y formalismos innecesarios que constituyan un obstáculo a las peticiones formuladas.

Estos tres principios resultan cardinales y pilares de optimización para entender las demás actuaciones de las que resulta responsable el órgano encargado de la custodia del Registro Civil y de la Cédula de Identidad y Electoral.

Al efecto, esta ley tipifica el principio de celeridad, a partir del cual se introduce la novedad de que las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor. De esto resulta que la JCE no podrá dilatar injustificadamente los trámites y solicitudes que le sean requeridos en el ámbito de su competencia, sino que por el contrario, su actuar debe orientarse hacia un espíritu de debida diligencia y oficiosidad.

Otro aporte positivo de esta ley es que, en el marco del principio de facilitación abre el espectro de registro de nacimientos, permitiendo que este pueda realizarse en un plazo de 180 días a partir del alumbramiento del niño o niña, pudiendo realizarse dicha declaración en el lugar del nacimiento, en el de la residencia o en el del domicilio de uno de los padres; o bien ante el delegado correspondiente si el nacimiento ha ocurrido en un centro asistencial donde funciona una delegación de oficialía. En adición a lo anterior, se añade la posibilidad de declaraciones de nacimiento en el extranjero ante los agentes diplomáticos o cónsules, en el mismo plazo de 180 días a partir del alumbramiento.

Por otra parte, en estricto apego al cumplimiento del derecho a la dignidad humana consagrada en el artículo 38 de la Constitución de la República Dominicana, esta ley en su artículo 74, establece que “los nombres que se le otorguen a una persona no podrán atentar contra la dignidad ni objetivamente perjudicar ni crear confusión en cuanto a la identificación del sexo de la persona”. De ello resulta dable destacar que el nombre no es sólo un distintivo, sino que evoca idealmente a la misma persona en sus cualidades morales y sociales. Por ello, su protección es a la par protección de su personalidad tanto desde un punto de vista de su individualidad física como moral y social^[3]. Por lo tanto, este derecho también se encuentra estrictamente vinculado al honor y la propia imagen, que no puede ser transgredido por decisiones de particulares en detrimento, a la vez, del interés superior del niño.

Igualmente, con esta Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, se desjudicializan las declaraciones tardías de nacimiento, que tantas trabas burocráticas

presentaban al ciudadano, al tener que someterlas en sede judicial y a plazos que no estaban acorde a las necesidades de la ciudadanía.

En cumplimiento con los principios de celeridad, facilitación y oficiosidad, esta ley introduce la facultad a cargo del Oficial del Estado Civil, en caso de dudas fundadas, de solicitar a la Dirección Nacional del Registro del Estado Civil, a los fines de que promueva ante el juez de paz del municipio correspondiente la autorización para la realización de la prueba científica o de ADN que permita establecer la paternidad, cuyo costo estará a cargo del presupuesto de la Junta Central Electoral, en aras de evitar fraudes al momento de la declaración que lesione la verdadera paternidad del futuro inscrito.

En otro orden, el procedimiento para el cambio de nombre es otro aspecto que presenta variaciones con el objetivo de que el usuario ya no deba canalizar esta solicitud al Poder Ejecutivo vía la Junta Central Electoral, sometiéndose a la larga espera que implicaba tramitar este requerimiento en dos fases o etapas, largas por demás. Así las cosas, entre las nuevas competencias del Tribunal Superior Electoral se agrega el procedimiento de cambio de nombre, de manera que actualmente dicha jurisdicción es la competente para autorizar tales cambios, lo que se corresponde a que las indicadas solicitudes se ventilen ante el órgano más afín a los derechos cuya lesión de alegan vulnerados.

Adicionalmente, la Ley núm.4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, presenta otro importante avance en materia de Registro Civil y de identidad en cuanto permite, a partir de la mayoría de edad, el cambio en el orden de los apellidos por una única vez. Con este cambio el interesado podrá optar para que se fije el primer apellido de la madre y luego el primer apellido del padre, haciendo la salvedad que una vez realizado el indicado cambio la persona no podrá alterar nueva vez el orden de sus apellidos, en procura de salvaguardar la seguridad jurídica y que esta no sea una opción para burlar los registros de nacimiento del inscrito.

Continuando con un enfoque humanista, la indicada ley en su artículo 179 aumenta el plazo para la declaración de defunción a 60 días calendarios, derogando así el plazo de 24 horas que ordenaba la pasada Ley núm. 659. De ahí que se ha tomado en cuenta la sensibilidad que representa el fallecimiento de una persona para sus familiares y allegados, a los cuales resultaría insensible e inhumano aplicarles un plazo de presión para declarar la muerte de su ser querido.

Como se observa, esta nueva ley traza unos principios que rigen a la Junta Central Electoral en sus actuaciones vinculadas con el Registro Civil, con el propósito de mejorar los servicios que este órgano está obligado a brindar por mandato constitucional. En resumidas cuentas, esta novedosa pieza legislativa, mediante estos principios, tiene como fin sensibilizar las acciones procesales respecto a los actos del Estado Civil, así como acercar la JCE a la ciudadanía, en un marco de facilitación y cooperación, acorde a las nuevas demandas y exigencias de la sociedad dominicana.

[1] Abogada, con experiencia en materia de Derecho Civil, Administrativo y Electoral. Cuenta con una Maestría en Procedimiento Civil por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Actualmente cursa el Máster en Derecho Administrativo y Gestión Municipal por la Universidad Castilla La Mancha (UCLM).

[2] PÉREZ GUZMÁN, Gabriela. Novedad de la Ley 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil: ponderación de los derechos a la intimidad y acceso a la información por parte de la Junta Central Electoral. Disponible en: <https://abogadosq.com/novedad-de-la-ley-4-23-organica-de-los-actos-del-estado-civil-ponderacion-de-los-derechos-a-la-intimidad-y-acceso-a-la-informacion-por-parte-de-la-junta-central-electoral/>

[3] DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, vol. I, «Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica», 12.ª ed., 2012, p. 360

Régimen legal concerniente a los datos biométricos a partir de la nueva Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil

Brianda María Mercedes Trujillo Florez-Estrada

El pasado 18 de enero, se promulgó la nueva Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil. La entrada en vigor de esta novedosa pieza legislativa ha generado múltiples cuestionamientos en distintos sectores de la sociedad. Y, uno de los temas que salta a la vista es la atribución exclusiva otorgada a la Junta Central Electoral (JCE) para recaudar, almacenar, tratar y procesar los datos biométricos de las personas, «[...]los cuales se harán de la manera determinada por los reglamentos de aplicación subsiguientes a esta ley»[1].

De hecho, el art. 216, sección II, referente a las disposiciones transitorias de la indicada Ley núm. 4-23, le otorga un plazo de 60 días contados a partir de la entrada en vigencia de esa ley a las distintas instituciones (públicas y privadas) que se dedican a la recaudación de datos biométricos o que cuenten con bancos de datos de esta naturaleza, con el fin de que dichos registros sean eliminados[2]. Por tanto, aquellas entidades públicas y privadas que, obteniendo el consentimiento expreso de cada titular de información biométrica registrada; o, que hayan adquirido dicha información personal en cumplimiento con una normativa específica, se verían obligados a suprimir sus bancos de datos biométricos.

Si bien la Ley núm. 4-23 no establece sanciones por el incumplimiento de sus disposiciones, el art. 59 de dicha legislación le otorga potestad reglamentaria al Pleno de la JCE, en materia de protección de datos biométricos, para establecer los mecanismos necesarios tendentes a hacer cumplir la ley. Por tanto, a través de la emisión de un reglamento podrían establecerse las correspondientes sanciones por el incumplimiento de cualquier mandato establecido en la Ley núm. 4-23.

Antes de proceder con el análisis del nuevo régimen legal, relativo a la protección de los datos biométricos, previsto en la nueva Ley núm. 4-23, conviene referirnos a los conceptos de biometría y datos biométricos plasmados en los numerales 6) y 10), del art. 6 de la aludida norma. De acuerdo con el legislador dominicano, la biometría es el «[u]so automatizado de características fisiológicas o de conductas para determinar o verificar la identidad de las personas. La biometría fisiológica está basada en datos de la medición directa de algún rasgo del cuerpo humano, sea el iris, la cara o la impresión dactilar». Además, se conceptualizan los datos biométricos como aquellas «[...]propiedades físicas, fisiológicas, de comportamiento rasgos de la persona, atribuibles a una sola persona y que son medibles; dichos datos son obtenidos a partir de un proceso biométrico, el cual comprende observaciones preliminares, muestras biométricas, modelos, planillas y valoraciones o comparaciones. Los datos biométricos son empleados para describir la información recolectadas durante un enrolamiento, verificación o identificación de procesos».

De las definiciones anteriormente citadas, puede colegirse que los datos biométricos permiten identificar y autenticar de manera certera a una persona determinada en cualquier momento sobre la base de una fisiología *propia* y *permanente* en el tiempo. Al respecto, conviene destacar que la Ley núm. 172-13[3], no establece una definición expresa sobre datos biométricos o biometría. Sin embargo, en su art. 6.9, establece que los datos de carácter personal constituyen «[c]ualquier tipo de información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». También, el art. 6.31 de la aludida legislación prescribe que los datos sensibles son aquellos «[d]atos personales que revelan las opiniones políticas, las convicciones religiosas, filosóficas o morales, la afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual».

Como puede apreciarse, la referida Ley núm. 172-13, a diferencia de otras leyes sobre protección de datos personales de la región, no catalogaba los rasgos fisiológicos de una persona física identificable como información personal sensible. A pesar de esta omisión legislativa, nuestro Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia TC/0042/12, extendió el alcance de la protección otorgada a la información personal sensible a las características personales y las condiciones de salud de una persona física. En ese tenor, la Alta Corte dispuso que «[l]os nombres y apellidos de un individuo, aunque constituyen un medio para identificarlo como persona, no son datos que afectan a la esfera más íntima de su titular, ni consideradas informaciones personales sensibles, como sí lo serían, por ejemplo, las cuestiones ideológicas, **las características personales**[4], las condiciones de salud, la orientación sexual y el origen». Por tanto, a partir de la aludida decisión[5], las *características personales* de una persona constituyen información personal *sensible*[6].

Volviendo al análisis de la actual Ley núm. 4-23, conviene señalar que, en lo adelante, la Junta Central Electoral (JCE) será la institución encargada de manera exclusiva de recaudar, almacenar, tratar, procesar y autenticar los datos biométricos de todos los dominicanos[7]. Asimismo, se establece que la JCE proveerá sus servicios de autenticación y certificación de identidad a todas las entidades públicas y privadas que así lo requieran. Sin embargo, en el art. 56 de la referida ley núm. 4-23, se establece que la prestación de ese tipo de servicios proveídos por la JCE a esas instituciones públicas o privadas no implica la transferencia parcial o total de los datos o fichas de su registro.

De la aplicación de este nuevo régimen legal de protección de datos biométricos, resultarían afectadas distintas instituciones públicas que, hoy en día, han recaudado una cantidad considerable de datos biométricos, no solo de los dominicanos, sino también de los extranjeros. Al respecto, nos referiremos específicamente a la Procuraduría General de la República, el Ministerio de Interior y Policía, así como la Dirección General de Migración (a través de la Dirección General de Pasaportes). La primera de estas instituciones, según informaciones publicadas en distintos periódicos de circulación nacional, inició un proceso de recaudación de datos biométricos en el 2020 con el fin de recaudar la información necesaria para registrar a los reclusos que serían trasladados a la nueva cárcel de La Victoria[8].

En otro orden, el Ministerio de Interior y Policía cuenta con su propio banco de datos biométricos desde el 2016; pues, el literal j) del art. 14 de la Ley núm. 631-16[9], para el Control y Regulación de Armas, Municiones y Materiales, establece como requisito imprescindible para la tenencia y porte de armas de fuego la captura de datos biométricos del titular del arma de fuego ante esa entidad. Por tanto, aquellas personas que en la actualidad poseen licencia de porte y tenencia de armas en el país, necesariamente, deben registrar sus datos biométricos ante esa institución pública.

De otro lado, la Dirección General de Migración también resultaría perjudicada con la aplicación de esta nueva legislación, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en la Ley núm. 285-04, General de Migración, esta institución tiene el deber de captar los datos biométricos de los residentes temporales, trabajadores temporeros, habitantes fronterizos de comunidades fronterizas, así como de todo extranjero admitido legalmente en cualquiera de las categorías migratorias previstas en la ley. De igual forma, por medio del Decreto núm. 438-22, de 9 de agosto de 2022, el actual presidente de la República autorizó a esa entidad migratoria a agotar los pasos necesarios para implementar el pasaporte electrónico en el país. En tal sentido, por medio del mencionado decreto núm. 438-22, se declaró de alto interés nacional «[...] *la implementación del pasaporte de lectura electrónica en el país, como documento de viaje que contiene un circuito encriptado y elementos biométricos para autenticar la identidad y ciudadanía del titular*». De manera que, los dominicanos que hayan adquirido su pasaporte para viajar al extranjero, a partir del 2022 (año en que se emite el aludido decreto), han tenido que registrar sus datos biométricos ante la entidad migratoria correspondiente.

En cuanto a la necesidad de que otras instituciones públicas (además de la JCE), cuenten con un banco de datos biométricos para fines de registro, transparencia y eficiencia en su gestión, el magistrado presidente de la Suprema Corte de Justicia, Luis Henry Molina Peña, se pronunció en días pasados a través de los distintos diarios de circulación nacional. En concreto, el referido magistrado advirtió al país sobre la necesidad de crear un registro de datos biométricos concerniente a cada persona privada de libertad con el fin de monitorear el expediente de cada uno de estos individuos y así poder llevar a cabo un seguimiento más transparente y minucioso de su caso ³/₄ considerando el tipo de medida judicial impuesta, la reincidencia en el delito, el cumplimiento de la condena, la duplicidad en los registros carcelarios, entre otras informaciones necesarias³/₄ para garantizar la tutela de los derechos de los reclusos, evitar injusticias y promover el descongestionamiento de los distintos recintos carcelarios del país ocupados en su mayor parte por presos preventivos heredados «[...] *del sistema inquisitorio de toda América Latina y Europa*»[10]. Y no es casualidad la sugerencia planteada por el magistrado presidente de la Suprema Corte de Justicia; pues, el art. 44.4 de nuestro Pacto Fundamental les otorga expresamente a las autoridades encargadas de la *prevención, persecución y castigo* del crimen, el manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades.

Sin embargo, con la promulgación de la nueva Ley núm. 4-23, esta moción del magistrado Luis Henry Molina tendría que sujetarse al criterio discrecional de lo que la

JCE considere como «fines legítimos del cesionario»^[11]. Pues, solo bajo esta última condición y el consentimiento del titular de la información biométrica captada, la JCE podrá ceder a otras instituciones públicas los datos biométricos que vaya recaudando sobre la marcha. En cuanto a esta última regla, la aludida legislación prevé excepciones concernientes a los casos en los cuales no se requerirá el consentimiento del titular de los datos biométricos para ser transferidos a otras entidades, a saber: i) Cuando «[...] *la cesión esté autorizada en una ley*[...]»; ii) en aquellos casos en que «[...] *la cesión se derive de una relación contractual del titular de los datos y sea la consecuencia de un contrato, cuyo desarrollo, cumplimiento y control requiera la transferencia de los datos a terceros. En este caso, la cesión será legítima en la medida en que se limite a la finalidad que le sirve de causa*[...]»; y iii) cuando la cesión se produzca «[...] *entre órganos del Estado, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones y el tratamiento de los datos tenga fines históricos, estadísticos o científicos*[12]».

En el art. 57 de la Ley núm. 4-23, cuyo contenido ha sido citado previamente, también se establece una condición para la validez de las cesiones de datos biométricos que sean realizadas a través de un contrato. Al respecto, se establece que este tipo de acuerdos deben establecer expresamente que la recolección de los datos del titular haya sido realizada para fines de cesión. Así pues, deberá informársele al propietario de los datos biométricos –antes que se produzca la transferencia de su información personal a otra entidad–, la finalidad a la cual serán destinados sus datos o el tipo de actividad de aquel a quien se le pretenden ceder.

De no considerar que se cumplen las condiciones anteriormente mencionadas, la JCE podrá negarse a transferir los datos biométricos a otras instituciones públicas y privadas manteniendo la exclusividad en su recaudación, tratamiento y certificación. En consecuencia, a nuestro juicio, esta situación podría obstaculizar el desarrollo de nuevas políticas institucionales tendentes a eficientizar la función pública y promover la transparencia, tomando en consideración que estas instituciones dependerán del manejo eficiente de la JCE en esta materia. Asimismo, convendría ponderar el efecto *retroactivo* establecido en esta nueva ley, al ordenar la eliminación de todos los bancos de datos biométricos existentes en las distintas entidades públicas y privadas. Pues, si bien no menciona una derogación expresa de disposiciones legales anteriores, referentes al deber de recaudación de información biométrica, sí establece una obligación de hacer contraria a lo previsto en legislaciones anteriores. En tal sentido, convendría evaluar los efectos jurídicos que este nuevo régimen de protección de datos biométricos podría ocasionar en detrimento de los regímenes legales preestablecidos bajo los cuales se encuentran operando distintas instituciones del Estado y empresas privadas.

Por otra parte, importa subrayar que, no solo el sector público resultaría afectado con esta nueva ley sino también el sector privado. Nos referimos, específicamente a las sociedades que contienen en la actualidad un banco de datos biométricos que constituye el instrumento esencial de su operación diaria para fines de identificación y autenticación de las personas. Pues, estas entidades también se verían obligadas a suprimir los bancos de datos biométricos que tengan en su poder, además de no poder

ofrecer este servicio a las demás entidades públicas y privadas del Estado. Pues, conforme a lo previsto en el párrafo capital del art. 61 de la aludida Ley núm. 4-23, la JCE, además de detentar la exclusividad en la recaudación y registro de datos biométricos, la institución electoral será la única encargada de proporcionar los medios para la verificación de la identidad de las personas mediante consultas de datos biométricos a las instituciones de índole *pública o privada*.

Sobre esta cuestión, conviene traer a colación un debate importante llevado a cabo en el año 2020, en Colombia, luego del sometimiento ante el Congreso de esa nación de un proyecto de Ley de Código Electoral, a través del cual se pretendía otorgar a la Registraduría Nacional del Estado Civil de ese país la función exclusiva de recaudar, registrar, acceder, tratar y autenticar los datos biométricos de los colombianos[13]. Esta última disposición fue interpretada por muchos colombianos como una intención de legitimar una especie de *monopolio* en favor de una entidad pública; pues, la ley no limitaba su aplicación al ámbito electoral, sino que le otorgaba esa potestad a nivel general.

La discusión de dicho proyecto de ley en Colombia produjo reacciones adversas en el sector privado empresarial de ese país, específicamente en aquellos empresarios dedicados a proveer servicios de autenticación biométrica. De las reclamaciones más relevantes externadas por esta parte del sector empresarial colombiano, puede destacarse la relativa al hecho de que «[l]a Registraduría Nacional, de quedar en firme esta ley, no se encargaría únicamente de realizar la identificación de un ciudadano en términos electorales, sino que le daría la potestad de controlar la autenticación de datos biométricos en todos los escenarios, en los casos en que se requiera[14]». En pocas palabras, las empresas afectadas por la posible aprobación definitiva de ese proyecto de ley tendrían que abandonar su negocio de autenticación de datos biométricos e incursionar en otros servicios comerciales.

A raíz de esta situación, un grupo de empresarios canalizó un control de constitucionalidad de esa propuesta legislativa ante la Corte Constitucional colombiana con el fin de que esa Alta Corte determinase si el nuevo Código Electoral adolecía de vicios de inconstitucionalidad. En respuesta a esta petición, la Corte colombiana se pronunció sin conocer las pretensiones de fondo alegadas por los reclamantes. O sea, declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley fundándose en los vicios de forma que este último contenía, en cuanto al proceso de sometimiento y discusión del mismo ante el Congreso colombiano. Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre los demás alegatos planteados por los empresarios, referentes a las presuntas violaciones a sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y de competencia[15].

Lo interesante del proceso previamente abordado es que el mismo nos sirve como referente para nutrir nuestra futura experiencia y las posibles consecuencias que podría traer consigo la entrada en vigencia y aplicación de los arts.56,57,58,59, 60, 61, 62 y 216 de la nueva Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil. En Colombia, una vez fue sometido el proyecto de ley de Código Electoral y establecerse la exclusividad del registro y tratamiento exclusivo de los datos biométricos en favor de

la Registraduría Nacional del Estado Civil; los bancos, empresas de telefonía y las distintas cámaras de comercio empezaron a protestar invocando violaciones a diversos principios y derechos constitucionales. En la actualidad, el proyecto de ley que establece el Código Electoral en el país colombiano, a pesar de haber sido aprobado en el 2020, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional de ese país por vicios de trámite[16]. Y, desde ese entonces, aún no se ha logrado su aprobación definitiva.

Ante esa situación, conviene preguntar: ¿Por qué alegaban monopolio estatal los colombianos? Porque, de aprobarse ese proyecto de ley, tal y como fue consignado, las instituciones privadas deberían pedirle autorización o contratar los servicios de la Registraduría Nacional del Estado Civil para poder acceder a los servicios de identificación y autenticación de las personas con biometría. En efecto, planteaban violación al derecho fundamental a la libertad de empresa y competencia, en la medida en que esa disposición legal los excluía de la participación en el mercado de los datos biométricos, especialmente en lo concerniente a los servicios de autenticación, ante la dificultad de no tener la certeza de acceso de datos biométricos no obstante contar con la autorización expresa de cada titular; pues, la evaluación de la procedencia de los contratos quedaría a discreción de la Registraduría Nacional del Estado Civil de ese país.

En esa misma línea argumentativa, los empresarios colombianos también reclamaron el hecho de que la ley impugnada violaba la prohibición constitucional de crear monopolios, además de anular las inversiones de particulares en ese sector; y desconocer la manera en que la apertura a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos ha sido uno de los motores más importantes del progreso y desarrollo institucional en Colombia.

En respaldo a las demandas realizadas por una parte del empresariado colombiano, el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana, Manuel José Cepeda, también planteó que, al momento de elaborarse la disposición legal impugnada, el Congreso colombiano no ponderó la limitación que representa dicha disposición legal para el desarrollo de las nuevas tecnologías[17]. En ese tenor, el magistrado emérito consideró que «[...] *los mecanismos de autenticación que puedan surgir del sector privado quedarían prohibidos por tratarse de una función exclusiva de la Registraduría. Por ejemplo, un usuario no podría utilizar su biometría facial como mecanismo de autenticación para acceder a su dispositivo móvil. Las plataformas de comercio electrónico, redes sociales, no podrían definir los mecanismos de identificación y autenticación para registrar las cuentas de sus usuarios y controlar su acceso*»[18].

Frente a esta situación, cabe preguntarnos si el nuevo régimen legal de protección de datos biométricos establecido en los arts. 56,57,58,59, 60, 61, 62 y 216 de la nueva Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, resulta razonable, considerando que deben ser eliminados todos los bancos de datos biométricos existentes en el país para otorgarle a la JCE la potestad exclusiva de su recaudo, registro, tratamiento y autenticación de este tipo de información personal. Como pudimos apreciar anteriormente, en Colombia, los distintos sectores planteaban violaciones a diversos

derechos y principios constitucionales. Asimismo, muchos reclamaban que, con dicha medida, se generaría un estancamiento del desarrollo de las nuevas tecnologías, tanto en el sector público como en el privado.

En tal virtud, conviene ponderar las consecuencias que traerá consigo la aplicación de esta nueva ley en materia de protección de datos biométricos, considerando que, según declaraciones relativamente recientes del INDOTEL, «[...]los servicios de telecomunicaciones movilizaron recursos por más de RD\$51 mil millones de pesos durante el año 2021. Igualmente, cifras del Banco Central establecen que el sector registró una tasa de crecimiento de 7.6% durante el período enero-abril de 2022». De ahí que, la traba que vendría a imponérsele al desarrollo de las telecomunicaciones y demás sectores tecnológicos con el establecimiento del monopolio del recaudo, registro, reglamentación, acceso y autenticación de los datos biométricos de todos los dominicanos en favor de la JCE podría afectar considerablemente a este grupo empresarial y demás entidades públicas. Pues, hoy en día, nuestros dispositivos móviles, computadoras y demás aparatos tecnológicos utilizan (con nuestro consentimiento previo) el servicio de autenticación de datos personales para brindarnos un mejor servicio en materia de seguridad personal.

Otra problemática que plantea este nuevo régimen de protección de datos biométricos es el relativo al tratamiento de estos. Pues, según las nuevas disposiciones prescritas en la Ley núm. 4-23, la JCE podrá transferirle los datos biométricos de las personas a otra institución sin necesidad de obtener el consentimiento del titular de los mismos, en aquellos casos en que la JCE considere que una ley autoriza al cesionario a obtenerlos; cuando dicha transferencia de datos se derive de una relación contractual; o, cuando la cesión se produzca entre entidades del Estado para fines exclusivamente históricos, estadísticos o científicos, sin abordarse la explicación de cada uno de estos aspectos.

Según el art. 5.4 de la Ley núm. 172-13, sobre Protección de Datos Personales, los datos personales podrán cederse con el consentimiento libre, expreso y consciente del titular de los mismos. El referido consentimiento deberá figurar en forma *expresa y destacada*, previa notificación al titular de los datos personales. Estarán exentos del requisito del consentimiento al que se refiere esa disposición legal todos los organismos de investigación y de inteligencia del Estado encargados de la prevención, persecución y castigo de los crímenes y delitos, ***previa autorización de la autoridad judicial competente.***

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que, la cesión de datos biométricos entre la JCE y otras instituciones del Estado quedaría a discreción de la cedente; o sea, de la JCE. Es decir, esta entidad deberá determinar si se cumplen o no las condiciones establecidas en el aludido art. 57 de la Ley núm. 4-23 para poder consentir la cesión de los datos biométricos recaudados. Y, en el caso de los organismos de investigación e inteligencia, según las prescripciones de la Ley núm. 172-13, estos deberán obtener una autorización judicial previa para tratar este tipo de datos personales; pues, en la actualidad no existe una legislación que autorice expresamente a estas instituciones a disponer de estos.

Si realizamos una comparación entre nuestra legislación de protección de datos personales con la de otros países, como por ejemplo, aquellos estados pertenecientes a la Unión Europea (UE), podemos percatarnos de que, en la mayor parte de esas legislaciones, se prevé una prohibición general en el tratamiento de los datos biométricos y demás datos personales. Y, en la mayoría de estas leyes se establecen expresamente los casos en los cuales aplicaría la excepción a esta prohibición general de tratamiento de datos.

De hecho, el 27 de abril de 2016, la Unión Europea (UE) emitió el Reglamento General de Protección de datos, al cual deberán adaptarse las legislaciones de los estados miembros. Este Reglamento ha tenido mucha influencia en América Latina, en razón de que «[...] *no existe aún un proceso de integración jurídica en esta área [...]*»[19]. Por tanto, las «[...] *disposiciones establecidas en el RGPD pueden tener muchas variantes. Los ejemplos incluyen el principio de protección de la privacidad desde el diseño y por defecto, las certificaciones, las notificaciones de violaciones de datos, el rol del Oficial de Protección de Datos o las sanciones administrativas por incumplimiento. Por ejemplo, en la nueva ley brasileña sobre protección de datos la multa puede ser de hasta el 2% de la facturación de una empresa en lugar del 4% previsto en el RGPD. De la misma manera, en el nuevo proyecto de ley en Argentina, el consentimiento también puede ser tácito bajo ciertas circunstancias*».

En EEUU todavía no existe una ley federal única que aborde la recopilación y uso de datos biométricos. No obstante, en el estado de Washington, se aprobó una ley para la regulación de la privacidad biométrica, en junio de 2017. Además, los estados de Illinois y Texas también cuentan con una regulación en materia de privacidad biométrica. La diferencia principal entre el régimen legal europeo y estadounidense radica en la *habilitación* para su tratamiento.

En los países europeos regidos bajo el RGPD, el tratamiento de datos biométricos requiere, como regla general, el consentimiento expreso de su titular. Sin embargo, en EEUU, para poder tratar este tipo de datos, basta con informar al titular de los mismos o incluso disponer de un mecanismo de seguridad que evite compartir o comunicar este tipo de información personal. En caso de que se consienta el tratamiento de los datos, en la legislación norteamericana, no hace falta que se otorgue consentimiento expreso[20].

En ambos sistemas se establecen diversas excepciones a la prohibición de tratamiento de los datos biométricos. Sin embargo, se autoriza el manejo de este tipo de información personal sin consentimiento del titular esencialmente en los asuntos relativos a la salud del titular o para ejecutar actos u operaciones requeridas por éste. Finalmente, en el caso de los Estados Unidos, la excepciones a la prohibición en el tratamiento de datos biométricos se enfoca en la materialización de un acto de consumo; o, en la ejecución de una operación financiera[21].

En razón de la influencia que ha tenido el mencionado Reglamento de Protección de Datos (RGPD) en América Latina, conviene referirnos a la disposición concerniente a los datos personales. En esta virtud, el art. 9 de la aludida reglamentación, prescribe las categorías especiales de datos personales estableciendo una prohibición general en el tratamiento de los mismos. De igual forma, el numeral 2 del mencionado art. 9 prescribe las circunstancias en las cuales la prohibición no será aplicable para fines de tratamiento de datos personales, a saber:

«Consentimiento explícito del interesado, salvo que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición no puede ser levantada por el interesado;

Cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social;

Cuando sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

Tratamiento efectuado en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical;

Tratamiento referido a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;

Tratamiento necesario para la formulación, ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;

Tratamiento necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido;

Tratamiento necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad;

Tratamiento necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios;

Tratamiento necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad[22]».

Cabe destacar que, en América Latina, las leyes relacionadas con la protección de datos personales son promulgadas como respuesta a una necesidad derivada del aumento del uso de las nuevas tecnologías por parte de la sociedad, las cuales conllevan mayores riesgos de vulnerabilidad en materia de protección de datos. En general, estas legislaciones son afines con el modelo europeo previamente descrito[23].

En Argentina, en el año 2018, se propuso un proyecto de ley tendente a reemplazar la actual Ley núm. 25326, con el fin de adaptar esta legislación al RGPD europeo. Por tanto, en dicho proyecto legislativo se agregaron derechos y principios análogos a los establecidos en el RGPD, entre los cuales podemos mencionar: el concepto de dato biométrico; limitación del concepto de titulares de datos personales a las personas físicas excluyendo a las personas morales; obliga a los organismos gubernamentales a designar a un oficial de protección de datos; y, el establecimiento de criterios para el tratamiento de los datos personales, entre otras cuestiones importantes. Igualmente, el proyecto de ley argentino tenía como fin el establecimiento de derechos adicionales en favor de los titulares de los datos personales, como el derecho a oponerse o restringir el uso de sus datos y el derecho a la portabilidad de los mismos. En Brasil, se aprobó una Ley General de Protección de Datos, estableciendo un régimen único de protección de datos personales basados en las disposiciones del reglamento europeo (RGPD). La ley brasileña creó una autoridad nacional de protección de datos; incorpora el alcance extraterritorial del RGPD; aplicando al sector público y privado el tratamiento de los datos personales previstos en esa normativa europea; obliga a las empresas y organismos gubernamentales que traten datos personales a nombrar un oficial de protección de datos; y prevé la imposición de multas de hasta el 2% de los ingresos brutos en el último año fiscal de un grupo empresarial en Brasil en caso de incumplimiento[24].

En cambio, en países como España, se ha optado por atribuir de manera exclusiva al titular el tratamiento de sus datos personales a través del *consentimiento expreso*. De manera que, en ese país, ninguna institución pública o privada tiene derecho a hacer uso exclusivo ni a ceder ese tipo de información personal catalogada por la jurisprudencia como *sensible* sin antes mediar el consentimiento expreso del propietario de los datos. La única excepción prevista en la Ley Orgánica núm.7/2021, de 26 de mayo[25] es la establecida en su art. 13.2, el cual prescribe que «[l]as autoridades competentes, en el marco de sus respectivas funciones y competencias, podrán tratar datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física con los fines de prevención, investigación, detección de infracciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública».

En Francia, la Ley núm. 2018-493, de protección de datos personales, establece en su art. 8 (que modifica el correlativo de la Ley 78-17, cuyo número I) que «Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la pertenencia sindical de una persona física, o tratar datos genéticos, **datos biométricos** con la finalidad de identificar una persona física de manera única, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida

sexual o a la orientación sexual de una persona física»[26]. La ley francesa, además de establecer las excepciones previstas en el RGDP [27] de la UE para el tratamiento de datos personales (anteriormente citados), agrega otras adicionales en las cuales se autorizará el tratamiento de datos biométricos, a saber: i) se permite el tratamiento de datos biométricos (huellas digitales, etc.) *estrictamente necesarios* para **los controles de acceso en los lugares de trabajo o las aplicaciones informáticas utilizadas en el lugar de trabajo.**

Por consiguiente, ante la ausencia de una normativa internacional actualizada en materia de protección de datos personales en Latinoamérica, nuestros legisladores deberían estudiar las experiencias legislativas europeas y estadounidenses y así poder obtener un conocimiento más profundo sobre las implicaciones que conlleva la autorización del tratamiento de datos biométricos a distintas entidades públicas y privadas. Además, tendrían que observar el contenido de los arts. 42 y 44 de la Constitución dominicana, concernientes a los derechos a la integridad física, así como a la intimidad y honor personal, respectivamente. Pues, tal y como hemos expuesto anteriormente, el art. 44.4 le otorga la potestad de recaudación de datos a las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen; es decir, a la Procuraduría General de la República y los tribunales ordinarios.

Sin embargo, la Ley núm. 4-23 le atribuye a la JCE la titularidad exclusiva de los datos biométricos sin ni siquiera establecerse en dicha legislación la obligación por parte de esa entidad de obtener el consentimiento expreso del propietario de la biometría para su captura y posterior registro, sino que deja a discreción del Pleno de la JCE la reglamentación concerniente a la recopilación, tratamiento, procesamiento y uso de ese tipo de información personal. De igual forma, en dicha ley, no se establecen las sanciones que conllevaría el tratamiento ilegal de estos datos biométricos.

Tampoco se prescribe la posibilidad de transferir esos datos biométricos a las instituciones encargadas de velar por la seguridad nacional, sino que dichas cesiones de datos biométricos, como establecimos anteriormente, quedan sujetas a la ponderación que realice la JCE sobre las posibles excepciones en las cuales se pueden transferir estos datos. Finalmente, en la actual Ley núm. 4-23, también se omite la posibilidad de crear un oficial de protección de datos personales para velar por la protección de esta importante información y tutelar el derecho a la privacidad biométrica de las personas derivado del derecho fundamental a la intimidad y el honor personal.

[1] Art. 59 de la Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil.

[2] De acuerdo con el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española (RAE) el término «institución» comprende todo organismo o entidad que forma parte de la Administración Institucional. Por tanto, dicho concepto incluye a entidades del sector público y privado.

[3] Que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados.

[4] Negrillas nuestras.

[5] El art. 184 de la Constitución dominicana de 2015 establece que las decisiones del TC son definitivas e irrevocables y que las mismas constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos órganos del Estado.

[6] En consecuencia, se puede concluir que, la fisiología de las personas, al constituir datos biométricos, según lo previsto en el numeral 10 del art. 3 de la nueva Ley núm. 4-23, son susceptibles de ser tuteladas por medio de la garantía constitucional del *habeas data*, por constituir información personal *sensible*.

[7] Art. 55 (Ley núm. 4-23).-Responsabilidad de recopilación y tratamiento de datos. La Junta Central Electoral es la encargada de la recopilación, tratamiento y procesamiento de los datos biométricos, con el propósito de autenticar y certificar la identidad de las personas. **Párrafo.** – La recopilación, tratamiento, procesamiento y uso se hará de la manera determinada por los reglamentos de aplicación subsiguientes a esta ley.

[8] En ese sentido, sugerimos ver el Periódico Diario Libre. Noticia: «Comienza la captación de datos biométricos de presos serán trasladados a la Nueva Victoria». Disponible en la web: <https://www.diariolibre.com/actualidad/justicia/comienza-captacion-de-datos-biometricos-de-presos-seran-trasladados-a-la-nueva-victoria-EH20417452>. Consultado por última vez el 13 de febrero de 2023, a las 3:32 P.M. Asimismo, ver la notificación «Procuraduría inicia captación de datos biométricos de internos de La Victoria», escrito por Teresa Casado. Disponible en la web: <https://eldia.com.do/procuraduria-inicia-captacion-de-datos-biometricos-de-internos-de-la-victoria/>. Consultado por última vez el 13 de febrero de 2023, a las 3:32 P.M.

[9] Artículo 14 (Ley núm. 631-16).-Facultad para la emisión. La emisión de licencias para la comercialización, intermediación, tenencia y portación de armas de fuego, municiones, y otros materiales relacionados es facultad del Ministerio de Interior y Policía (MIP), quien emitirá los documentos correspondientes, de acuerdo a los requisitos establecidos por ley, sea para personas físicas o jurídicas. Los requisitos son los siguientes: [...] j) Toda persona física deberá presentarse ante el Ministerio de Interior y Policía para que realice la captura de los datos biométricos del licenciario y las características del arma de fuego a licenciar».

[10] Periódico Diario Libre, Niza C. Inés A. El presidente de la Suprema Corte de Justicia conversó de manera extensa con Diario Libre sobre sus prioridades en el cargo y de temas complejos, como los presos preventivos. Publicación de 31 de enero de 2023. Disponible en la web: <https://www.diariolibre.com/actualidad/dialogo-libre/2023/01/30/entrevista-con-luis-henry-molina-presidente-de-la-scj/2212487>. Consultado por última vez el 16 de febrero de 2023, a las 9:04 P.M.

[11] Art. 57 de la Ley núm. 4-23, Orgánica sobre Actos del Estado Civil.

[12] *Ibidem*.

[13] Artículo 43 del proyecto de Código Electoral colombiano. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICACIÓN POR MEDIOS DIGITALES. La Registraduría Nacional del Estado Civil será la encargada de la identificación digital y autenticación de todos los colombianos por los diferentes medios tecnológicos de firma digital, a través de la cédula de ciudadanía y tarjeta de identidad digital y por todo tipo de biometría o sistemas de autenticación, y se regirá por la regulación y disposiciones que para tal efecto expida la entidad.

La registraduría Nacional del estado Civil deberá permitir a las entidades públicas el acceso a los medios tecnológicos de identificación y autenticación de los colombianos para el cumplimiento de sus funciones constitucionales en virtud del principio de coordinación establecido en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

Lo anterior sin perjuicio del resto de mecanismos de autenticación descritos en la Ley 527 de 1999 que promueve la digitalización de los colombianos. Párrafo. La Registraduría Nacional del Estado Civil implementará la consulta y expedición en línea del registro civil, el cual no incorporará la inscripción de las huellas plantares.

[14] Arbeláez M., María Fernanda. Periódico digital El Tiempo. Debate por artículo del Código Electoral sobre autenticación digital. Disponible en la web: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/articulo-44-potestad-de-la-registraduria-en-la-autenticacion-digital-601843>. Consultado por última vez el 12 de febrero de 2023, a las 11:11 A.M.

[15] *Ibidem*.

[16] Rodríguez, Clara. Nuevo Código Electoral: sí, pero no así. Artículo del periódico digital Razón Pública. Disponible en la web: <https://razonpublica.com/nuevo-codigo-electoral-no-asi/>. Consultado por última vez el 17 de febrero de 2023, a las 9:37 A.M.

[17] Periódico digital El Tiempo, «Pliego de Condiciones a la Corte para ajustar el nuevo Código Electoral». Disponible en la web: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/codigo-electoral-sera-revisado-por-corte-constitucional-583562>. Consultado por última vez el 14 de febrero de 2023, a las 11:56 P.M.

[18] Arbeláez M., María Fernanda. Periódico digital El Tiempo. Debate por artículo del Código Electoral sobre autenticación digital. Disponible en la web: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/articulo-44-potestad-de-la-registraduria-en-la-autenticacion-digital-601843>. Consultado por última vez el 12 de febrero de 2023, a las 11:11 A.M.

[19] Portal web de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Escrito por: Luis Enrique. Título: «La protección de datos en América Latina: influencia del RGPD», 15 de junio de 2021. Disponible en el enlace: <https://www.uasb.edu.ec/ciberderechos/2021/06/15/la-proteccion-de-datos-en-america-latina-influencia-del-rgpd/>. Consultado por última vez el 17 de febrero de 2023, a las 2:39 P.M.

[20] Binder, Wilkins, James. «Protección de datos biométricos tendencia regulatoria en la Unión Europea y Estados Unidos (Estado de Washington)». Disponible en la web: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24644/2/BCN_datos_biometricos_\(f\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24644/2/BCN_datos_biometricos_(f).pdf). Consultado por última vez el 17 de febrero de 2023, a las 3:04 P.M.

[21] *Ibidem*.

[22] *Ibidem*.

[23] Portal web del BID. «Despuntan las reformas en materia de protección de datos en América Latina». Publicado el 12 de febrero de 2019. Disponible en el enlace: <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/proteccion-de-datos-gdpr-america-latina/>. Consultado por última vez el 17 de febrero de 2023, a las 3:27 PM.

[24] *Ibidem*.

[25] De protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

[26] Article 8 (Loi núm. 2018-493 du 20 juin 2018, relative á la protection des données personnelles) *«I.-Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique»*.

[27] Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

Obstáculos legales en la necesaria regulación deportiva profesional de la República Dominicana

Francisco Lapouble

El deporte profesional en la República Dominicana se desenvuelve tomando como referencia, en gran medida, patrones del modelo tradicional de franquicia existente en los Estados Unidos, donde el sector privado se organiza en torno a diferentes vehículos societarios de capital privado para dar vida a una industria que anualmente factura miles de millones de dólares. En términos operativos este proceso de adaptación pudiéramos decir que ha tenido éxito, pues, la realidad nos demuestra que en nuestro país ha sido posible conformar ligas profesionales cuyos equipos son, específicamente en el béisbol, parte de nuestra idiosincrasia. Sin embargo, en términos jurídicos este modelo no encaja en el marco de la legislación deportiva vigente, concebida con una visión –asumiendo con buena fe que tiene alguna– alejada de las herramientas legales que permitan desarrollar al deporte profesional con verdadera maestría.

Desde el concepto mismo de “franquicia”, entendido como un acuerdo a través del cual el franquiciador le concede el derecho de uso de una marca al franquiciado, a partir de cláusulas que aseguran la asistencia y el seguimiento, en forma y fondo, de cómo operar el negocio, a cambio de contraprestaciones financieras convenidas en el documento sin la necesidad de profundizar en el análisis, podríamos inferir que se trata de una operación con objetivos esencialmente comerciales.

Pero qué sucede, nuestra ley general de deportes número 356-05, fue concebida dejando de lado al modelo de deporte profesional que prima actualmente en el mundo, donde a través de sociedades anónimas deportivas o sociedades mercantiles, se tiene la posibilidad de gestionar el deporte desde sus etapas formativas hasta el nivel profesional y de alto rendimiento. En el caso dominicano, se enmarca a las organizaciones deportivas privadas, única y exclusivamente, bajo el concepto tradicional de clubes deportivos incorporados como asociación sin fin de lucro. En otras palabras, cualquier entidad deportiva que decida desarrollarse a través de cualquiera de los tipos de entidades establecidos en la ley de sociedades comerciales no sería admitida como institución de carácter deportiva privada.

El concepto de deporte que sostiene la ley es esencialmente la del deporte recreativo y amateur, que se desarrolla en clubes y academias bajo el amparo de la pirámide deportiva que compone el modelo federativo. En que el ámbito de “deporte profesional” concebido en la legislación local resulta de carácter enunciativo, precario e insuficiente. Apenas cuatro artículos, entre el 75 y el 78, hacen referencia de manera específica a este importante renglón del deporte, limitándose a establecer un sistema de registro de entidades, totalmente inoperante; la figura de los comisionados; y una serie de condiciones que deben establecerse para la contratación del deportista profesional, que en la práctica no se cumplen, no necesariamente por falta de voluntad, sino por ausencia de estructura y de herramientas jurídicas para hacerlo.

Al margen de todo este articulado la realidad es otra: la mayoría de los equipos de las ligas profesionales existentes en la República Dominicana, beisbol, fútbol y baloncesto, están constituidos legalmente como sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas simplificadas. En LIDOM, por ejemplo, la única franquicia cedida a un club deportivo constituido bajo el esquema de asociación sin fines de lucro es el caso de los Tigres del Licey, excepción que hace un ruido tremendo en términos de fiscalidad deportiva por la asimetría en la liquidación de lo generado cada temporada, respecto de los otros equipos dentro de dicho renglón deportivo.

Estas incongruencias, provocan que el desajustado sistema deportivo nacional termine siendo una especie de monstruo con mucho poder, la verdad sea dicha, que deambula entre irregularidades funcionando con cierto éxito, pero con pocos mecanismos de control y rendición de cuentas. De todas maneras, el crecimiento seguirá siendo sostenible año tras año, lo que hará necesario una adecuación del deporte profesional orientada más a la realidad, que a la normativa vigente.

Una forma idónea para superar estos obstáculos y que las ligas profesionales puedan operar como franquicias deportivas pasa por el reconocimiento jurídico de los clubes y sociedades deportivas con interés comercial (I), y el establecimiento de un modelo responsabilidad jurídica y económica que sustente el deporte profesional en el país (II).

I. Hacia el reconocimiento de los clubes y sociedades deportivas con interés comercial

Como ya dijimos, la actividad deportiva en la República Dominicana se concibe únicamente de acuerdo con a la ley de deportes bajo el esquema del club deportivo, que nace a partir del asociacionismo sobre el que se comenzó a desarrollar el deporte en todas partes del mundo. Las cosas han cambiado, ese modelo hoy se proyecta hacia dos vertientes: por un lado, la tradicional que concibe al deporte de base como una actividad no lucrativa, y por otro lado, el modelo de entidad deportiva que tiene como objetivo el establecimiento de la actividad profesional de carácter eminentemente lucrativo. Para que este último modelo pueda erigirse de manera formal, se deben generar los vehículos jurídicos apropiados instituidos con éxito en la normativa de muchos países, tales como las sociedades anónimas deportivas.

La sociedad deportiva con interés comercial es una figura corporativa admitida en ordenamientos como los de España, Reino Unido, Alemania o Francia, por citar algunos, lugares que albergan a las principales ligas profesionales del mundo y generan cifras millonarias en consumos y beneficios todos los años. Precisamente, razones económicas fueron las que llevaron al reconocimiento de este tipo de entidades. El modelo no lucrativo tradicional se vio insuficiente al momento de acceder a créditos, gestionar deudas, presentar garantías y avales bancarios, y demás tipos de gestiones y condiciones propias de las sociedades mercantiles.

Y en su proyección comparativa verificamos que en España, la ley de deportes en su artículo 19, establece que el objeto social principal de este tipo de sociedades es la

participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, además, la promoción y desarrollo de actividades deportivas, así como otras actividades relacionadas o derivadas con esta práctica. Esa disposición, abrió la posibilidad de que capitales privados, inversionistas e interesados en hacer negocios en el deporte, pudieran materializarlo partiendo de un marco regulatorio formal, incentivador del apoyo económico, fundamental en el éxito de cualquier proyecto deportivo.

En Alemania, funciona un modelo que ha tenido éxito y que dado la interacción público-privada del deporte en nuestro país, podría ser atractivo. La legislación de ese país ha creado la posibilidad que asociaciones sin fines de lucro puedan aliarse a sociedades comerciales, y a través de estos entes jurídicos mixtos, gestionar profesionalmente al club, provocando que la asociación deportiva tradicional conformada, instituida y de propiedad de sus socios, como por ejemplo el Bayern Múnich, pase a ser una excepción.

En el caso de Inglaterra, cuyo esquema de sociedad deportiva mercantil data de principios del siglo veinte, no se establecen porcentajes como el caso alemán, pudiendo acceder las sociedades comerciales a la compra de los clubes deportivos, como ha pasado en este último tiempo con la mayoría de los históricos como Manchester United y Liverpool, por solo citar dos, pero igualmente, existe la posibilidad de constituirlos desde su fundación como entidad mercantil.

Francia, por su parte, también admite la coexistencia entre sociedades deportivas comerciales y asociaciones civiles sin fines de lucro. Como lo explican Pablo Carlos Barbieri y Francisco Victoria Andreu: “Lo interesante del modelo francés es que la sociedad anónima deportiva se crea en base a la asociación de origen, la cual no desaparece. La asociación que permite la creación de la sociedad deportiva se convierte en “asociación soporte”. La ley prevé una repartición de competencias entre la “asociación soporte” y la sociedad anónima por medio de una convención entre ambas. La “asociación soporte” continúa manejando las actividades no profesionales del club así como las condiciones de utilización por la sociedad de la denominación, marca u otros símbolos distintivos pertenecientes a la asociación”.

Vale aclarar, que este tipo de modelos de gestión de un club deportivo no es uniforme, tampoco la panacea perfecta. En estos países donde ya ha sido incorporado, se mantiene el debate sobre cuál debe ser el régimen idóneo en el que deben funcionar las agrupaciones deportivas profesionales. La situación deportiva que hoy atraviesa en España el Valencia Club de Fútbol, por indicar solo uno, es un ejemplo que puede estudiarse como “punto flojo de gestión” de una sociedad anónima deportiva. En este caso, un inversionista adquirió casi la totalidad de la masa accionaria de la entidad para propósitos exclusivamente comerciales, descuidando el aspecto deportivo que debe perseguir todo club, situación que ha provocado que un equipo histórico se encuentre luchando hoy por no perder la categoría, y a su afición protestándole a su propietario que ceda sus acciones y que abandone el club. Este tipo de experiencias, son las que a la larga provocan nuevos debates para el asentamiento de mejores cimientos legales que sostengan al deporte profesional.

II. El establecimiento de las bases jurídicas y económicas que sostienen el deporte profesional

De ahí, que el deporte profesional en nuestro país se contextualice jurídicamente en sentido general con reglas que no toman en cuenta el objeto deportivo que justifican a estas entidades, provocando que nuestras ligas funcionen carentes de un modelo especial, sólido y definido de gestión y regulación.

Actualmente, predominan en el mundo deportivo dos modelos jurídicos de ligas profesionales. Uno de inspiración estadounidense, sobre el que se constituyen y existen la NBA, MLB, NFL, NHL y la MLS, cuya configuración normativa y de gobernanza es exclusivamente privada, y el protagonismo del deporte federado y el poder público es prácticamente inexistente. En el caso del béisbol, por la influencia de este modelo organizado, resulta ser el formato que sigue LIDOM en lo local para operar nuestra liga profesional, siendo propietaria de las seis franquicias competidoras en cada temporada, cedidas en su mayoría por contratos comerciales a sociedades encargadas de operarlas, que no dependen en lo absoluto de la Federación Dominicana de Béisbol.

El otro modelo es el conocido como continental o federativo, donde la liga profesional depende de los reconocimientos y los avales de la federación local e internacional, reconociéndole de todas maneras cierta autonomía a la entidad jurídica encargada de gestionar la liga. El caso dominicano tiene un ejemplo de este modelo en la LDF. Nuestro fútbol profesional, depende deportiva y económicamente de la FIFA, quien a través de la federación local marca las pautas sobre las cuales la liga, como ente autónomo, debe manejarse. Fungiendo incluso las veces de ente superior jerárquico en temas disciplinarios y de gobernanza.

Ese panorama nos demuestra que contamos con un deporte profesional poco regulado y con apenas controles de supervisión. Por lo que, definir un modelo, o en todo caso reglamentar de forma especializada los modelos que tenemos funcionando, resulta necesario para un sector de nuestra economía que genera anualmente importantes recursos y fuentes trabajo de todo tipo.

La creación de un régimen jurídico especial para el deporte profesional debe tener como objetivo establecer el estándar de requisitos donde se establezcan los parámetros para la creación y funcionamiento de estas entidades, sus órganos de gobierno y representación, el objeto social que pretenden, así como el de sus competencias, sus organismos disciplinarios y su potestad de aplicar sanciones deportivas; igualmente, un régimen de responsabilidad jurídica y económica, que garantice la presencia de órganos de gobierno y representación a través de normas de control de la gestión financiera y transparencia para un manejo adecuado de sus intereses.

Nuestra intención a partir de estos apuntes es traer a discusión la necesidad de alternativas que, a propósito del contexto normativo actual, resultan necesarias. La realidad jurídica nos pega de frente al mostrarnos que no contamos con una solución

legal para gestionar una problemática que, si bien hoy alcanzamos a disimular, en la medida que siga evolucionando la industria del deporte se generarán situaciones más complejas para dirimir. Mientras tanto, ni con las tradicionales asociaciones sin fines de lucro de la Ley 122-05, tampoco con las entidades mercantiles de nuestra ley de sociedades comerciales, es suficiente para la gestión de un deporte profesional que aspira ubicarse a la altura del Derecho del Deporte de estos tiempos.

Biobliografía

- 1.Barbieri, Pablo C, Las sociedades anónimas deportivas (SAD), distintos modelos jurídicos, en <http://www.saij.gob.ar/pablo-carlos-barbieri-sociedades-anonimas-deportivas-sad-distintos-modelos-juridicos>
- 2.De la Iglesia y Prados, Eduardo, Los Clubes y Sociedades Anónimas Deportivas, en Manual de Derecho del Deporte de Gamero Casado, Eduardo y Millán Garrido, Antonio, 1ra. Ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- 3.Terol Gómez, Ramón Ligas Profesionales y Asociaciones de Clubes, en Manual de Derecho del Deporte de Gamero Casado, Eduardo y Millán Garrido, Antonio, 1ra. Ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- 4.Victoria Andreu, Francisco, Asociación vs. Sociedad Anónima Deportiva, en <http://www.iusport.es/images/stories/autores/Francisco-Victoria-Sociedades-Deportivas-FVA2012.pdf>

La aplicación en el tiempo de la nueva ley de casación

Enmanuel Rosario Estévez

El 17 de enero del año 2023 fue promulgada y publicada la ley 2-23 que regula el recurso de casación en la República Dominicana. Esta novedosa pieza legislativa derogó la antigua ley 3726 de 1953, promulgada por Héctor Bienvenido Trujillo Molina, y que estaba a punto de cumplir setenta años de vigencia.

Como toda nueva norma, la recién promulgada ley de casación ha generado ciertas expectativas en la comunidad jurídica, pues se trata de una modificación sustancial de la vieja estructura de la casación en nuestro país. Es prácticamente una ruptura con el viejo orden y que necesita de un proceso de adaptación. Precisamente, uno de los puntos de debate generados por la nueva norma consiste en determinar los casos específicos en los que debe de implementarse, o en otras palabras, el dilema de la aplicación de la nueva ley de casación en el tiempo.

De entrada, debemos advertir que la nueva ley de casación es de aplicación inmediata, lo que quiere decir, que su entrada en vigor está condicionada únicamente al requisito de promulgación y publicación a cargo del presidente de la República, conforme lo dispone la Constitución de la República y el Código Civil. Expresamente, el artículo 95 de la ley 2-23 indica que la entrada en vigor de la nueva norma se producirá de manera inmediata.

Para establecer el momento exacto de la entrada en vigor de la norma es necesario distinguir dos conceptos de alta relevancia: la promulgación y la publicación de la ley. La promulgación es “el acto por el cual el jefe del Estado confirma la existencia de la ley y da la orden a las autoridades públicas de observar y de hacer observar esta ley”[1]. Es la última etapa del proceso legislativo[2], y su finalidad es “autenticar el texto de la ley, convertirla en ejecutoria”[3].

Por su parte, la publicación es la comunicación general realizada por el Poder Ejecutivo en la Gaceta Oficial, o en cualquier medio de circulación nacional con “la finalidad de hacerla oponible a los sujetos de derecho”[4]. De igual forma, el presidente de la cámara que haya remitido la nueva ley podrá publicarla si el presidente de la República deja vencer el plazo de promulgación y publicación.

A partir de la publicación integral de la ley se abre un plazo para que la población tome conocimiento efectivo de la nueva norma. Este plazo es una especie de presunción *jure et de jure*, de que una vez transcurra el tiempo prestablecido la nueva norma se reputa conocida por todos. En la República Dominicana, las leyes que entran en vigor de forma inmediata se consideran conocidas por la colectividad y ejecutables al día siguiente de la publicación para el Distrito Nacional, y al segundo día, en el resto del país.

Este viejo y obsoleto sistema que permite determinar la entrada en vigor de la ley es una herencia del antiguo ordenamiento francés, que revela las dificultades de

comunicación en los siglos XIX y XX. En aquella época, una noticia generada en París duraba varios días en conocerse en los distintos puntos de Francia. Lo mismo ocurría en la República Dominicana, quizás con mayor dilación por el precario sistema de comunicación vial que existía.

Hoy en día, las noticias viajan a la velocidad de la luz. En cuestión de segundos y de forma simultánea con la capital, el país completo puede conocer de la ocurrencia de un hecho, especialmente cuando se trata de la existencia de una ley. Esto provoca que carezca de sentido la utilización del esquema actual para determinar la entrada en vigor de la norma.

En fin, partiendo de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la nueva ley de casación entró en vigor en el Distrito Nacional al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial, y del segundo día para el resto del país. Esto quiere decir que, si su promulgación y publicación se produjo el día 17 de enero, la nueva ley de casación entró en vigor el día 18 de enero de 2023 para el Distrito Nacional, y el 19 de enero para el resto del país.

Sobre este tema es necesario hacer una breve reflexión: el plazo de entrada en vigor se computa en días ordinarios[5], y no en horas. De hecho, poco importa que se trate de un día feriado, y debe iniciarse formalmente en la hora cero[6]. Así por ejemplo, si la nueva ley de casación fue publicada el día 17 de enero, y al tratarse de una norma de ejecución inmediata, su entrada en vigencia es a partir de la hora 0 del día 18 de enero.

Esta observación se hace porque en los días posteriores a la entrada en vigor de la ley, el Poder Judicial emitió un comunicado a través de sus redes sociales[7] en el que hace referencia a la entrada en vigor de la nueva ley y de forma errada computan ambos plazos en horas.

La puesta en escena de la nueva ley

Luego de determinar la entrada en vigor efectiva de la nueva norma surgen nuevas interrogantes, especialmente las que derivan de las casuísticas a las que debe aplicarse a la recién promulgada ley de casación. Recordemos que la ley de casación es una norma procesal, y que por esta característica es de aplicación inmediata.

De entrada, debemos advertir que la ley distingue tres elementos procesales de los cuales se desprende la parte práctica de la aplicación de la ley en el tiempo. Nos referimos al plazo para interponer el recurso, su procedencia y los trámites que deben ser agotados para la instrumentación del recurso.

En ese orden, el artículo 92 de la ley 2-23 regula el primer escenario para determinar la aplicación en el tiempo de la nueva ley de casación a cada caso, el cual nos permitimos transcribir con el interés de analizarlo de forma detallada:

“Plazo para recurrir. En lo relativo al **plazo para recurrir y los presupuestos de admisibilidad**, esta ley no tendrá aplicación respecto de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, cuyos recursos en tales aspectos seguirán regulados por la antigua Ley núm.3726, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación y sus modificaciones”

A partir del texto supra indicado, debemos hacer una distinción entre la aplicación plena y limitada de la nueva ley. Nos referimos a la aplicación plena cuando la nueva norma se aplicará al caso en todos sus aspectos, es decir, en cuanto al plazo para recurrir, casos en los que procede, trámites procesales, incidentes y todos los demás aspectos contenidos en la nueva disposición legal. En cambio, su aplicación será limitada cuando sólo se apliquen algunos aspectos de la nueva ley, y para otros se tenga que recurrir a la vieja normativa.

Lo anterior tiene una razón de ser, y es que al tratarse de una ley procesal la misma tiene aplicación inmediata. Sin embargo, los procesos en curso y en desarrollo no pueden ser alterados ni afectados por la nueva norma. Por ejemplo, si una actuación procesal había comenzado a ejecutarse bajo la vieja norma o un plazo estaba en curso, la nueva disposición no podría afectar ni incidir en este caso. Esto es la esencia de la seguridad jurídica.

La importancia de esta distinción es que a partir del artículo 92 de la ley, podemos concluir que **la nueva ley de casación sólo se aplicará de forma plena a los recursos de casación que se interpongan contra las decisiones emitidas a partir del día 18 de enero de 2023 en el Distrito Nacional, y para el resto del país desde el día 19 de enero.** En estos casos serán aplicadas todas las disposiciones de la nueva ley al recurso de casación interpuesto.

Ahora bien, si el recurso de casación que se pretende interponer es contra una sentencia emitida con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, sólo se aplicará en el aspecto de la tramitación, no así los plazos y procedencia, que seguirán regulados por la vieja disposición legal. Esto quiere decir, que el plazo para interponer el recurso y los casos en los que procede se regularán por la vieja ley, pero el mismo deberá ser interpuesto cumpliendo los tramites establecidos en la nueva ley.

Veamos varios escenarios que nos permitan comprender la puesta en escena de la aplicabilidad de la nueva norma:

a) Si la sentencia recurrida en casación fue emitida en fecha 10 de enero del año 2023, y ha sido notificada trece días después, es decir, el día 23 de enero, se aplicará la vieja norma en el aspecto del plazo para interponer el recurso, que es de treinta días, y también los casos en los que procede el recurso. Sin embargo, en lo relativo a los trámites procesales para la instrucción del recurso (depósito de memorial de casación, emplazamiento, depósito de emplazamiento, depósito de memorial de defensa, y demás) serán regulados por la nueva norma.

b) Si la sentencia recurrida en casación es de fecha 17 de enero de 2023, pero aún no ha sido notificada, de igual forma se aplicará la vieja ley en cuanto al plazo para recurrir y condiciones de procedencia. Aunque en este caso se sigue la misma línea que el anterior, lo hemos traído a colación sólo para demostrar que la notificación de la decisión no surte efecto en cuanto a la determinación de la aplicación en el tiempo de la nueva ley de casación. Incluso se aplicará la misma solución en el escenario en que la decisión a impugnar sea notificada el día 19 de enero.

c) Si la sentencia impugnada es emitida en el Distrito Nacional el día 18 de enero de 2023 y ha sido notificada al día siguiente, se aplicará nueva ley de casación en todos sus aspectos.

La esencia de esta distinción en la aplicación en el tiempo de la ley de casación es que no se afecten los derechos procesales de las partes involucradas. Así, la parte que resultó perjudicada por una decisión recurrible en casación bajo la vieja norma no podrá ver afectado su derecho a recurrir por la entrada en vigor de la nueva ley.

De igual forma, si la sentencia había sido emitida con anterioridad a la nueva ley y la parte afectada disponía de un plazo de 30 días para recurrir la decisión, este plazo no podrá ser modificado por la entrada en vigor de la nueva ley, pues el derecho a recurrir la decisión en el plazo que establece la ley al momento de la emisión de la sentencia es un derecho procesal adquirido.

Es importante comprender que la nueva ley de casación parte de la premisa de que las leyes procesales son de aplicación inmediata, lo que significa que cuando no afectan derechos procesales previamente adquiridos se aplican a todos los casos que estén en curso^[8]. Esto explica la exclusión del aspecto de los plazos y condiciones de admisibilidad respecto de los recursos de casación interpuestos en contra de las sentencias emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, y es que en estos casos las partes habían adquirido el derecho de recurrir la decisión en casación y en virtud de los plazos que existían al momento de emitirse la decisión.

Un punto importante que debemos destacar es en cuanto al efecto del recurso de casación en la nueva ley. La misma establece que la sola interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia impugnada, sino que será necesario demandar la suspensión de la ejecución de la decisión ante el presidente de la sala que esté conociendo del recurso. Esta regla procesal será aplicada incluso a los casos en que la sentencia impugnada haya sido emitida con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma, por lo que, el interesado deberá demandar la suspensión de la ejecución de la sentencia.

Lo anterior se explica porque la suspensión de la sentencia es un efecto procesal del recurso de casación, y lo que genera este efecto es el recurso de casación, no así la sentencia impugnada. En otras palabras, la existencia de una sentencia previa a la entrada en vigor de la ley no genera el derecho accesorio a que la misma sea suspendida

por la sola interposición del recurso de casación, lo que significa que no se trata de un derecho procesal adquirido que deba ser protegido por la nueva ley.

Ahora bien, para los recursos de casación interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, se mantendrá el efecto suspensivo que imperaba bajo el viejo sistema, por tratarse de los efectos procesales consolidados.

Es indudable que el tema de la aplicación procesal en el tiempo de la nueva ley de casación se torna interesante en la medida en que se profundiza y salen a relucir las casuísticas que deberán ser respondidas en su momento por nuestra Corte de Casación. Debemos reconocer que a pesar del esfuerzo de los redactores del texto por definir de forma práctica este tema, aún quedan brechas que no fueron previstas por el legislador y que requerirá la sapiencia de la jurisprudencia.

Tal es el caso de la sentencia emitida y notificada antes de la entrada en vigor de la norma, y el cómputo del plazo para interponer el recurso de casación se encontraba en marcha. Incluso, pudiéramos pensar en el caso cuyo plazo para interponer el recurso de casación es el mismo día de la entrada en vigor de la nueva norma. Cabría preguntarse bajo qué norma debe tramitarse este recurso de casación.

Para responder esta interrogante es necesario hacer un contraste con lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 2-23, y que establece que:

“En lo relativo a los plazos, los presupuestos de admisibilidad y la tramitación del recurso, la presente ley no tendrá aplicación respecto de los recursos de casación ya interpuestos o en curso a la entrada en vigencia de esta ley, cuyos recursos en tales aspectos seguirán siendo regulados por la Ley núm.3726, del 29 de diciembre de 1953, sobre Procedimiento de Casación y sus modificaciones, por lo que queda suprimida la obligación de dictamen del ministerio público y de celebración de audiencias, si todavía no se ha requerido dictamen ni se ha convocado a las partes a audiencia, respecto de los recursos de casación en curso, considerándose que tales expedientes estarán en estado de fallo cuando se encuentren en condiciones de fijación de audiencia bajo el viejo régimen del procedimiento de casación”.

De antemano, llama la atención que el legislador define dos momentos: a) los recursos interpuestos al momento de la entrada en vigor de la ley; y b) los que “están en curso a la entrada en vigor”. El primero es fácil de determinar, pues desde que se deposita el memorial de casación el recurso se considera interpuesto. Incluso, el concepto de “recurso de casación interpuesto” es tan amplio que abarca desde el depósito del memorial de casación hasta el momento en que el expediente se encuentre en estado de fallo.

El dilema realmente surge con la definición de los recursos que “están en curso a la entrada en vigor”. En un sentido estricto, debemos entender por recurso en curso a los

que están en fase de instrucción al momento de la entrada en vigor de la nueva norma. Por ejemplo, el recurrente había depositado y notificado mediante emplazamiento su memorial de casación, pero estaba pendiente el depósito del memorial de defensa al momento de la entrada en vigor de la ley. Indiscutiblemente la nueva ley no podrá aplicarse al caso, porque los trámites se están agotando bajo el imperio de la vieja norma y no es posible alterar las reglas procesales en medio de su ejecución.

Ahora bien, en un sentido más amplio pudiera interpretarse que el concepto de recursos en curso pudiera incluir aquellos casos en los que el recurso de casación no había sido interpuesto al momento de la entrada en vigor de la nueva ley, pero el plazo para interponerlo había iniciado. Esta es una interpretación muy extensiva, y quizás ambiciosa, pero es lo único que nos permite explicar que los redactores del texto se hayan permitido la coexistencia de estos dos conceptos: recursos interpuestos y recursos en curso al momento de la entrada en vigor.

Debemos advertir al lector que descartar categóricamente esta interpretación amplia nos dejaría un vacío legislativo para los casos en los que el plazo para interponer el recurso de casación había iniciado al momento de la entrada en vigor de la ley, e incluso, para aquellos en los que coincide el día del vencimiento del plazo para interponer el recurso y el de la entrada en vigor de la nueva norma. Será interesante la respuesta de la jurisprudencia a esta casuística.

Volviendo con el artículo 93 de la ley 2-23, aquí se establece tanto el aspecto de los plazos, como los requisitos de procedencia y la tramitación del recurso quedarán bajo la regulación de la vieja ley de casación cuando se trate de un recurso previamente interpuesto. Fíjense que el único elemento que distingue el artículo 92 y 93 es la tramitación.

Lo anteriormente expuesto tiene un sentido teórico, pues en la práctica, la propia norma permite la supresión de la celebración de la audiencia y del dictamen del procurador, aunque se instruya bajo la vieja norma, que son quizás los trámites de mayor impacto modificados por el nuevo régimen.

Esta disposición excluye, además, aplicar las nuevas formas de la casación dominicana adoptadas por la nueva ley a los recursos interpuestos con anterioridad a la ley, como es, por ejemplo, la posibilidad de la Corte de Casación de dictar sentencia directa sobre el fondo del asunto.

En fin, la aplicación de la ley en el tiempo siempre será un tema de relevancia jurídica por su vinculación directa con el principio de seguridad jurídica y la determinación de la norma exacta que debe regular un hecho jurídico. Este tema, en la ley 2-23 no ha sido una excepción, por lo que sólo nos queda esperar por la respuesta de la jurisprudencia a este apasionante dilema.

[1] CE, Ass, 8 de febrero 1974, Commune Montory y otros, Rec No. 93.

[2] Consejo Constitucional Francés, 23 de agosto 1985, No. 85-197 DC);

[3] Lassere, Valerie, *Lois et reglement*, Enciclopedia Dalloz, Civil, Editora Dalloz, Paris, Francia, 2022, Pág. 57.

[4] Lassere, Valerie, *Ob Cit.*, Pág. 59.

[5] El viejo sistema francés instaurado en 1870 utilizaba el método de cómputo en días franco. Esto permitía que no se computara ni el día de la publicación ni el día posterior.

[6][6] Ver Themistoklis Raptopoulos, *L'entrée en vigueur de la loi*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 198, Editora Dalloz, Paris, Francia, 2020, Pág. 213.

[7] Ver perfil de Instagram de Poderjudicialrd: <https://www.instagram.com/p/Cnpqw4rp5es/>

[8] La doctrina de los derechos adquiridos fue ampliamente desarrollada por los primeros comentaristas del Código Civil Napoleónico, y parte de la premisa de que una ley nueva no puede modificar a derechos adquiridos bajo el amparo de la ley derogada, salvo cuando se trate de simples expectativas. Los derechos adquiridos han sido definidos como aquellos que existen en el patrimonio al momento de la entrada en vigor de una norma. (Ver Bonneau, Thierry, *Application de la loi dans le temps*, Droit Civil, Jurisclasseur, Pág. 3)

La liquidación por estado: una figura inútil e inorgánica

Cristian A. Martínez C.[1]

Mientras existan caminos para no llegar al destino, esos tomarán la mayoría. Difícil y cierto. Es una conducta cuyo arraigo aumenta en la medida que calienta el Sol. Al parecer, nos toca.

Liquidación implica “cuantificar”, “ajustar”, “calcular” y “balancear cuentas”. El concepto “estado”, infiere la existencia de un “informe”, “reporte”, “estudio”, “análisis”. Conlleva “organización de datos” y “soportes” para presentar un resultado específico. “Liquidación por estado”, bajo esta perspectiva, es llegar a una suma cierta y determinada. Es cuantificar las variables presentadas en un informe, aunque la ley no la define.

El Código de Procedimiento Civil enuncia su existencia en el artículo 128: “*Las sentencias que condenen a daños y perjuicios, contendrán la liquidación u ordenarán que se presenten por estado*”. La última posibilidad la abordan tres artículos; por su importancia, me permitiré transcribirlos.

El artículo 523 establece: “*Cuando en una sentencia no se hubieren fijado los daños y perjuicios, la evaluación de ellos se notificará al abogado del demandado, si lo hubiere constituido, y los documentos se comunicarán bajo recibo del abogado o por la vía de la secretaría del tribunal*” (subrayado añadido).

Añade el artículo 524: “*El demandado estará obligado, en los plazos señalados por los artículos 97 y 98, y bajo penas en ellos establecidas, a devolver los documentos dichos; y en la octava después de fenecidos los dichos plazos señalados, hacer ofrecimientos al demandante por la suma en que estima los daños y perjuicios; en caso contrario, la causa se llevará por simple acto a la audiencia en justicia, y será condenado el deudor a pagar la totalidad de la evaluación si se hallare justa y fundada en pruebas legales” (subrayado añadido). No abundaré sobre los artículos 97 y 98. Su contenido no aporta sustancia al objeto aquí controvertido.*

La trilogía finaliza con el artículo 525: “*Si los ofrecimientos contestados se juzgaren suficientes, se condenará al demandante al pago de las costas causadas desde el día de los ofrecimientos” (subrayado añadido).*

El proceso de liquidación tiene particularidades especiales. Es conocido por el mismo tribunal que lo dispuso. La ley, parecía sugerir que el proceso pudiese concluir sin contencioso. Deja en manos de las partes –que se acaban de enfrentar– la solución del asunto. No se indican plazos para su activación. No se sabe de prescripciones o caducidades. Nos remiten a un proceso de comunicación de documentos, en desuso actualmente. Una parte –que no pudo probar su caso de manera integral– ahora presenta un informe y la otra parte –que aún tiene instancias abiertas– ofrece pagar lo que entiende. El juez debe decidir... Hay más preguntas que respuestas en esto.

Añade interés al tema que la sentencia que dispone la liquidación es recurrible. Se aumenta el período de espera de una solución a la controversia. Luego del viacrucis por los grados e instancias, el proceso volverá al lugar de origen para liquidar lo pendiente. Y luego, sobre esa liquidación, se repite la historia. Los muertos en esta batalla quedan en el campo. No hubo justicia oportuna. Se malgastaron recursos y congestionó el sistema. Nadie ganó, nadie perdió... Prima la frustración.

Este proceso de liquidación es cada vez más utilizado. ¡Tremenda ironía! Es la puerta “grande” para “sentir” que el caso se decidió, sin hacerlo. Se abandona el camino cuando se requiere el mayor esfuerzo técnico del juzgador. La razón de esto pudiera estar del lado del demandante que no hace su trabajo o bien en el juez que no quiere hacerlo. Ninguna de las razones es motivo de orgullo.

El tema es más grave aún. Se ordena la liquidación de daños de cualquier género. Sin ningún rubor se dispone para daños patrimoniales y extrapatrimoniales... Ese asunto es complicado. No abundaré. Amenazaría el foco que requiere la cuestión que analizo aquí.

Todo preocupa y mucho. Esta vía no cierra el diferendo social que se procura. Da la apariencia de que la controversia fue dirimida judicialmente. Es una ilusión. Hay una sentencia, pero nada soluciona. Para felicidad de muchos, en el reporte de evaluación del juez que la dicta se considera ese caso como fallado, palmitas en la espalda incluidas. Incluso el abogado del demandante celebra. Lo propio hace su contraparte. Es una fiesta sacada de una obra de Ionesco. Preocupa que el tema sea tan preocupante. Nadie se inmuta.

Varias interrogantes sostienen esta problemática: ¿Con esta medida se otorga una “segunda oportunidad” a la parte demandante? ¿Es esto posible en el estado actual? ¿Cuáles pruebas deben incluirse? ¿Pruebas nuevas? ¿Y las anteriores, qué pasa con ellas? ¿Están descartadas? ¿Se trata de nuevos daños? ¿Esta sería la vía para ello? Si existían las pruebas, ¿Por qué no se sometieron al contencioso inicial? ¿Cómo queda el derecho de defensa del demandado con estas nuevas pruebas? Si existían y no se presentaron en el proceso ordinario, ¿su inclusión en ese proceso especial afecta su estrategia de defensa? ¿Es una sorpresa? ¿Es permitida? ¿Se respeta el debido proceso, la imparcialidad y objetividad? ¿Y la inmutabilidad? ¿No es una vía perfecta -fácil- para que el juzgador tome un camino distinto a la solución del caso? ¿Realmente esto conviene al demandante? ¿Realmente esto conviene al demandado?

La problemática descrita es rica. Abordaré en un primer momento la liquidación por estado como instrumento procesal (I), para luego enfrentarla a las exigencias del derecho de defensa (II).

I.- LA LIQUIDACIÓN POR ESTADO COMO INSTRUMENTO PROCESAL. – El proceso de liquidación por estado implica actuaciones para las partes originalmente en litis. Tiene

repercusiones distintas desde cada posición. Una realidad para el demandante (A) y otra distinta para el demandado (B).

A.- LA LIQUIDACIÓN POR ESTADO DESDE LA PERPECTIVA DEL DEMANDANTE. – El demandante viene de un litigio. El juez ha indicado que en su caso hubo daños. No dijo cómo repararlos. Ahora le corresponde al demandante “continuar” para culminar el trabajo judicial. Si las pruebas que ya sometió no fueron suficientes, debe buscar otras. Aquí se presentan dos opciones: estas pruebas existían (a) o no (b). La palabra “prueba” no es mencionada en un contexto claro en el Código de Procedimiento Civil. No obstante, haremos el ejercicio.

a.- LAS PRUEBAS EXISTÍAN. – Si las pruebas existían al momento de primer encuentro, ¿por qué no fueron aportadas? El juez no debería recibir esas pruebas sin mirar para los lados. En este momento, ya el debate está cerrado. Cada parte desarrolló su defensa, escritos y estrategias incluidas. Si las acepta ¿qué repercusión tendrían en un proceso limitado a la evaluación? ¿Qué tipo de prueba puede suplir esta necesidad? Ya la existencia del daño fue probada, no su evaluación. La respuesta no es simple ni evidente. Parecería que no existen pruebas para ello. La identificación del daño implica un análisis especial. Incluye determinar la legitimidad de la reparación proyectada y la ausencia de obstáculos legales para la condena. Este proceso intelectual, incluye la evaluación del daño conforme las pruebas existentes y presentadas. Las pruebas deben suplir la necesidad de identificar el daño. Determinar si es reparable y cómo hacerlo.

b.- LAS PRUEBAS NO EXISTÍAN. – Supongamos que la parte demandante hizo su trabajo. Aportó toda la prueba relevante de su caso. Si aun así no fue suficiente para que el juez resolviera la petición ¿qué debe hacer? ¿Repasar y argumentar sobre las pruebas ya depositadas? No parecería ser la solución técnica. Tampoco podría aportar pruebas de nuevos daños. El contencioso es sobre lo debatido en la demanda principal. Los daños adicionales tienen una vía procesal distinta. ¿Aportar informes contables y financieros con base a las pruebas que fueron depositadas? Aunque es lo más frecuente, no me convence. Un informe de este tipo no es prueba del daño. Es una vía que nunca puede suplantar el argumento de la parte en la litis. Tampoco sustituiría la discrecionalidad del juez. Parecería que, si el demandante se encuentra en esta situación, su peor opción es continuar la ruta de la liquidación dispuesta. Sería más sensato recurrir la decisión. Discutir su caso con las pruebas que tiene. No inventar.

B.- LA LIQUIDACIÓN POR ESTADO DESDE LA PERPECTIVA DEL DEMANDADO. – El demandado en reparación también viene del litigio. El juez le ha indicado que está comprometido. Debe reparar el daño que causó. No ha dicho como. Ahora la ley pone en sus manos una oportunidad de cerrar la litis. Aceptar su responsabilidad. Debe ofrecer una suma (a). Esto implicaría renunciar a la posibilidad de continuar su caso. Es muy posible que prefiera no ofrecer (b). En cierta forma aún no ha perdido...

a.- LOS OFRECIMIENTOS. – El demandado según la ley, está “obligado” a realizar ofrecimientos. Debe ofrecer pagar la suma que estima. Esa oferta parecería que debe ser aceptada por el demandado. La ley no refiere al respecto. No sabemos qué pasa si

esa oferta es aceptada. Tampoco si el juez pierde autoridad en esta hipótesis. Mucho menos si ese acuerdo equivale a transacción. En todo caso, la consecuencia de no hacer ese ofrecimiento parece grave. La ley indica que se llevará la causa por “simple acto” a la audiencia en justicia. Señala que “será” condenado el deudor a pagar “la totalidad” de la evaluación que realizó el demandante. Sucederá esto si se hallare “justa” y “fundada” en pruebas “legales”. Es la única referencia a “pruebas” que hace el artículo 524. No se dice si deben acompañar la evaluación realizada por el deudor. No podemos concluir que sean un anexo de la evaluación. Tampoco lo contrario. Es posible que esas pruebas sean las incluidas “legalmente” al debate. Esta interpretación tampoco es pacífica. Al margen de lo anterior, que se realice el ofrecimiento no asegura el fin del asunto. La contraparte pudiere no aceptarlo. El juez podría juzgarlo insuficiente. Quizás por ello - por asumir la responsabilidad que encierra- es difícil encontrarnos en esta hipótesis. ¿Cómo sería interpretado un ofrecimiento no aceptado, en apelación? Esto supondría una forma de aquiescencia. Mala predicción para el demandado.

b.- LA AUSENCIA DE OFRECIMIENTOS. – La ley no dice nada. Parecería sugerir el artículo 524 que es una obligación. Esto contraviene la idea de que aun las partes están “litigando” (¡y en el mismo grado!). El texto indica: “(E)n caso contrario, la causa se llevará por simple acto de audiencia en justicia, y será condenado el deudor a pagar la totalidad de la evaluación” (subrayado añadido). Esta condena está sujeta a que se hallare “justa” y “fundada”. El texto no abunda. Esa amenaza de condenar a pagar la totalidad no es categórica. El juez pudiera ordenar otra partida menor. Esta solución tampoco es pacífica. No se puede olvidar que ha sido “imposible” evaluar el daño. ¿Cómo saber si es suficiente o no? ¿Por qué lo haría ahora? En todo caso, es riesgoso aceptar la suma que evalúe una parte interesada. Ella propone reparar “su propio” daño. ¿Pudiera el juez condenar a una partida mayor? ¿Debe la parte demandante circunscribirse a la suma peticionada originariamente? ¿Si la estimación fuere mayor a lo solicitado en demanda, qué pasaría? ¿Y si fuere menor la estimación? ¿Cómo quedaría el demandante en apelación? Nadie sabe nada. Aceptar o negar cualquier pregunta de estas conlleva aspectos relacionados a los límites del apoderamiento del tribunal. Mientras más hurgamos, más se complica lograr consenso técnico. Todo se puede complicar todavía más. Compaginemos todo esto con el derecho de defensa.

II.- LA LIQUIDACIÓN POR ESTADO FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA. – La puesta en marcha de este proceso es excepcional. Existe en un sistema procesal definido por instancias y grados. La liquidación mantiene el grado de su origen. Parecería una segunda oportunidad para el demandante (A) que no le ayuda ni a él ni a su contraparte (B).

A.- LA SEGUNDA OPORTUNIDAD. – En el proceso primigenio cada parte ha hecho su trabajo. A través del debido proceso, cada una ha sustentado su caso ante el juez. No hubo preferencias. Es imposible la idea de privilegios en el proceso. Ambas partes esperan el fallo. ¡Pero, sorpresa...! Ahora se debe continuar. Resulta que la parte demandante -que ya ha ejercido toda la logística de su defensa- tiene otra oportunidad. La parte demandada, no. No faltará quien arguya que esto no representa una violación

al derecho de defensa: se encuentra en la Ley (a). Ese planteamiento parecería no ser suficiente (b).

a.- EL DERECHO DE DEFENSA PROTEGIDO. – La parte demandante ha ganado una parte. Se comprobó que requiere reparación. Sólo resta determinar la cuantía. El proceso de liquidación es la continuación de ese proceso de reclamo. El derecho de defensa de la parte demandada estaría protegido en esa línea narrativa. Se adiciona que el propio legislador lo contempla. Aunque la ley no establece como se defiende el demandado y qué puede hacer, el procedimiento debe respetarse. Bajo este criterio, el derecho de defensa está protegido. ¡Y todos somos felices!

b.- LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA. – Limitar la violación del derecho de defensa a los casos en que la ley no establezca un proceso, no parecería correcto. No es suficiente. No corresponde con su alcance constitucional actual. Esta segunda oportunidad del demandante, según la ley, se realiza sin contrapeso. No se expresa la posibilidad de contestar la evaluación. Tampoco cómo contradecir las pruebas, si fuere posible esto último. Nos encontramos con un demandado cuya única prerrogativa es dar aquiescencia a su derrota. Solo puede ofrecer la reparación. La ley no indica otra opción. Se trata de aceptar lo que plantea esa parte a quien se le ha dado otra oportunidad. Es irritante la idea. Si la demanda no estaba fundamentada, el juez debió rechazarla por falta de pruebas. La ausencia parcial de pruebas es “ausencia” para fines de rechazo. No obstante, aquí estamos hablando de liquidación... No hay pruebas suficientes y se da una segunda oportunidad al demandante. Se crea un desequilibrio al parecer inconciliable con el debido proceso. Esta situación repercute negativamente en la estrategia de defensa del proceso ordinario. Le imposibilita conocer todos los elementos probatorios en su contra. No pudo defenderse de manera coherente y en conocimiento “total” de la causa. Plantear un argumento de defensa frente a una prueba que después es complementada por otra -depositada luego de cerrado el debate- es un juego de escondidas. Es una caricatura mal pintada del derecho de defensa y del debido proceso. No es a eso a lo que se refiere la Constitución. Para colmo de males, tampoco esta supuesta solución es efectiva.

B.- LA INEFECTIVIDAD DE LA LIQUIDACIÓN POR ESTADO DE DAÑOS. – Evaluaré la efectividad del tema de esta disertación. Hay principios que al parecer resultan lesionados con su puesta en marcha. Es necesario separar las cosas. Analizar qué ocurre del lado demandante (a). Luego argüir las opciones prácticas que trae esto del lado demandado (b).

a.- LA INEFECTIVIDAD PARA EL DEMANDANTE. – Salvo alguna estrategia particular -cuya legitimidad sería cuestionada- al momento de la liquidación por estado, el demandante ya ha concluido su defensa. Hora de verse con la difícil exigencia de tener que decir lo que ya ha dicho. No le ha entendido el Juez. En este abundamiento, debe cuidar no contradecirse. Tampoco debería “inventar” pruebas. Corre el riesgo de perder el camino “recorrido”. Es poco probable que reciba un ofrecimiento serio del demandado. Aunque está sólo en la pista de carreras, está atado a su demanda inicial. Tampoco está seguro de ello. Puede hacer mucho, pero puede afectar lo poco ganado.

Debe ponderar el tiempo que toma ese proceso especial. Pudiere requerir más que el proceso inicial. Para colmo, esa decisión debe transitar los caminos procesales del sistema. Se aleja la solución de reclamo. Se malogra el objetivo del proceso. Sumemos a todo esto que los temas relacionados a liquidación por estado no son recurribles en casación conforme dispone el artículo 11 numeral 5) de la nueva y flamante ley de casación. ¡Todos seguimos felices!

b.- LA INEFECTIVIDAD PARA EL DEMANDADO. – En demandado es traído por los pelos a un segundo asalto. Tiene las manos atadas. No puede depositar nuevas pruebas en oposición a las aportadas por la contraparte. Debe ofrecer una suma de un proceso que no tiene la autoridad de la cosa juzgada ni es definitivo. Su inercia pudiera obligarle a pagar una suma que someta una contraparte que no pudo probar su caso inicialmente. Debe continuar una defensa “fraccionada” de pruebas presentadas igualmente “fraccionadas”. Armar un rompecabezas del cual faltan piezas. Debe defenderse en un escenario en el que el juez ya lo ha sindicado como responsable. Sus pruebas de defensa no sirven en ese proceso. Solo debe observar, esperar. El golpe avisará.

[1] Cristian A. Martínez C. Asesor de Litigios y Negocios. Socio director de MSJ. msj.do. Profesor universitario UASD, UNIBE, PUCMM y APEC. Docente y conferencista en temas relacionados al derecho de las obligaciones en Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), Gaceta Judicial y FINJUS. Ha publicado ensayos y disertaciones sobre responsabilidad civil, derecho de los contratos y procedimiento.

Niveles de elección y erradicación del voto de arrastre ¿Cómo votar en las elecciones de 2024?

Nikauris Báez Ramírez[1]

La legislación aporta como concepto de niveles de elección que son los que contienen candidaturas indivisibles o no fraccionables en sí mismas[2]. Esto quiere decir, en palabras menos técnicas, que las candidaturas de cada nivel deben encontrarse individualizadas respecto a todos los demás, de ahí que ningún nivel de elección incida sobre el otro en cuanto a (i) los efectos del voto (ii) la configuración de las alianzas o coaliciones y (iii) aspectos de administración electoral. Por su parte, el voto de arrastre o en estricto sentido, doble voto simultáneo, es el que implica que el voto de un elector valga o sea computado para varias posiciones al mismo tiempo.

Cuando se implementa el voto de arrastre no hay una división material entre las candidaturas o puestos de elección popular, sino que los votos ejercidos a favor de una candidatura inciden en la elección de otra u otras candidaturas. Este tipo de votación ha existido en el país desde los inicios de su vida republicana. En la boleta partidaria se presentaban las candidaturas de todos los niveles de elección, de modo que cuando se marcaba la candidatura a la presidencia del país, con ella se estaban eligiendo todos los demás cargos de elección popular, es decir, la presidencia arrastraba la elección del resto de candidaturas: senador, diputado, síndicos y regidores.

Materialmente, en términos electorales, solo existía el nivel presidencial: esto imposibilitaba que el elector pudiera votar por diferentes partidos políticos para la elección de otras candidaturas que conformarían, por ejemplo, el poder legislativo. Su decisión solo se expresaba de manera directa a favor de la presidencia. Con el tiempo el voto de arrastre y su aplicación ha sufrido importantes modificaciones: se ha eliminado paulatinamente y con ello se han dividido los niveles de elección.

Los niveles de elección suponen la individualización y determinación del alcance de la votación de la ciudadanía para la elección de escaños y cargos de elección popular. En consecuencia, la forma en la que estén configurados los niveles de elección impacta o incide en la forma de votación y viceversa: a mayor disminución del voto de arrastre, mayor división de los niveles de elección; a menor disminución del voto de arrastre, menor división de los niveles de elección.

Si bien existe una especie de voto de arrastre al interior de la lista de una organización política en las candidaturas postuladas en las demarcaciones plurinominales (diputaciones, regidurías y vocalías), en tanto que por aplicación de la proporción o fórmula *d'hondt* para asignar escaños, un candidato más votado puede arrastrar la elección de otros candidatos menos votados de la lista de esa organización política, frente a las candidaturas de otra organización que tenga candidatos más votados individualmente. No menos cierto que tal arrastre es entre candidaturas de un mismo nivel de elección al interior de una misma lista partidaria y no entre candidaturas de diferentes niveles.

Respecto al voto de arrastre entre candidaturas de diferentes niveles, por modificaciones al sistema electoral, producidas por sentencias y reformas legislativas, en la actualidad República Dominicana solo tiene voto de arrastre para la elección de dos (2) candidaturas:

1.Las diputaciones nacionales por acumulación de votos. Los escaños de estas candidaturas, que son cinco (5), se asignan por el total de votos válidos obtenidos por las organizaciones políticas a nivel de diputaciones, en principio considerando los partidos minoritarios que hayan alcanzado más del 1% de la votación a nivel nacional en ese nivel de elección y que no hayan obtenido ninguna diputación.

2.Los representantes ante parlamentos internacionales. En República Dominicana son las candidaturas al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) que asciende a veinte (20) representantes, cada uno con sus suplentes, cuyos escaños son asignados considerando el total de votos válidos obtenidos por las organizaciones políticas en el nivel de senadurías.

Es decir, al depender la asignación de escaños de las diputaciones nacionales por acumulación de votos, de los votos obtenidos por las organizaciones políticas a nivel de diputaciones, este no forma un nivel en sí mismo, sino que -dada la ausencia de autonomía en su elección- forma parte del nivel de diputaciones. En el caso de los representantes al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) ocurre una paradoja: estas candidaturas no están enlistadas dentro de ningún nivel de elección, sin embargo, su dependencia político-electoral del nivel de senadurías, en razón de que la votación por arrastre que se toma en cuenta para asignar estos escaños es del total de votos válidos obtenidos por las organizaciones políticas en ese nivel de elección.

Sin detenernos a analizar la referida paradoja, ambos niveles -como se ha dicho- forman, al menos materialmente, parte del nivel de diputaciones y senatorial, respectivamente. A continuación, se enlistan los siete (7) niveles de elección del sistema electoral actual, a saber:

- 1.**Nivel presidencial: se refiere a la elección conjunta de la presidencia y vicepresidencia de la República;
- 2.**Nivel senatorial: se refiere a la elección de senadores y senadoras;
- 3.**Nivel de diputaciones: se refiere a la elección de diputaciones por demarcación territorial, diputaciones nacionales por acumulación de votos y diputaciones representantes de la comunidad dominicana en el exterior;
- 4.**Nivel de alcaldías: se refiere a la elección conjunta de alcaldes y vicealcaldes;
- 5.**Nivel de regidurías: se refiere a la elección conjunta de las regidurías y sus suplencias;
- 6.**Nivel de direcciones distritales: se refiere a la elección conjunta de los directores y subdirectores de distritos municipales; y
- 7.**Nivel de vocalías: Se refiere a la elección de las vocalías de los distritos municipales.

Si bien es hasta el estreno de la nueva Ley del Régimen Electoral 20-23 donde en su artículo 96 se dividen los niveles de la forma antes enlistada, para las elecciones de dos mil veinte (2020) hubo fragmentación de niveles que constituyeron pasos importantes para la erradicación del voto de arrate. Fue eliminado el voto de arrastre (i) en el nivel congresual, entre senadurías y diputaciones (ii) en el nivel municipal entre las candidaturas del municipio y las candidaturas del distrito municipal. El primero por sentencia del Tribunal Constitucional, mientras que el segundo fue producto de modificaciones legislativas que ulteriormente fueron interpretadas por la Junta Central Electoral. Veamos:

Fue eliminado el voto de arrastre entre las candidaturas a senadurías y diputaciones mediante la sentencia TC/0440/19 emitida por el Tribunal Constitucional dominicano en fecha diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019), tras considerar que el voto de arrastre vulneraba el carácter libre y directo del voto, además de transgredir el principio de separación de poderes, dado que no era cónsono con el sistema bicameral de la República Dominicana. Por ello, sostuvo el Colegiado constitucional, la elección de los miembros de la Cámara de Diputados y el Senado de la República debía ser de modo directo y por votación libre, lo que se tradujo en la división del nivel congresual. En la actualidad, conforme se verifica en los numerales 2 y 3 del artículo 96 de la Ley 20-23, existe el nivel de diputaciones y senatorial y ya no el nivel “congresual”.

También el doble voto simultáneo a nivel municipal fue eliminado por disposición legal que aplicó la Junta Central Electoral en acuerdo con las organizaciones políticas. Esto es, se dispuso que la elección de las autoridades municipales se realice de manera separada entre las demarcaciones, es decir, que los votos emitidos en el ámbito del municipio no sean computados al de los distritos municipales que le correspondieran y que los votos emitidos en los distritos municipales no sean computados en el municipio al que estos pertenecían[3].

Lo anterior significó que las candidaturas a las alcaldías, vicealcaldías, regidurías y sus suplencias, fueron escogidas por los electores de la demarcación correspondiente al municipio, sin incluir a los distritos municipales que formen parte del mismo. Por su parte, las direcciones y subdirecciones distritales, así como las vocalías, fueron electas por los electores de la demarcación correspondiente al distrito municipal, sin que estos votos se sumaran al municipio al que territorialmente pertenecían. Materialmente, para las elecciones de 2020, existieron dos niveles: primero, el municipal, y, segundo, el de distritos municipales, cuya elección de autoridades fue autónoma política (por la manera en la que se configuraron las alianzas y coaliciones de partidos) y electoralmente (por la forma y efectos del voto) entre esas demarcaciones.

Aunque había sido eliminado el voto de arrastre entre las candidaturas de la demarcación del municipio y las candidaturas de la demarcación del distrito municipal, subsistía el voto de arrastre entre las candidaturas del interior de cada demarcación. Es decir, en 2020 (i) los votos de los regidores se le sumaban a la candidatura a la alcaldía/vicialcaldía y viceversa, los votos de la alcaldía/ vicialcaldía se le sumaban a la lista de regidores de la organización política (ii) los votos de las vocalías les eran

sumados a las direcciones/subdirecciones distritales y viceversa, los votos de las direcciones/subdirecciones distritales les fueron sumados a la lista de vocalías de la organización política.

Sin embargo, para las elecciones de 2024, por sentencia del Tribunal Constitucional dominicano[4] los votos computados serán los obtenidos individualmente por los alcaldes y directores municipales, de modo que no les serán sumados los votos de los regidores ni vocales, respectivamente. Ello tras el Colegiado constitucional considerar que en razón de que los ayuntamientos y las juntas de distritos municipales son los órganos de representación política más cercanos a la población y a los ciudadanos, y sus autoridades las que administran la solución de los asuntos más cotidianos y esenciales de la comunidad, reviste gran importancia para la legitimación de estos funcionarios que los electores puedan seleccionar a quienes consideren idóneos para esos cargos municipales, en absoluta libertad y con las garantías de ejercer sus preferencias electorales aun con la opción de combinar su elección entre las diferentes propuestas presentadas por los partidos, agrupaciones y movimientos políticos.

No existirá voto de arrastre en esos niveles. De modo que, como fue enlistado y se aprecia en los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 96 de la Ley 20-23, ya no existe un “nivel municipal” dado que todos los niveles son autónomos en sí mismos política y electoralmente. En la actualidad este nivel lo forman: el nivel de alcaldías/vicealcaldesa; nivel de regidurías y sus suplencias; nivel de direcciones/subdirecciones distritales y niveles de vocalías. La eliminación del voto de arrastre y la consiguiente división de los niveles de elección impacta en tres aspectos elementales del sistema electoral: (a) los efectos político-electorales del voto (b) la estructuración de los pactos de alianza o coalición, y (c) elementos de administración electoral.

(a) de los efectos político-electorales del voto

Respecto al primero, esto es, los efectos político-electorales del voto, significa que no habrá voto de arrastre en ningún nivel de elección: el elector podrá votar, en cada nivel de elección, por el partido político y candidatura de su preferencia. Las y los electores tendrán la opción de combinar su elección entre las diferentes propuestas presentadas por los partidos, agrupaciones y movimientos políticos.

Implica que, por ejemplo, a diferencia de cuando existía el voto de arrastre en el que un elector o electora votaba por un vocal y a su vez votaba por el director del distrito municipal respectivo, teniendo que ejercer su voto por la misma organización política dado que se trataba de un doble voto simultáneo, pues lo contrario produciría el fraccionamiento del voto y la consecuente nulidad del sufragio así ejercido, en las elecciones que tendrán lugar en 2024 y a partir de allí, a nivel de director municipal y en el nivel de vocalías, la ciudadanía podrá votar por organizaciones políticas diferentes, si así lo deseara el ciudadano o la ciudadana, sin que esto acarree la nulidad del voto.

Lo propio es extensible *mutatis mutandis* a cómo se ejercerá el voto en el municipio, debido a que un elector no deberá sufragar de forma obligatoria por el alcalde o alcaldesa y regidor o regidora postulados por una misma organización política, pudiendo elegir la opción -de entre diferentes organizaciones políticas- que prefiera; pues el nivel de regidurías y alcaldías forman niveles de elección distintos, eliminándose el voto de arrastre.

Entonces, ¿Cómo votar en las elecciones de 2024? Pueden votar por el diputado, senador, alcalde, regidor, director de distrito municipal y vocal de su preferencia, sin importar la organización política a la que estos pertenezcan: pueden votar por organizaciones distintas para todos o algunos de los niveles; también pueden votar por la misma organización política para todos o algunos de los niveles. Si fragmenta su voto, es decir, si vota por organizaciones distintas, el mismo será igualmente válido.

(b) la estructuración de los pactos de alianza o coalición

Las alianzas y coaliciones electorales constituyen modalidades de vinculación e instrumentos estratégicos que utilizan las organizaciones políticas, las cuales se enfocan en la consecución de maximizar votos, curules y lograr la supervivencia política[5]. Esos instrumentos de vinculación se pactan considerando los niveles de elección. Cuando existe voto de arrastre entre candidaturas, las organizaciones políticas deben pactar alianza, obligatoriamente, en esas candidaturas vinculadas electoralmente por el voto de arrastre, para no producir el fraccionamiento del voto. Es decir, por ejemplo, cuando existía arrastre entre las candidaturas de diputaciones y senadurías, las organizaciones políticas debían aliarse, obligatoriamente, en ambas candidaturas. De no configurarse la alianza o coalición para ambas de forma conjunta, implicaba 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 un partido, por ejemplo, pueda aliarse con otro, configurando alianzas divididas y por ende, invalidas, pues fragmentaba los efectos del voto.

La eliminación del voto de arrastre y con ello la división de los niveles de elección, tuvo y tendrá efectos en la configuración de las alianzas o coaliciones electorales. En 2020 los partidos, agrupaciones y movimientos políticos pudieron presentar pactos de alianza en el ámbito del municipio sin que se incluyan a los distritos municipales que territorialmente le pertenecían. También pudieron realizar alianzas divididas en el nivel de diputaciones y senatorial.

En la actualidad las alianzas y coaliciones quedan aún más fragmentadas. Los partidos podrán aliarse para las candidaturas del nivel presidencial; para las candidaturas en el nivel senatorial; para las candidaturas del país en el nivel de diputaciones; para las candidaturas en el nivel de alcaldías; para las candidaturas en el nivel de regidurías; para las candidaturas en el nivel de directores distritales y para las candidaturas en el nivel de vocalías, con las organizaciones políticas que decidan en cada nivel. Es decir,

los siete (7) niveles de elección actuales constituyen siete (7) nuevas modalidades de vinculación política para pactar alianzas o coaliciones electorales.

(c) elementos de administración electoral

La eliminación del voto de arrastre y sus efectos político-electorales en la forma de votar, la configuración de los niveles de elección y la fragmentación de las alianzas apareja consigo implicaciones en aspectos o elementos atinentes a la administración electoral, en cuanto a (i) la acreditación de delegados (ii) formación y estructuración de boletas (iii) urnas en los colegios electorales.

En cuanto a la acreditación de delegados, de conformidad con la parte *in fine* del artículo 159 de la Ley 20-23, todo partido, agrupación o movimiento político reconocido que haya declarado su propósito de concurrir a una elección y de presentar candidaturas, podrá acreditar un delegado, con el sustituto correspondiente, ante la Junta Central Electoral, ante cada junta y colegio electoral, por cada nivel de elección. Esto significa que cada organización podrá acreditar en lugar de un delegado por el nivel municipal, cuatro delegados por cada uno de los niveles en los que se dividió ese nivel.

De modo que, en total, en representación de cada organización política, podrán acreditarse siete (7) delegados por ante cada colegio electoral. Si consideramos ese número por el total de partidos que tiene derecho a acreditar delegados, la suma ascendería a 203 delegados. Si contáramos además las acreditaciones a las que tienen derecho las agrupaciones y movimientos conjunto con los partidos, el total ascendería a 245.

Respecto a la formación de las boletas: ya no habrá boletas con candidaturas a regidor y alcaldes de manera conjunta, sino que cada candidatura, al tener su propio nivel de elección, tendrá a su vez su propia boleta de votación. Habrá entonces siete (7) boletas para cada uno de los niveles antes referidos. En lo relativo a los colegios electorales habrá más urnas para el depósito de la boleta electoral. Cada boleta del nivel de elección respectivo tendrá su propia urna para que el elector la deposite una vez haya ejercido el derecho a sufragar. En las elecciones municipales de 2024 los electores que votamos en el municipio tendremos dos (2) urnas en lugar de una, que era la cantidad que había en 2020, lo propio aplicará en los colegios electorales de los distritos municipales.

Finalmente, conforme se aprecia, todos los elementos del sistema electoral se encuentran vinculados. La eliminación casi total del voto de arrastre y la fragmentación de los niveles de elección tuvo efectos en (i) las implicaciones y la forma de votación (ii) la configuración de las alianzas o coaliciones y (iii) aspectos de administración electoral. Si bien los argumentos generales para la eliminación del voto de arrastre giran en torno a asegurar el carácter libre y directo del voto, hay elementos electorales y políticos que también se consideran cuando se analizan estos aspectos del sistema. Solo el tiempo nos dirá si la eliminación casi total del voto de arrastre ayudó al fortalecimiento de la democracia dominicana.

[1][1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD) y 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. Ha fungido como observadora electoral internacional en México, Colombia y Brasil. Es articulista de temas relacionados con derecho electoral, constitucional y administrativo. Fue miembro de la comisión de reforma electoral.

[2] Artículo 96 de la Ley 20-23, Orgánica del Régimen Electoral.

[3] Véase Resolución No. 24/2019 emitida por la Junta Central Electoral en fecha veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019) que establece la Votación separada entre municipios y distritos municipales en las elecciones generales del nivel municipal.

[4] Sentencia TC/0462/20 de fecha veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020, emitida por el Tribunal Constitucional dominicano.

[5] República Dominicana, Tribunal Constitucional dominicano; sentencia TC/0037/20, emitida en fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Derribando trabas burocráticas: desjudicialización de las declaraciones tardías de nacimiento y defunción

Gabriela María Pérez[1]

La antigua Ley Núm. 659 de fecha 17 de julio de 1944 sobre Actos del Estado Civil contemplaba el requisito de ratificación ante los tribunales de la República para las declaraciones de nacimiento y defunción instrumentadas fuera de los plazos establecidos en la indicada norma.

En adición a esta traba formalista dichas solicitudes de ratificación también debían cursar el innecesario filtro del Ministerio Público, que mantenía una especie de “control de remisión” previo apoderamiento del tribunal correspondiente. Esto provocaba que muchos registros de nacimiento y defunción se retuvieran por largos períodos hasta tanto fueran “subsanaados” los requerimientos del Ministerio Público, según su criterio e interpretación.

Lo anteriormente expuesto reflejaba el resultado de un procedimiento donde se conjugaban actuaciones de entidades no especializadas respecto a los derechos vinculados al Registro Civil e identidad, quienes podían rechazar las solicitudes de ratificación en los casos que según su análisis resultara procedente, indistintamente de que la Junta Central Electoral realizara todas las pesquisas e indagaciones correspondientes, con sus respectivos informes favorables, produciéndose de esta forma una contradicción entre el órgano garante y custodio del Registro Civil con otras instancias cuya naturaleza se encontraba desligada de esta materia.

Con el fin de erradicar la indocumentación de niños y niñas, el 14 de agosto de 2007 se promulgó la Ley Núm.218-07, sobre Amnistía de Declaración Tardía de Nacimiento. Esta ley exoneró a partir de su promulgación y por un período de tres años, del proceso de ratificación ante los tribunales para las declaraciones tardías de nacimiento de todo niño o niña hasta los 16 años que no hayan sido declarados, dentro de ciertas condiciones. Como se observa, si bien la indicada disposición legal trajo consigo beneficios ante la falta de documentación identificativa de una gran cantidad de niños, niñas y adolescentes, su aplicación se limitó a un sector de la población y, por demás, su vigencia solamente perduró por un período de tres años.

Desde la óptica del carácter progresivo de los derechos, que implica que estos pueden aumentar mas no disminuir, siendo una obligación del Estado la “no regresividad” en la protección y garantía de los derechos humanos[2], se desprende que la judicialización de las declaraciones tardías de nacimiento y defunción en la actualidad constituye un proceso injustificadamente formalista. Por estas razones, mediante la Ley Núm.4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, promulgada por el Poder Ejecutivo el 18 de enero de 2023, se elimina la innecesaria ratificación de la declaración tardía de las actas de nacimiento y defunción a cargo de los tribunales que contemplaba la antigua Ley Núm. 659.

Así las cosas, en cumplimiento de los principios rectores de eficacia, celeridad y racionalidad consagrados en el artículo 4 de la nueva Ley Núm. 4-23 sobre Actos del Estado Civil, se rompe este viejo esquema legal para las declaraciones tardías y, en consecuencia, el artículo 73 de la esta pieza legal establece que el plazo para la declaración de nacimiento es de 180 días a partir del alumbramiento. En adición a esta disposición, el artículo 89 de la Ley Núm. 4-23 señala que en caso de que la solicitud de nacimiento se corresponda con una declaración “fuera de los plazos” establecidos en la ley, el oficial del Estado Civil la asentará en el registro correspondiente, previa investigación de la veracidad de esta.

En cuanto a las declaraciones de defunción, el artículo 179 de esta ley consagra que esta deberá realizarse en un plazo de 60 días calendarios a partir del fallecimiento. Aunado a ello, el artículo 185 dispone que cuando la defunción no haya sido declarada en el indicado plazo legal, el oficial del Estado Civil podrá recibirla previa investigación de la veracidad de esta. Una vez cumplida todas las formalidades establecidas por la Junta Central Electoral e inscritas en el Registro Civil, se podrá expedir actas a los interesados de manera inmediata.

Como se observa, al tenor de los artículos 89 y 185 de la Ley Núm.4-23, las declaraciones de nacimiento y defunción realizadas vencidos los plazos que ordena esta normativa, únicamente se considerarán como “extraordinarias o fuera de plazo” pudiendo ser recibidas y asentadas por el/la Oficial del Estado Civil, previa investigación de su veracidad, siempre que la investigación sea necesaria.

Ahora bien, ¿Qué sucede para el caso de las declaraciones tardías de nacimiento y defunción existentes previo a la entrada en vigencia de la Ley Núm.4-23? Para dar respuesta a tales escenarios, la Junta Central Electoral emitió la Resolución Núm.9-2023 de fecha 31 de marzo de 2023^[3], *“Que exonera del proceso de ratificación las declaraciones tardías de nacimientos y defunciones inscritas o en proceso de inscripción previo a la promulgación y entrada en vigencia de la Ley núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil”*.

Así las cosas, a luz de la citada resolución, estarán exentas del proceso de ratificación las declaraciones tardías de nacimiento y defunción que, previo a la promulgación y entrada de la citada disposición legislativa, se encuentren automatizadas y sin digitalizar en los siguientes estatus: (I) inscritas; (II) autorizadas sin registrar; (III) debidamente recibidas sin concluir; y, (IV) recibidas en proceso de investigación, las cuales fueron instrumentadas al tenor de los plazos dispuestos en la derogada Ley núm. 659.

En ese tenor, con esta disposición se procura garantizar la validación y expedición oportuna de los certificados o extractos de las actas del estado civil y cédulas de identidad y electoral, cuyo origen se encuentra vinculado a las referidas declaraciones y no someterlas al burocrático proceso de ratificación en los tribunales de la República que ordenaba la inoperante Ley Núm.659, cuando las mismas se encuentren automatizadas y sin digitalizar en sede de la Junta Central Electoral.

De conformidad con la Resolución Núm.9-2023 emitida por la Junta Central Electoral, para la expedición de las actas correspondientes a las declaraciones tardías de nacimiento y defunción se colocará como nota marginal digital el siguiente comentario: *“Exenta la ratificación del presente registro de declaración tardía, en virtud de la desjudicialización de dicho proceso por aplicación de la Ley Núm. 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil, de fecha 18 de enero de 2023, el cual deberá cumplir con los demás requisitos exigidos para su correcta validación y expedición”*.

Para ello, la Dirección Nacional de Informática de la JCE creará las herramientas electrónicas que permitan la colocación automática de la referida anotación marginal digital, a los eventos correspondientes a los registros indicados, así como aquellos que se encuentren sin automatizar al momento de su digitalización.

En ese orden, también se presenta la innovación informática de crear el sello de exención de manera virtual, que deberá ser aplicado de manera automática en el folio escaneado en el visor del evento correspondiente a los registros que contengan las condiciones establecidas en la indicada resolución.

En resumidas cuentas, cuando se trate de declaraciones tardías que previo a la promulgación y entrada en vigor de la Ley Núm. 4-23, se encuentren automatizadas y sin digitalizar en los estatus indicados en la Resolución Núm.9-2023, se colocará la nota marginal y el sello virtual en las condiciones establecidas por esta resolución. Por el contrario, para las declaraciones de nacimiento y defunción recibidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Núm. 4-23 y que no se realicen en los plazos indicados por esta normativa solamente se considerarán como “extraordinarias o fuera de plazo”.

Finalmente, lo expuesto en estas líneas apunta a concluir que el Estado a través de sus distintos órganos debe velar porque sus actuaciones se enmarquen en los pilares de la facilitación, celeridad y el progreso gradual de los derechos, con el propósito de eliminar las barreras que obstaculicen obtener uno de los derechos más importantes de todo ser humano: su identidad.

[1] Abogada, con experiencia en materia de Derecho Civil, Administrativo y Electoral. Cuenta con una Maestría en Procedimiento Civil por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Actualmente cursa el Máster en Derecho Administrativo y Gestión Municipal por la Universidad Castilla La Mancha (UCLM).

[2] Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2016. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>

[3] Resolución Núm.9-2023, emitida por la Junta Central Electoral en fecha 31 de marzo de 2023, disponible en: https://jce.gob.do/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?EntryId=24642&Command=Core_Download&language=es-ES&PortalId=1&TabId=629

Obligatoriedad de la debida diligencia: disrupción positiva en los partidos, agrupaciones y movimientos políticos

Anderson B. Vargas Franco

1. Entendiendo la disrupción

Actualmente la humanidad vive en el Antropoceno, “neologismo [...] utilizado para designar una nueva era geológica en la que la actividad humana domina la faz de la Tierra”[1] caracterizada principalmente por el comportamiento de las personas y la incidencia que tienen estos seres vivos respecto al entorno que los rodea, ya sea animal o vegetal. El punto de partida de esta edad ha sido debatido y consensuado de que inició en 1950 en función de que la denominada ‘gran aceleración’ tuvo su génesis a partir de ese año[2].

Adherida a esta nueva época llegó la Cuarta Revolución Industrial, en donde las tecnologías de la información y comunicación conducen la sociedad hacia nuevas formas de interacción que en décadas anteriores solo eran pensadas como ciencia ficción y no factual, como en las obras literarias de Jules Verne. Las insignias que identifican esta revolución son especialmente la inteligencia artificial, la robótica, datos masivos (*big data*) cadena de bloques (*blockchain*), aprendizaje automático (*machine learning*) criptomonedas (*criptocurrencias*), el internet de las cosas (*Internet of Things [IoT]*), así como un vasto conglomerado de otras tecnologías.

Estas innovaciones tecnológicas en coadyuvancia con dispositivos electrónicos definen gran parte del modelo actual de sociedad, bastante caracterizado por seguir las tendencias generadas por el proceso de globalización como es el consumo y la producción de riquezas. A partir de este punto inicia el entramado de la disrupción, que provoca estas derivaciones del intelecto humano capaces de distorsionar la realidad y alterar los sentidos, y de cómo estos pueden ser conducidos accidental o dolosamente a creer en errores y poner en dudas incluso axiomas.

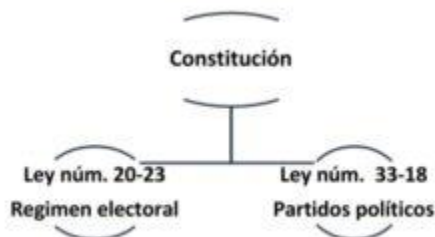
Se debe entender que lo “disruptivo es un hecho generado a lo largo de la historia de la humanidad, [con realización permanentemente de] quiebres o rupturas de convencionalismos con la finalidad de implementar nuevos esquemas mentales, cuyas consecuencias han sido materiales o no” materiales[3]. En sí, la disrupción positiva es la que genera cambios notorios de carácter positivo en el andamiaje personal e institucional, logrando incluso la reingeniería del comportamiento del cuerpo en donde recae la acción, inclusive aún más con el arrastre provocado por lo meta tecnológico.

2. Entidades político partidistas captadoras de recursos masivos

Como una forma de acceso a la alta administración del Estado, el voto, un instrumento de la democracia, es el artilugio legítimo que permite a las entidades jurídicas constituidas en partidos políticos a participar en los procesos electorarios con el fin de *-in order to-* de que sus miembros puedan competir por plazas en el Senado, Cámara

de Diputados, Presidencia de la República y los municipios, es decir, alcaldías, regidurías, dirección de distritos municipales y vocalías.

Estas instituciones, es decir los partidos, agrupaciones y movimientos políticos (PAMP) se sostienen sobre los pilares normativos que le dan origen *-ursprung-* a toda su infraestructura *-tangible e intangible-*, siendo estas las siguientes:



La referencia de la captación de “recursos masivos” no solo obedece a generar y recibir fondos o bienes para la consecución de sus fines estipulados por las leyes de marras y los estatutos que moldean y conducen su vida a lo interno y externo de la agrupación partidista y sus organismos; pues los PAMP también son compelidos a ejecutar una responsabilidad frente a la sociedad para de esta manera cumplir con los propósitos que su ley especial les ordena a realizar.

Pero, ¿exactamente que son estos colectivos? Consisten en:

... asociaciones dotadas de personería jurídica e integradas por ciudadanos con propósitos y funciones de interés público que [...] se organizan con el fin primordial de contribuir al fortalecimiento del régimen democrático constitucional, acceder a cargos de elección popular e influir legítimamente en la dirección del Estado en sus diferentes instancias, expresando la voluntad ciudadana, para servir al interés nacional y propiciar el bienestar colectivo y el desarrollo integral de la sociedad[4].

Sin embargo, su función no se agota en lo mencionado, sino que tienen propósitos inexorables, los de contribuir con la formación de los ciudadanos y realización de “otras actividades complementarias que no estén expresamente prohibidas por la Constitución de la República y las leyes”[5]; lo que significa que es un compromiso enunciativo que no acarrea límites *-sino antijurídicos-* en función de que es constante su optimización.

La capacidad de estas entidades de recibir individuos para hacerlos miembros, así como la función social que poseen, les permiten actuar como receptores de capital humano que diversifica y enriquece la institución de forma tal que la harían sostenible en el tiempo y lo económico para competir en los certámenes electorales, pues el objetivo de estas es incidir directa e indirectamente en los asuntos de la Administración pública por conducto de sus agentes.

A este respecto, resulta interesante plantear la cuestión entre recursos económicos y recursos humanos, sobre cuál de estos debe radicar la preponderancia, qué entienden

los altos miembros de la organización debe ocupar la prelación entre prioridades y necesidades, más si son de reciente creación pues la “gran consecuencia que tiene el concepto de comienzo y origen para todas las cuestiones estrictamente políticas deriva del simple hecho de que la acción política como toda acción, es siempre esencialmente el principio de algo nuevo”[6], que a pesar de que los todos los PAMP comparten la misma naturaleza no son iguales conforme a lo postulado por sus dirigentes.

La Ley núm. 33-18 contiene un requisito exiguo para otorgar la membresía a su institución a cualquier persona interesada, solo exigiendo “ser ciudadano inscrito en el Registro Electoral dominicano”[7]. Puede que el ánimo de esta exigencia sea para incentivar a que las personas vean una puerta abierta de gran envergadura en la que no tenga que compartir detalles o dar explicaciones del porqué les interesa pertenecer a la asociación.

Resulta muy atractivo para la afiliación, pero más conveniente para los PAMP debido a que esta estipulación legal el ingreso de personas es más fácil, generando como efecto inmediato un posible aumento considerable de la matrícula. Pero esto devendría en un inconveniente institucional respecto a personas que se integran, pues de entrada no se evidencia un escrutinio o pormenorización del proceso de afiliación, más que un llenado de datos personales como el nombre, número cédula, edad, contactos y si pertenece, ha pertenecido o no forma parte de una sociedad político partidista.

Pues son las personas que se lanzan al escenario de la contienda electoral para la consecución de sus programas de gestión pública en el Estado. Arendt[8] destaca que:

La política, se dice, es una necesidad ineludible para la vida humana, tanto individual como social. Puesto que el hombre no es autárquico, sino que depende en su existencia de otros, el cuidado de ésta debe concernir a todos, sin lo cual la convivencia sería imposible. Misión y fin de la política es asegurar la vida en el sentido más amplio.

Dentro de los parámetros que menciona la ley de PAMP, es en los estatutos de estas organizaciones en donde se puede encontrar otra forma de exigencia para pertenecer a estos, debiendo ser redactados “de conformidad con la Constitución, la presente ley, la Ley Electoral, sin perjuicio de otras leyes que regulen aspectos específicos relacionados”[9].

Esto obliga a este estudio a observar si existe un requisito extra del que menciona la ley de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, lo cual será observado en el siguiente cuadro, que se realizará sin ánimos de discriminación de otros PAMP, sino como una muestra en función de los que obtuvieron cinco por ciento (5 %) o más de los votos válidos en la última elección conforme a la estipulación del artículo 61.1 de la Ley núm. 33-18:

Exigencias estatutarias para afiliación en un partido, agrupación o movimientos político

Partido Revolucionario Moderno (PRM) Artículo 7. Afiliación al Partido. Podrán afiliarse al Partido los ciudadanos dominicanos que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y estén inscritos en el Registro Electoral.

Partido de la Liberación Dominicana (PLD) Artículo 8. Todo ciudadano o ciudadana inscrito en el Registro Electoral Dominicano, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, puede afiliarse al Partido.

Partido Fuerza del Pueblo (FP) Artículo 6. Los ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos que asuman los principios, el programa y el Estatuto del partido y manifiesten su voluntad de colaborar y participar en sus actividades podrán afiliarse [...] en calidad de miembros.

Partido Revolucionario Dominicano (PRD) Artículo 10. El Partido considerará como militantes a los (as) dominicanos (as) que, no militando en ninguna otra organización política, tengan afinidad con la ideología y el programa de la organización y que expresen voluntariamente su deseo de afiliarse al Partido. Párrafo: Los militantes se podrán registrar, inclusive vía internet, a partir de los diez y ocho (18) años de edad, en el Padrón de Afiliados que deberá ser depurado y actualizado por la Comisión de Elecciones Internas una vez al año de forma ordinaria, o cuando la Comisión Política del Comité Ejecutivo Nacional le requiera de manera extraordinaria.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos levantados de los estatutos de los partidos reseñados en esta matriz.

Como se observa, estas cuatro entidades no exigen información relativa a situación jurídica de una ciudadana o ciudadano con ánimos de pertenecer a sus filas, es decir, antecedentes penales, si actualmente se le imputa la comisión de delitos que atenten contra el orden público o la propiedad privada u otra forma en la que su responsabilidad penal se encuentre comprometida, esto sin afectar el principio de presunción de inocencia que inherente a cada persona.

Funcionaría entonces el ingreso a un PAMP como las tecnologías del yo de Foucault quien expresa que estas “permiten a los individuos efectuar, por cuenta propia o con la ayuda de otros, cierto número de operaciones sobre su cuerpo y su alma, pensamientos, conducta, o cualquier forma de ser, obteniendo así una transformación de sí mismos”[10], para alcanzar en un momento u otro el pináculo de la administración pública, es decir, la titularidad del Poder Ejecutivo que por consagración constitucional es la persona en quien se delega el primer agente del Estado y del Gobierno.

Respecto a los fondos que reciben, la financiación procede de varias fuentes, siendo la principal la captada del erario, a los que se le suman las “contribuciones de personas físicas, los bienes y los recursos que autoricen sus estatutos y no sean contrarios a la ley, así como con los bienes muebles e inmuebles que se adquieran con fondos de la organización”[11] para así realizar las encomiendas fijadas en la ley que los regula.

Pero, ¿por qué debe el Estado financiar estas organizaciones? Las voces que se refieren a este criterio presentan un común denominador: ‘los partidos son la base de la democracia, por eso deben recibir fondos’. Parecería un sinsentido realizar tal aseveración cuando se percibe que el financiamiento público carga sobre sí tal peso, pero como equivalencia se debe plantear la cuestión de qué recibe como contraprestación el Estado y la sociedad, un aliciente lo suficientemente positivo como para satisfacer la exigencia de millones de contribuyentes que también ven como innecesaria o excesiva la contribución sufragada por el erario. Esta es sin embargo una pregunta para responder otro día.

Firmes posiciones expresan la necesidad de que una parte del dinero público debe ser destinado a suplir los PAMP. Mencionan Gutiérrez y Zovatto[12] que:

Los mecanismos de financiamiento público directo cumplen una función de nivelación de las oportunidades políticas, bajo el supuesto de que un financiamiento predominantemente privado introduciría situaciones de desigualdad entre los contendientes. Al hablar de condiciones de nivelación de oportunidades, puede entonces entenderse la importancia del momento del desembolso de recursos públicos en aquellos países donde no hay financiamiento permanente.

Ante tal situación es que deben ser tomados los controles de contienda interna, equilibrando lo más real posible los instrumentos que poseen los aventajados con los de menor ventaja. Pues lo que se debe tomar en consideración es el aporte de las propuestas cargadas con buenos principios que sean le sean más convenientes a los fines de la institución, cuyo fin ulterior es ser conducidos al ámbito público, no así propuestas con intenciones lesivas disfrazadas de querer mejorar la sociedad.

3.¿Existe la debida diligencia en las normas de PAMP y electoral?

Como instrumento de fiscalización de los fondos que obtienen y reciben estas organizaciones, el concepto de debida diligencia (DD) no está plasmado como

instrumento jurídico, al menos no literalmente, pero aun así se encuentran herramientas en ambas normas que guían a la deducción de que se realiza tal acción como forma de control de los fondos que perciben los PAMP; esta una responsabilidad insoslayable asignada por las leyes a la Junta Central Electoral (JCE) con el objetivo de cumplir con su rol de supervisión.

Un auxilio para ilustrar lo que es la DD se toma de la Ley núm. 155-17 que define esta herramienta legal como “el conjunto de procedimientos, políticas y gestiones mediante el cual [se] establecen un adecuado conocimiento sobre sus clientes y relacionados, actuales y potenciales, beneficiarios finales y de la actividades que realizan” [13] para verificar la legitimidad de los activos que poseen, pero también las personas relacionadas al individuo sobre quien recae la acción de escrutinio de su perfil personal y profesional.

Cuando se observan las leyes del sistema electoral y partidista de República Dominicana se evidencia que en sus contenidos hay mandatos de rendición de cuentas de oficio y de requerimiento institucional con fines de supervisión de parte de la JCE o los afiliados de la organización. En la siguiente matriz se ilustran de las más destacadas:

Indicios de debida diligencia en partidos, agrupaciones y movimientos políticos

Ley núm. 33-18

Deberes y obligaciones, artículo 24.

4) Permitir la fiscalización de sus eventos, documentos, libros y registros por parte de la autoridad electoral competente. 8) Instituir mecanismos para evitar la realización de fraudes en cualquiera de los niveles y procesos de escogencia de las precandidaturas y candidaturas a cargos de elección popular. 11) Rendir cuentas e informar de sus actividades y actos de administración a sus afiliados, a la sociedad y a las autoridades competentes, cuando estas lo requieran.

Derechos de los miembros, artículo 30.

1) Derecho a la información. Los miembros de un partido, agrupación o movimiento político tienen derecho a acceder a la información sobre el funcionamiento, gestión, planes, tareas, administración de los recursos y actividades que estos desarrollen. Los órganos directivos están en la obligación

Ley núm.20-23

Presupuestos de los partidos,

artículo 218. Los partidos, agrupaciones o movimientos políticos depositarán ante la Junta Central Electoral un informe que contenga el presupuesto general de gastos en que incurrirá la organización política en el proceso electoral, así como, el presupuesto de gastos de cada candidato el cual deberá contener:

1) Nómina de posibles contribuyentes; 2) Fuentes de ingresos; 3) Relación de ingresos proyectados; y 4) Estimado de gastos en la ejecución presupuestaria.

Párrafo I. Se considerarán como parte de los ingresos del presupuesto de gastos de

de rendir informes periódicos a sus integrantes en los plazos establecidos estatutariamente. 3) Derecho a fiscalización. Los partidos, agrupaciones y movimientos políticos deben garantizar el derecho de los afiliados a la fiscalización de las actividades de sus directivos, de su comportamiento ético y de la gestión realizada del patrimonio de la organización política. Los estatutos de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos establecerán los procedimientos y los organismos de control a través de los cuales se ejercerá este derecho.

Composición, artículo 65. Los recursos lícitos para el financiamiento de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos estarán compuestos por los recursos públicos destinados por el Estado para los partidos, agrupaciones y movimientos políticos y los recursos privados que estas entidades capten de conformidad con lo establecido en la presente ley y la Ley Electoral vigente.

Supervisión, artículo 66. La supervisión de los recursos indicados en el artículo 61, estará a cargo de una unidad especializada de control financiero de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, dependiente de la Junta Central Electoral.

campana electoral, todos aquellos aportes que reciban los partidos, agrupaciones, movimientos políticos y candidatos, en calidad de donaciones, cesiones y préstamos, los cuales serán cuantificados para establecer el monto total de los ingresos percibidos para la realización de la campana electoral.

Párrafo II. La presentación de informes de ingresos y egresos deberá efectuarse por los candidatos por ante la Junta Central Electoral al inicio de la proclama de la candidatura y al final del certamen electoral correspondiente.

Tope de gastos de los candidatos, artículo 220. Los candidatos a cargo electivo tendrán los siguientes topes de gastos:

Párrafo II. Las contribuciones individuales hechas por particulares con el propósito de aportar a los candidatos a los cargos de elección popular no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de los límites o topes establecidos en este artículo.

Fiscalización de contribuciones, artículo 222. Los partidos, agrupaciones o movimientos políticos depositarán ante la Junta Central Electoral y mantendrán a la vista en formato electrónico, un informe que contenga todos los ingresos y gastos de la organización, antes durante y después del proceso electoral, debiendo detallar las informaciones de gestión,

administración y contabilidad de los recursos captados, con los indicadores y los estándares de auditoría establecidos por la Cámara de Cuentas.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos levantados de las leyes núm. 33-18 y 20-23

Sin embargo, a pesar de la existencia de estos controles, los mismos funcionan posterior al ingreso de las personas a las PAMP, no así previo; pues lo que se necesita es conocer a los posibles aspirantes a cargos de elección popular para de esta manera identificar de dónde provienen sus recursos, además de que esto pone en alerta a las autoridades competentes para que en caso de que exista la persona presente un perfil sospechoso esta pueda ser escrutada y la misma tenga la oportunidad de realizar las explicaciones de la procedencia de su patrimonio.

La realización previa de la diligencia de investigar a los interesados de ingresar fortalecería el sistema de partidos, mejorando la calidad de los procesos de elección a lo interno de los mismos, haciendo a estas instituciones de visibles y transparentes ante la sociedad y cada miembro del partido. Constituiría una verdadera actuación de cumplimiento e identificación de riesgos generando una barrera que impide que sujetos con actuaciones dudosas o sindicados de haber cometido actos contrarios a las leyes afectados en sus derechos civiles y políticos ingresen a estas organizaciones.

A pesar de que son entidades de autogobierno, no están exentas de rendir cuentas de los fondos que reciben del Estado y particulares; Ley núm. 33-18 en su artículo 63, les impone ceñirse a la Ley de Libre Acceso a la Información Pública estableciendo una nómina de contribuyentes, registro reforzado “con la identificación de nombres y apellidos de éstos, así como la cédula de identidad y electoral, la dirección y el monto del o los aportes” recibidos como lo dispone el artículo 71, párrafo II. 2 de la referida ley.

El Tribunal Constitucional (TC) ha abordado por igual este aspecto mencionando que “el constituyente ha querido dejar claramente establecido que los partidos políticos son instituciones públicas y que, por tanto, los recursos que perciben son provenientes del presupuesto general de la nación”^[14]; lo que significa que el escrutinio a estas entidades puede darse en cualquier momento y de cualquier persona como una especie de fiscalización que busca indefectiblemente procura velar el buen uso de esta parte del erario.

Resulta que los partidos, agrupaciones y movimientos políticos son “de naturaleza no estatal con base asociativa, por lo que deben contar con estructuras democratizadoras que garanticen el derecho de sus militantes a intervenir en la vida interna de la agrupación”^[15]. Acceder a la información de cómo se manejan estos fondos –de dónde provienen, quién los aportó, con qué fin– constituye una forma de debida diligencia, que

incluso siendo posterior al ingreso de cualquier persona a las filas de la organización, indica que la explicación del manejo de los recursos en una obligación que se debe cumplir sin pretexto u obliterar datos ni información relativa a estos sujetos.

4.Necesidad de cumplimiento constante y continuo

Es imprescindible contar “con una autoridad independiente y profesional capaz de controlar eficazmente el uso del dinero en la política es clave para fortalecer la necesaria transparencia en materia de financiamiento político”[16]. Para garantizar al menos la supervisión del manejo de los recursos de los PAMP, la JCE haciendo uso de su facultad reglamentadora por reserva de ley emitió el Reglamento de Fiscalización y Control Financiero de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

Este artefacto normativo es de orden público, de observación general y obligatorio, cuyo objeto es:

... establecer las reglas relativas al sistema de fiscalización de los recursos provenientes de la Contribución Económica del Estado Dominicano, de la captación de los ingresos privados y de autogestión, y los egresos de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos; de sus aspirantes, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, incluyendo las inherentes al registro de comprobación de las operaciones de ingresos y egresos, la rendición de cuentas de los entes ineludibles de este Reglamento; así como establecer los procedimientos que debe realizar la entidad fiscalizadora a nivel nacional y en el exterior, respecto al control interno, sistema contable, formularios, y la revisión de sus informes[17].

Se observa que en este instrumento jurídico contempla la figura de entes ineludibles, dentro de los que están los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, lo que evidencia la existencia de controles y supervisión respecto a estos sujetos electorales. Con esta actividad se puede construir un espacio cierta credibilidad en donde la ciudadanía y los contribuyentes particulares vean que los fondos son manejados conforme a lo establecido por las normas del sistema electoral y de partidos.

Sin embargo, en la sociedad existe la duda de que estos recursos son manejados de forma incorrecta. Reporta Latinobarómetro en su informe de 2021 que los partidos son las instituciones con menor confianza en la ciudadanía comparadas con otras como el Gobierno, el Poder Judicial o el Congreso; la “atomización del sistema de partidos, el surgimiento de un sinnúmero de movimientos y fracciones de partidos, es uno de los síntomas más evidentes de la crisis de la política y de representación”[18].

Estas organizaciones son consideradas por muchos como efectos dinamizadores de la democracia, pero si esta imagen continúa deteriorándose serán el epónimo de lo espurio en donde ingresan personas con intenciones dolosas, pues existe una validación pública de que en principio no hay riesgo de afectación de la imagen del

Estado en función de que la JCE ha validado que se cumplen las exigencias legales. Menciona Báez[19] que:

... es precisamente el escrutinio preliminar, que está llamado a ser la etapa sobre la que se predique mayores niveles de confianza y legitimidad, la que, paradójicamente, ha representado un elemento histórico de desconfianza en la administración [...]. Ciertamente es que, por su relevancia política determinante para la retención o transferencia del poder político, aunada con una cultura de desconfianza, es, quizá, una causa natural para su descredito. Sin embargo, es de justicia decir que hay garantías técnicas y jurídicas que robustecen de legalidad y transparencia el procedimiento de escrutinio, de las que no siempre estuvo permeado.

En conclusión, los cimientos de la democracia no reposan en sí en estas organizaciones, sino en las personas que desean expresar su voluntad, pero la misma está condicionada a que sea por la intermediación de un PAMP. Ni siquiera las candidaturas independientes pueden ser presentadas a la JCE sin una plataforma. Y sí, la Constitución señala que toda persona tiene derecho a elegir y ser elegido, derecho que es extendido por las leyes núm. 33-18 y 20-23, que toda persona en una entidad de esta naturaleza pueden participar para ser escogidos a lo interno, pero la realidad es que cuando se realiza el certamen, muchos sujetos de prueba no logran superar el experimento debido a que no cuentan con los recursos, no así las condiciones, para la consecución de este fin, y al final de cuenta se ve comprometida la responsabilidad estatal.

Licenciado en Derecho, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (FCJP-UASD, 2016). Especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario por la Escuela de Graduados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Instituto Superior para la Defensa general Juan Pablo Duarte y Díez del Ministerio de Defensa de la República Dominicana (EGDDHH y DIH-Insude-MIDE, 2019). Máster en antilavado de activos y extinción de dominio (FCJP-UASD, 2022).

Twitter: @AndersonBens

Gmail: andersonbenjaminvf@gmail.com

[1] Cometti, G. (2020). *El Antropoceno puesto a prueba en el campo: cambio climático y crisis de las relaciones de reciprocidad entre los q'ero de los Andes peruanos*. Antipod. Rev. Antropol. Arqueol. (38), pp. 3-23. Recuperado el 7 de marzo de 2023 desde http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-54072020000100003

[2] Rejane, L. & Léna, P. (2018). *Antropoceno: la problemática vital de un debate científico*. Unesco. Recuperado el 7 de marzo de 2023 desde <https://es.unesco.org/courier/2018-2/antropoceno-problematica-vital-debate-cientifico#:~:text=El%20t%C3%A9rmino%20Antropoceno%20se%20ha,consumo%20excesivo%20de%20recursos%20naturales>

[3] Blanco, L. (2021). *La disrupción como fenómeno organizacional*. Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado, Venezuela. Vol. 15, No. 2, pp. 51-68. Recuperado el 9 de marzo de 2023 desde <https://zenodo.org/record/6660738#.ZAolzXbMInI>

[4] Artículo 3.1 de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[5] Artículo 10 de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[6] Arendt, H. (1953). *Comprensión y política. (Las dificultades de la comprensión)*. *Partisan Review*, XX, 4, julio-agosto. p. 28.

[7] Artículo 4 de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[8] Arendt, H. (1997). *¿Qué es la política?* Ediciones Paidós, Barcelona. p. 67.

[9] Artículo 26 de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[10] Foucault, M. (2008). *Tecnologías del yo*. Ediciones Paidós, Buenos Aires. 1ra. edición, p. 48.

[11] Artículo 59 de la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.

[12] Gutiérrez, P. y Zovatto, D. (2011). *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*. Universidad Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, Serie Doctrina Jurídica, núm. 594, 1ra. edición, p. 7.

- [13] Artículo 2.8 de la Ley núm. 155-17 contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.
- [14] Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0192/15, p. 17.
- [15] Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0531/15, p. 24.
- [16] Zovatto, D. (2007). El financiamiento electoral: subvenciones y gastos. En D. Z. Dieter Nohlen, Tratado de derecho electoral comparado en de América Latina, p. 783. México: Fondo de Cultura Económica.
- [17] Artículo 1 del Reglamento de Fiscalización y Control Financiero de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.
- [18] Corporación Latinobarómetro, pp. 68-71. Recuperado desde <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>
- [19] Báez, N. (2023). *Escrutinio y legitimidad democrática; avances para elecciones integras*. AbogadoSDQ. Recuperado el 9 de marzo de 2023 desde <https://abogadosdq.com/escrutinio-y-legitimidad-democratica-avances-para-elecciones-integras/>

La maternidad subrogada, ¿permitida o prohibida?

Nikauris Báez Ramírez

La maternidad subrogada o alquiler de vientre se refiere a la práctica en la que una mujer, bajo un acuerdo establecido entre dos partes, decide vivir un embarazo para, al momento del parto, entregar al recién nacido a una pareja o una persona, renunciando así a sus derechos como madre y cediendo tales derechos en favor de los padres subrogantes que han contratado la subrogación de vientre.

Esta práctica puede realizarse en dos modalidades: (i) fertilización *in vitro* e (ii) inseminación artificial con donación de semen. En la primera modalidad, fertilización *in vitro*, la madre subrogada que ha decidido vivir el embarazo, es solo “madre gestora”, es decir, no aporta material genético, sino que el mismo puede proceder de los padres subrogantes (sin embargo, la gestante también puede donar óvulos cuando se realiza una biopsia embrionaria para conocer enfermedades hereditarias, lo que se practica con baja frecuencia). También existe la posibilidad de que la mujer gestante sea inseminada artificialmente con el semen del padre subrogante o incluso de un donante, que es la segunda modalidad. A esta clase de maternidad subrogada se le denominada maternidad sustituta genética, pues además de ser madre gestora es madre biológica.

La relevancia jurídica de distinguir entre las modalidades aludidas parte del análisis de la filiación en el derecho de familia. Esta práctica no se encuentra regulada en la República Dominicana: no está ni expresamente prohibida ni expresamente permitida. Sin embargo, el sistema jurídico parecería sugerir que se encuentran prohibidas.

El registro civil de un recién nacido se asienta con el certificado de nacido vivo que expida el centro hospitalario donde nació el bebé, de conformidad con la Ley 4-23, Orgánica de los Actos del Estado Civil. En él solo se hace constar quién ha dado a luz, que será la mujer que tendrá derechos filiales sobre el recién nacido. Es decir, poco importa si ha sido madre gestante o madre biológica y gestante a la vez: lo único importante, a efectos de registro, es quién ha dado a luz para la determinación de la filiación. En el sistema jurídico dominicano madre es la que alumbró.

Sin embargo, nos preguntamos qué sucedería si, dada la falta de prohibición expresa, se realiza una subrogación de vientre con fertilización *in vitro* en la que el contenido genético procede de los padres subrogantes y, en términos genéticos, la madre gestora no tiene ningún vínculo con el recién nacido. ¿Podría impugnarse la filiación alegando que ha sido solo madre gestora, pues en el procedimiento de fertilización *in vitro* el material genético ha procedido únicamente de los padres subrogantes? Mas aún, si fuese por inseminación artificial con aportación de semen del padre subrogante, ¿Qué sucedería ante una impugnación de filiación cuando la madre gestora también es madre biológica?

Las anteriores interrogantes arrojan luz sobre una práctica no regulada que, de pactarse, deja a los contratantes desprotegidos. Es decir, no estarían deslindadas

ninguna de las obligaciones, derechos y responsabilidades. La práctica sería, sino ilegal, ilegítima. Se hace necesario que, dada la naturaleza dinámica de las situaciones que genera la gestación subrogada, el legislador necesariamente aborde su tratamiento bajo el prisma del respeto a la dignidad de las personas. Ello, como han precisado los magistrados Bernabel Moricete y Kenya Romero, para poder definir adecuadamente problemáticas vinculadas a la filiación biológica; la filiación contractual de acuerdo con las modalidades de la gestación subrogada; el impacto del interés superior del niño en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes, entre otros, y a la situación de vulnerabilidad de mujeres y niñas con riesgos de ser explotadas para estos fines.



Precedente electoral – ¿vinculante? ¿a quién?

Nikauris Báez Ramírez[1]

El sistema jurídico electoral fue establecido como un sistema autónomo. Los órganos electorales dominicanos son extra-poder y forman, a su vez, el Poder Electoral. Aunque con distintas funciones: Junta Central Electoral (administra) y Tribunal Superior Electoral (juzga), no son antagónicos. El marco de sus actuaciones debe ceñirse bajo el mismo paraguas de propósitos **i)** protección de derechos políticos-electorales de la militancia partidista **ii)** garantía de estabilidad del sistema de partidos **iii)** protección del derecho a votar y ser votado **iv)** celebración de elecciones íntegras.

La interrogante es si hay razones para considerar que la justicia electoral marca precedentes con carácter vinculante para los actores electorales, incluyendo, por supuesto, a la Junta Central Electoral. Es decir, si se le puede dar un tratamiento a las sentencias electorales del Tribunal Superior Electoral, de auténticos precedentes para asegurar la estabilidad y consistencia del sistema electoral en su conjunto. Esto significa percibir a la justicia electoral no sólo en función de la defensa de derechos políticos-electorales, sino también como un mecanismo institucional de estabilidad del propio sistema.

Para contribuir con los propósitos comunes de la administración y la jurisdicción electoral, no es posible, desde mi punto de vista, reducir el carácter de las sentencias electorales a decisiones exhortativas o persuasivas, predicando sobre tales la posibilidad de que se desechen o se ignoren como si no hubieran existido. La Constitución prevé a la protección de derechos fundamentales como el fin esencial del Estado (art. 8). Si los derechos fundamentales constituyen el fin primordial del Estado, las competencias privativas que la Constitución le asigna al Tribunal Superior Electoral, frente a una clase específica de derechos, hacen de este órgano una suerte de jurisdicción de lo constitucional, con límites establecidos en virtud de la materia.

El radio de competencias específicas del Tribunal Superior Electoral; su carácter de órgano extra-poder y su ubicación en el vértice del Poder Electoral, junto con la Junta Central Electoral, lo confeccionan como una jurisdicción que está llamada a contribuir con la estabilidad y consistencia del sistema electoral. Si bien el sistema jurídico dominicano no reconoce de manera formal el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Superior Electoral, es decir, no hay una norma que le atribuya tal carácter, existen, sin embargo, al menos tres (3) razones para su vinculatoriedad.

El Tribunal Superior Electoral decide en única y última instancia (art. 214 Constitucional), lo que significa que juzga y resuelve con carácter definitivo sobre los asuntos contenciosos electorales. Aun cuando sus sentencias son susceptibles de ser recurridas únicamente ante el Tribunal Constitucional, estas son ejecutorias. Cuando el Tribunal Constitucional decide revocarlas, envía el caso ante el Tribunal Superior Electoral para que conozca nuevamente del fondo. La ejecutoriedad inmediata de sus

decisiones y la deferencia para que reexamine el fondo, dan cuenta de que es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral.

El segundo aspecto lo constituye la admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. En materia electoral el recurso por ante el Tribunal Constitucional queda sujeto a que la sentencia intervenida sea manifiestamente contraria a la Constitución, diferente a otras materias cuyo catálogo de admisibilidad es más abierto[2].

La celeridad con la que deben ser juzgados y decididos los litigios electorales nos conduce al tercer aspecto. En muchos casos, hay una ausencia de pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional sobre los asuntos electorales, decantándose por declarar inadmisibile el recurso por falta de objeto y aplicación de la teoría de los hechos notorios (que se extiende no solo a los recursos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, sino también a tales cuando se trata de decisiones dictadas en conocimiento de acciones de amparo[3]). Aunque el recurso haya sido interpuesto en tiempo hábil, dada la conclusión y cierre de etapas del proceso electoral, el Tribunal Constitucional, para no afectar ni alterar la seguridad jurídica, declara la falta de objeto de la petición. Ello impide un pronunciamiento formal del Tribunal Constitucional sobre controversias electorales y deja “inalterado” los criterios del Tribunal Superior Electoral, especialmente en el curso de los procesos electorales.

Las anteriores razones conducen a concluir que el Tribunal Superior Electoral no es una jurisdicción ordinaria y que, dada su especialidad, fisionomía orgánica y la celeridad con la que debe decidir las controversias electorales -y precisamente en razón de tales- sus decisiones se erigen como precedentes vinculantes para los actores electorales. Sin embargo, también predicar su carácter vinculante, de entrada, apareja tres objeciones: **primero**, que haya cuestiones administrativas que se petrifiquen con los criterios sentados por la jurisdicción electoral, mermando la autonomía administrativa del órgano que implica la conducción de los procesos electorales; **segundo**, esta capacidad reforzada de interpretar la normativa electoral refuerza la posibilidad de polemizar o antagonizar con la jurisdicción constitucional, dificultando articular y armonizar sus respectivos campos competenciales; **tercero**, evaluar el carácter de la decisión y lo que supondría que constituye la *ratio decidendi* (razón de decidir).

Para la primera objeción, considero que debe reservarse cierta deferencia a la administración para poder apartarse del precedente o modularlo en aras de proteger su propia autonomía, que implica la conducción y dirección de los asuntos administrativos electorales. Apartarse del precedente o modularlo puede ser, como es más obvio, por modificaciones legislativas que hayan innovado el sistema y, consecuentemente, constituyan cuestiones sobre las que la jurisdicción electoral no podía pronunciarse. Sin embargo, entiendo que no es -y no debería ser- la única causa.

El órgano electoral, en observancia de su autonomía administrativa, podrá apreciar qué otras razones lo conducen a apartarse o modular el precedente. Se subraya que lo que no puede hacer es obviarlo y decidir como si no ha existido, a modo de que solo es

“exhortativo o persuasivo”. Esto por una razón básica: su impugnación será ante el órgano jurisdiccional que ha decidido ignorar y que, probablemente, ratifique su propio precedente (al que también está atado) si no existen argumentos sólidos que propicien el diálogo entre la administración y jurisdicción sobre el cambio en la manera de decidir, redundando en inseguridad jurídica y falta de certeza electoral.

La capacidad reforzada de interpretar la normativa electoral refuerza la posibilidad de antagonizar con la jurisdicción constitucional, dado que podría alegarse dos fuentes de precedentes: el electoral (especializado) y el constitucional que vincula no solo a los actores electorales, sino a todos los poderes públicos. La deferencia deberá predicarse sobre el precedente constitucional.

Por último, determinar la vinculatoriedad de la decisión electoral debe conducirnos a evaluar el carácter de la decisión y lo que supondría que constituye la *ratio decidendi* (razón de decidir). Las decisiones de las que se extrae una interpretación abstracta y de principio sobre normas electorales, son más fáciles identificar qué vincula. Empero, no todas tienen ese carácter. Por su parte, la determinación de lo que constituye la *ratio decidendi*, es especialmente importante con relación a las sentencias del Tribunal Superior Electoral, dado que, por ser una jurisdicción relativamente joven, mucha de su actividad jurisdiccional se ha centrado en la pedagogía electoral, de donde, quizá, distinguir la *ratio decidendi* del *obiter dictum* (dicho de paso) requerirá mayor grado de hermenéutica.

En conclusión, aunque no exista una disposición legal que le atribuya carácter de precedente vinculante a las decisiones del Tribunal Superior Electoral, el sistema alude a su vinculatoriedad a los actores electorales y al propio Tribunal. Las objeciones a la vinculatoriedad del precedente electoral enlistadas, centradas en resguardar la autonomía de la Junta Central Electoral en la administración de los procesos; la deferencia al precedente constitucional, así como el examen hermenéutico y principiológico de la decisión y la identificación de lo que constituiría el precedente, son cuestiones que no quedan zanjadas de entrada. ¡La consolidación de lo electoral las irá despejando!

[1][1] Abogada. Cursó maestría en Alta Gerencia en Partidos Políticos en la Universidad Católica Santo Domingo (UCSD) y 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. Ha fungido como observadora electoral internacional en México, Colombia y Brasil. Es articulista de temas relacionados con derecho electoral, constitucional y administrativo. Fue miembro de la comisión de reforma electoral.

[2] Véase Sentencia TC/0477/22 donde, por primera vez, el Tribunal Constitucional dominicano lo aborda.

[3] Para ampliar, refiérase al Compendio Jurisprudencial Sistematizado: Derecho Electoral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano, 2023 de Nikauris Baez.

Uniones civiles de parejas sentimentales y su posible implementación en la República Dominicana

Alan Solano Tolentino

I. Introducción General

En palabras llanas, podríamos definir las uniones civiles como un contrato entre dos personas que los une una relación sentimental, ya sean de distintos o mismo sexo, menos rigurosa y formal que el matrimonio, pero más formal y transparente que el concubinato. Su implementación surgió como respuesta para la comunidad de homosexuales y lesbianas, que exigían en diversos países, la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El primer país del mundo que implementó este tipo de uniones civiles para parejas sentimentales fue Dinamarca, con la promulgación de la *“Ley de Parejas Registradas”* de 1989. Le siguieron Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia y Hungría (1996). Sin embargo, uno de los precedentes más influyentes en la promulgación de diferentes legislaciones europeas sobre uniones civiles, fue la Resolución del Parlamento Europeo sobre *“igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea”* aprobada el 8 de febrero de 1994.

En la indicada resolución, se recomienda a los Estados miembros adoptar diversas medidas, las cuales son –entre otras– las siguientes:^[1] **(a)** Supresión de todas las disposiciones jurídicas que penalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; **(b)** Poner fin a la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres; **(c)** Supresión de las legislaciones que permiten el almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento; y **(d)** Supresión de toda discriminación en el derecho laboral, penal, civil, contractual y comercial. En adición, en la indicada resolución se solicita que la futura recomendación que elaborase el Parlamento Europeo ponga fin *“a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales”*; *garantizando a dichas uniones los plenos derechos y beneficios del matrimonio”*.

II. Las Uniones Civiles a Nivel Mundial

En Francia, fue promulgada la legislación que dio a conocer en todo el mundo las uniones civiles, denominadas en dicho país como *“Pacto Civil de Solidaridad”* (*“Pacte Civil de Solidarité”*), instaurado mediante la Ley número 99-944 de 15 de noviembre de 1999, mejor conocido como PACS (en lo adelante, Pacto Civil de Solidaridad o PACS).

Esta figura jurídica otorgó el derecho a las parejas tanto heterosexuales como homosexuales, de llevar una vida en común con reglas y efectos jurídicos claros. No obstante, en principio, fue un tema de notable rechazo, siendo la principal opositora la iglesia católica, puesto que la propuesta fue impulsada y promovida por la comunidad gay.

Al día de hoy, el escenario es completamente distinto, ya que el líder de la iglesia católica, el sumo pontífice, papa Francisco, expresó en el año 2020 su apoyo a las uniones civiles de personas de un mismo sexo, indicando que: *“Las personas homosexuales tienen derecho a estar en la familia, son hijos de Dios...tienen derecho a estar cubiertos legalmente.”*[2]

Resulta interesante el hecho de que, no obstante el PACS francés ser aprobado como consecuencia de las exigencias de la comunidad de homosexuales y lesbianas, actualmente son más los heterosexuales unidos a través de un PACS, que los homosexuales. En ese sentido, las estadísticas del Ministerio de Justicia francés, indican que el 2017 fueron suscritos 193,950 PACS, de los cuales el 96.21% fueron concertados entre un hombre y una mujer.[3]

Muchos países han adoptado este tipo de uniones civiles en sus ordenamientos jurídicos, en mayor medida en Europa, América y Oceanía y en menor medida, en África y Asia. Por ejemplo, en Europa –en adición a los países ya mencionados–, han sido promulgadas leyes de uniones civiles en Holanda (1996), España (a partir de 1998), Bélgica (1998), Portugal (1999), Alemania (2001), Finlandia (2002), Gran Bretaña (2004), Reino Unido (2005), República Checa (2006), Suiza (2007), Irlanda (2011), Estonia (2014, con entrada en vigor en 2016), entre otros.

En América, varios países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos las uniones civiles, como, por ejemplo, Estados Unidos (a partir de 1997), Argentina (a partir de 2002), en México (a partir de 2006), Colombia (2009)[4], Uruguay (2007), Ecuador (2008), Brasil (2011), Chile (2015), Bolivia (2020), entre otros.

El desarrollo de esta figura jurídica en Asia y África ha sido lento. En estos continentes, los países pioneros en implementar las uniones civiles son Israel y Sudáfrica, respectivamente, en los cuales estas son legales entre personas del mismo o distinto sexo. En Oceanía, en parte del territorio de Australia las uniones civiles son legales, así como en Nueva Zelanda.

III. Ciertos Aspectos Legales de las Uniones Civiles

Las uniones civiles son una opción viable para las parejas que por motivos ideológicos, religiosos, financieros, políticos, prácticos u otra índole, consideran tanto al matrimonio como al concubinato, como formas de unión sentimental inapropiadas para sus intereses. Es importante destacar, que las uniones civiles permiten regular la vida en pareja desde el punto de vista patrimonial, ya que cada integrante puede organizar su patrimonio tanto individual como conjunto, ventaja que el concubinato no ofrece.

Tomando como referencia el PACS francés, este establece diferencias importantes con el concubinato, el cual es considerado por el Código Civil de dicho país como simplemente una unión de hecho.[5] Quienes celebran un Pacto Civil de Solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia y al mismo tiempo se obligan

solidariamente frente a terceros por las deudas comunes, mientras que quienes viven en concubinato no asumen legalmente estas obligaciones.[6]

Pero además, el legislador francés concede a las parejas unidas por un PACS, ventajas impositivas, de seguridad social y en las leyes migratorias, lo cual sencillamente no es posible a través de un concubinato.

Para las uniones civiles, por tratarse de contratos, es indispensable que concurren las condiciones de toda convención: un consentimiento válido, entre personas capaces, que el objeto sea cierto y la causa lícita[7].

La base fundamental patrimonial de las uniones civiles, es la división individual del patrimonio, pero con obligaciones mutuas de solventar los gastos comunes, dentro de las posibilidades adquisitivas de cada integrante. No obstante, las parejas unidas civilmente, pueden regular contractualmente el tipo de régimen patrimonial que mejor les convenga.

Las formalidades de nacimiento y disolución de las uniones civiles a nivel mundial son sumamente prácticas. Las podríamos resumir en pasos relativamente simples, como son: **(1)** La suscripción de un contrato; **(2)** El registro civil y público de este contrato, a los fines de que conste en el acta de nacimiento o documento de identidad –o ambos– el estado civil de las personas unidas civilmente y con quien; **(3)** Tanto el contrato como la ley rigen lo relativo al patrimonio individual y conjunto de la pareja; y **(4)** Si ambas personas o una de ellas decide terminar la unión civil, con simples declaraciones conjuntas o notificaciones individuales a la pareja, que luego deberán ser registradas en el registro civil y público, queda disuelta legalmente esta unión sentimental, siendo causales de terminación por igual, la muerte de uno de ellos y también que uno o ambos integrantes decida(n) casarse.

Como todo derecho, existen restricciones a su ejercicio. En ese sentido, con relación al PACS francés, este no puede ser suscrito: (a) entre familiares hasta cierto grado; (b) entre dos personas donde por lo menos una esté casada; y (c) entre dos personas donde por lo menos una esté unida a otra mediante un Pacto Civil de Solidaridad.[8]

Cabe destacar que, previo a la implementación del PACS, algunos sectores de la sociedad civil francesa, sustentaron que la prohibición de uniones civiles familiares iba en contra del principio de igualdad, siendo este uno de los derechos fundamentales por los cuales fue creado el PACS. Sin embargo, el Consejo Constitucional francés expresó que como todo derecho, en este caso el derecho de igualdad se encuentra limitado por los principios de orden público y las buenas costumbres, por lo que planteó que: *“uno no se puede pacsear con su hermano, hermana, su tía, tío... con ninguna persona que sea familia, todo esto con la finalidad de evitar el incesto.”*[9]

IV. Posibilidad de Implementación en la República Dominicana

La Constitución dominicana en su artículo 55, el cual trata sobre los derechos de la familia, aborda dos tipos de uniones sentimentales: el matrimonio y la unión libre o

concubinato. El matrimonio se encuentra ampliamente regulado en el Código Civil dominicano, mientras que el concubinato, a pesar de la reserva legal constitucional establecida en numeral 5 del indicado artículo, desde la Constitución dominicana de 2010, al día de hoy -13 años después-, no se encuentra regulado legalmente en la República Dominicana.

El artículo 55 de la Constitución dominicana, establece que: *“La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

A su vez, el numeral 5 del indicado artículo, dispone respecto al concubinato lo siguiente: *“La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley...”*.

Visto lo anterior, es notorio que de manera expresa, la Constitución dominicana prohíbe tanto el matrimonio como el concubinato entre personas de un mismo sexo. Sin embargo, la Carta Magna no hace referencia en lo absoluto a las uniones civiles.

Por lo tanto, aplicaría entonces lo dispuesto en el artículo 40, numeral 15 de la Ley Suprema, que dispone lo siguiente: *“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: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica”*.

En otras palabras, en la República Dominicana no existe prohibición constitucional para que personas del mismo sexo o distintos sexos, puedan unirse sentimentalmente mediante una unión civil, una vez sea promulgada una ley que rija esta figura, siendo esto último indispensable en virtud del principio de legalidad.

Respecto a este principio, el actual Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia dominicana ha considerado que: *“...el principio de legalidad presupone que toda acción debe estar sometida a la ley y exige, además, que toda prohibición o restricción deba formularse de forma expresa, previa y taxativa.”*^[10]

Precisamente, el artículo 40, numeral 15 del Constitución dominicana consagra el principio de razonabilidad, el cual en palabras del doctrinario anteriormente citado: *“Rechaza la arbitrariedad, permitiendo que solo lo razonable sea considerado constitucional...El principio de razonabilidad permite hacer lo que la Constitución no prohíbe.”*^[11]

Por aplicación del artículo 74, numeral 2^[12] de la Constitución dominicana, en aras de regular los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad^[13] y la propiedad de las personas de un mismo sexo o sexos distintos que desean convivir sentimentalmente en un mismo hogar, entendemos

que en la República Dominicana la promulgación de una ley que rijan las uniones civiles, no choca con ninguna de las normas que rigen el bloque de constitucionalidad.

V. Consideraciones Finales

Durante el año 2021, en la República Dominicana se registraron 45,292 matrimonios, mientras que los divorcios registrados en ese año totalizaron 28,694. En promedio, según cifras de la Oficina Nacional de Estadística (ONE), desde 2015 al 2021, el promedio anual de matrimonios es de 47,818, mientras que los divorcios en igual período promedian 22,653 cada año, lo cual a nivel porcentual, arroja que existe un 47.3% de divorcios respecto a los matrimonios.^[14]

Respecto al PACS francés, en este país en el año 2017, se concertaron 193,950 uniones de este tipo –como ya indicamos–, mientras que en 82,345 fueron disueltos, para una proporción de un 43.45%.

Como ya mencionamos previamente, las uniones civiles son mucho más sencillas de disolver que un matrimonio, lo cual implicaría menores complicaciones en inversión de tiempo y dinero para las personas que no quieran permanecer unidas sentimentalmente.

En la República Dominicana, las uniones civiles supondrían una opción adecuada para la gran cantidad de personas que están unidas mediante un concubinato, figura jurídica que al día de hoy, no tiene regulación positiva, siendo necesario para los jueces del Poder Judicial actualmente, decidir los casos de partición de bienes de un concubinato en base a ciertos parámetros establecidos pretoriamente en el devenir de los años, para evitar que les aplique el artículo 4 del Código Civil dominicano.^[15]

Además, esta figura jurídica permitiría a los homosexuales y lesbianas organizar con reglas claras y preestablecidas –desde el punto de vista patrimonial– la convivencia en pareja. Y es que siempre es recomendable, desde el punto de vista jurídico, que existan mecanismos legales que regulen y viabilicen todo tipo de las relaciones humanas.

Como ya indicamos, desde el espectro del bloque de constitucional, no existe ninguna norma que impida una eventual regulación positiva de las uniones civiles en la República Dominicana.

Finalmente, vista la experiencia en el derecho comparado, las uniones civiles suponen una opción formal y flexible, para las parejas que optan por convivir sentimentalmente bajo un mismo techo, pero no quieren casarse ni vivir de manera informal en concubinato. Tomando en cuenta que la figura de las uniones civiles, surgió como consecuencia de dar una respuesta a los homosexuales y lesbianas que exigían en diversos países un trato igualitario, resulta propicio concluir citando al papa Francisco, quien recientemente dijo: “*Ser homosexual no es un delito, es una condición humana.*”^[16]

- [1] Talavera, Pedro. *“El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo”*. [en línea] p. 14 [consulta: 24 de junio de 2023] Formato PDF. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Disponible en: www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932001.
- [2] The New York Times, *El papa Francisco expresa apoyo a las uniones civiles del mismo sexo y marca un cambio para la iglesia*, 21 de octubre de 2020, [consulta: 24 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/10/21/espanol/union-civil-papa-francisco.html>. Por igual, RTVE Noticias, *El PAPA FRANCISCO apoya las uniones civiles entre HOMOSEXUALES por primera vez*, 21 de octubre de 2020, [consulta: 24 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=prohCWj098M>.
- [3] Estadística obtenida en la página web del Ministerio Justicia francés, a través de un documento descargado en formato Excel. [consulta: 24 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.justice.gouv.fr/pactes-civils-solidarite-pacs>.
- [4] Instaurada la figura vía jurisprudencial por la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia C-075/07 de 7 de febrero de 2007 y la Sentencia C-029/09 de 28 de enero de 2009.
- [5] Artículo 515-8 del Código Civil francés.
- [6] Artículo 515-4 del Código Civil francés.
- [7] Actualmente el concepto de “causa” ha sido suprimido en el derecho francés, permaneciendo vigente aún en el derecho dominicano.
- [8] Artículo 515-2 del Código Civil francés.
- [9] Malaurie, Phillippe. *La Famille*. Paris. *Éditions Juridiques Associées*, 2004, p. 16.
- [10] Molina Peña, Luis Henry, *La Constitución de la República Dominicana comentada por jueces y juezas del Poder Judicial*, coordinación general de la obra: Hermógenes Acosta de los Santos, 1era. Edición, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2022, p. 327.
- [11] *Ibidem*, págs. 331 y 334.
- [12] El cual dispone que: *“Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;”*.
- [13] Respecto a este derecho fundamental, nuestra Suprema Corte de Justicia estableció que: *“El Derecho al libre desarrollo de la personalidad permitirá a las personas incidir en un tema tan importante para su felicidad y realización personal como sería el tipo de relación de pareja que desea fomentar, siendo determinante a estos efectos la regulación [de] los bienes generados durante el curso de la relación de que se trate...”*; SCJ, 1 de octubre 2020, núm. 18, B. J. núm. 1319, p. 237.
- [14] El Dinero, *En República Dominicana hay un divorcio por cada dos matrimonios*, 9 de mayo de 2022, [consulta: 25 de junio de 2023]. Disponible en: <https://eldinero.com.do/196377/en-republica-dominicana-hay-un-divorcio-por-cada-dos-matrimonios/>.
- [15] Este artículo dice que: *“El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.”*
- [16] RTVE Noticias, *“PAPA FRANCISCO: “La HOMOSEXUALIDAD NO es un DELITO”*, 25 de enero de 2023, [consulta: 25 de junio de 2023]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=5PqeM9kqTiU>.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en la República Dominicana

Alan Solano Tolentino

I. Introducción General

En la República Dominicana, la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, dispone en su artículo 36, en cuanto al objeto del control concentrado de constitucional, lo siguiente: “La acción directa de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma sustantiva.”

La doctrina internacional ha definido la figura de la inconstitucionalidad por omisión, como: “una falta de desarrollo por parte de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.”^[1]

Lamentablemente, desde la Constitución dominicana de 2010, existen diversas figuras jurídicas pendientes de ser reguladas por disposiciones positivas, existiendo desde entonces reservas de ley establecidas por la Carta Magna. Es inexplicable que ya han transcurrido trece años, sin que el Congreso Nacional de la República Dominicana, cumpla con su labor de hacer valer la supremacía de la Constitución, siendo esta la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado dominicano.^[2]

A lo anterior se le denomina como omisión legislativa absoluta, cuya configuración se materializa “...ante la inacción total del legislador de abocarse a dictar una norma respecto de la que existe una reserva de ley en el texto fundamental...”^[3]

II. Consideraciones Jurídicas relativas a la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa Absoluta

Resulta evidente, que el legislador al momento de elaborar y trabajar los proyectos de ley, debe tomar en cuenta que estos no contravengan la Constitución dominicana. A su vez, “tampoco podría excusarse de emitir una ley que sea necesaria para desarrollar una cláusula constitucional, puesto que estaría propiciando su ineficacia.”^[4]

En ese sentido, se considera que existe una omisión legislativa constitucionalmente relevante “cuando el legislador viola una imposición constitucional de legislar, omisión que impide la ejecución de los preceptos constitucionales.”^[5]

Una de las vertientes del ejercicio de la soberanía nacional, es el cumplimiento de las funciones de los representantes del pueblo, como son los miembros del Congreso

Nacional, los cuales son elegidos de manera directa por los ciudadanos con derecho al voto.

El hecho de que existan leyes sin promulgar, a pesar de existir reservasen la Constitución dominicana en ese sentido, implica necesariamente una falta de operatividad efectiva de la Carta Magna, que deviene por razones lógicas, en violación a la supremacía constitucional.

La doctrina foránea, ha dicho respecto a esto, que: “La inconstitucionalidad por omisión puede ser vista como un remedio eficaz frente a la inactividad del legislador que también viola frontalmente la enérgica pretensión de validez de las normas constitucionales, quedando los textos constitucionales, a la postre, sin posibilidad de ser vivida en su plenitud, precisamente, por el ocio del legislador que no observa el mandato que el Poder Constituyente delega al Poder Constituido, postergando así, diversas normas programáticas.”[6]

En otras palabras, la acción directa en inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta rompe con la inercia provocada por la desidia excesiva del legislador, que simplemente no hace el trabajo para el cual fue elegido por el pueblo.

III. La inconstitucionalidad por omisión en la República Dominicana: Supremacía Constitucional versus Desidia Congresual

En consonancia con lo indicado anteriormente, existen dos presupuestos de interés a los fines de que se configure la inconstitucionalidad por omisión, los cuales, según ha considerado el Tribunal Constitucional dominicano, los siguientes: (a) Un interés constitucional tutelado o asegurado –es decir, la ley ha de significar una relación jurídica de derechos u obligaciones frente a terceros, que pueden ser destinatarios diversos–; y (b) Un interés constitucional peligrosamente amenazado –supone la existencia de una ley o norma que la Constitución garantiza, la cual se ve peligrosamente amenazada ante la indiferencia del legislador al no crearla–.[7]

En la República Dominicana, existen diversas figuras jurídicas que se encuentran acéfalas, ya que no pueden aplicarse a plenitud o en lo absoluto, ante la falta de legislación que las regule, siendo necesario que en ciertos casos el juzgador –con el objetivo de evitar que se considere que ha incurrido en denegación de justicia[8] y en virtud del rol activo del juez[9]ante este tipo de casos– regule pretorianamente estos derechos carentes de ley aplicable.

A continuación, mencionaremos algunas leyes pendientes de promulgarse en la República Dominicana, las cuales tienen reserva constitucional desde el 2010 –es decir, desde hace trece años–:

1. Ley concerniente al régimen de adquisición y transferencia de la propiedad inmobiliaria en la zona fronteriza (artículo 10 numeral 2 de la Constitución dominicana).

2. Ley sobre unión libre o concubinato (artículo 42 numeral 5 de la Constitución dominicana).
3. Ley para la prestación de servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos entre 16 y 21 años de edad (artículo 72 numeral 4 de la Constitución dominicana).
4. Ley sobre concesión de indultos por parte del presidente de la República en su condición de Jefe de Estado (artículo 128, numeral 1-J de la Constitución dominicana).
5. Ley orgánica de la administración local, la cual a su vez deberá regir los referendos municipales (artículo 203 de la Constitución dominicana).
7. Ley sobre referendo/consultas populares (artículo 210 de la Constitución dominicana).
8. Ley sobre referendo aprobatorio (artículo 272 de la Constitución dominicana).^[10]
9. Ley concerniente a los sistemas de inteligencia del Estado (artículo 261 de la Constitución dominicana).

Precisamente, en la Sentencia TC/0113/21 de 20 de enero de 2021, el Tribunal Constitucional dominicano, exhortó^[11] la elaboración y emisión a cargo del Congreso Nacional, de algunas de las leyes mencionadas anteriormente, tomando en cuenta que ha pasado más de una década sin que aún hayan sido promulgadas.

Resulta de interés para la soberanía nacional, la supremacía constitucional y el ejercicio pleno de nuestros derechos y deberes fundamentales como ciudadanos dominicanos, que tanto las legislaciones mencionadas, así como otras tantas, sean elaboradas y estudiadas por el Congreso Nacional, para que luego sean promulgadas por el Poder Ejecutivo, a los fines de que podamos seguir avanzando idóneamente como un Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. Consideraciones Finales

En la República Dominicana, es recurrente que numerosos proyectos de ley, no cuenten con el consenso de los miembros del Congreso Nacional, por lo tanto, simplemente quedan como eso: proyectos de ley.

Sin embargo, en los casos donde existe reserva constitucional para la promulgación de ciertas leyes, obviamente la falta de aprobación de estas –que necesariamente deberían ser elaboradas, estudiadas y promulgadas con preeminencia– se traduce en una violación directa a la Constitución dominicana, por tratarse de leyes que se constituirían en el brazo ejecutor y operativo de normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Abandonado a la pura teoría constitucional dominicana están –por ejemplo– el referendo municipal, las consultas populares y el referendo probatorio.

A su vez, otro ejemplo, es que actualmente solo en manos de la ardua labor creativa de los jueces que componen el Poder Judicial dominicano, está la regulación de la figura de la unión libre o concubinato, lo cual afecta la seguridad jurídica de los destinatarios de la justicia, en vista de que el juzgador pudiese incurrir en consideraciones y decisiones

con un amplio componente de discrecionalidad, ante la falta de regulación legal de esta figura jurídica.

Debido a esto, aspiramos a un Congreso Nacional que sea respetuoso de la supremacía constitucional y que asimile, que de la única manera en que los poderes públicos pueden realizar de manera efectiva y organizada las labores que están a su cargo, es si existen leyes que regulen el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales contenidos en la norma suprema.

[1] JOROZCO SOLANO, Víctor Eduardo y PATIÑO, Silvia, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, edición especial, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2008, p. 45.

[2] Artículo 6 de la Constitución dominicana.

[3] Sentencia TC/0113/21 de 20 de enero de 2021, dictada por el Tribunal Constitucional dominicano.

[4] JOROZCO SOLANO, Víctor Eduardo y PATIÑO, Silvia, *ob cit*, p. 47.

[5] JORGE PRATS, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Santo Domingo, R.D., Editora Búho, S.R.L., 2da. edición, 2013, p. 103.

[6] Eto Cruz, Gerardo, *La inconstitucionalidad por omisión*, Doctrina Constitucional, INDEJUC, Trujillo, 1992, p. 240.

[7] Sentencia TC/0079/12 de 15 de diciembre de 2012, dictada por el Tribunal Constitucional dominicano.

[8] Artículo 4 del Código Civil dominicano.

[9] “El juez no sólo puede, sino que debe ser participante activo en la búsqueda de la verdad”. Cita obtenida de: Moronta G., Alberto A, *Hacia la Comprensión de los Principios Rectores del Proceso Civil*, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2008, p. 59.

[10] Con relación al referendo municipal, las consultas populares y el referendo aprobatorio, el Tribunal Constitucional dominicano, en el ordinal cuarto del dispositivo de la Sentencia TC/0113/21 de 20 de enero de 2021, decidió lo siguiente: “...CUARTO: ORDENAR al Congreso Nacional cumplir con lo dispuesto en los artículos 203, 210 y 272, en un plazo no mayor a dos (2) años, contados a partir de la notificación de la presente decisión...”.

[11] El artículo 47, párrafo III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, establece lo siguiente: “Párrafo III.- Adoptará [El Tribunal Constitucional], cuando lo considere necesario, sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada.”

**¿Paternidad social vs paternidad biológica?
Consideraciones a la sentencia Núm. SCJ-PS-23-0501 de la Primera Sala de la
Suprema Corte de Justicia**

Gabriela Pérez Guzmán^[1]

Recientemente ha sido objeto de discusión una sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en la que se sostiene el criterio de que en la filiación existen aspectos sociológicos, culturales y sociales incontrovertibles, que se construyen en el núcleo de una familia y que forjan la identidad de sus integrantes, y que por tal razón justifica la preeminencia de una verdad social, así construida, frente a la carga genética.

Se trata de la sentencia núm. SCJ-PS-23-0501 de 29 de marzo de 2023, mediante la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia decide un recurso de casación interpuesto contra una decisión de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional en la que se rechazó la solicitud de realizar una prueba de ADN requerida en la demanda primigenia por un tercero que alega ser el padre biológico de una criatura nacida dentro del matrimonio.

La Corte de Casación luego de estudiar los medios de casación invocados por el recurrente, los medios de defensa de la parte recurrida y las consideraciones principales en las cuales la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional basó su decisión, rechazó el indicado recurso, dejando firme la sentencia impugnada.

Para rechazar este recurso de casación la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia sostuvo que *“en nuestro Estado Social y en salvaguarda de los derechos fundamentales, la existencia de un nexo biológico no es el único aspecto que debe ser evaluado para determinar la filiación (identidad dinámica) de un sujeto de derechos, sobre todo en casos como el de la especie, que se trata de un menor de edad nacido durante la vigencia del matrimonio de los recurridos, quienes figuran como sus padres en el acta de nacimiento expedida a su nombre, gozando el menor de edad de una identidad y de apellidos, sin que el padre declarante niegue la filiación”*.

Con este argumento la Corte de Casación refrenda lo dispuesto en el artículo 312 del Código Civil el cual establece que el hijo concebido durante el matrimonio, se reputa hijo del marido. Pero, a su vez, protege la seguridad y la estabilidad en la vida familiar que no debe verse afectada por la intervención de un tercero que alegue ser el progenitor de un hijo nacido dentro de un matrimonio, tomando en cuenta que dicha filiación no ha sido desconocida ni cuestionada por el padre-esposo, como en la especie.

En ese sentido, la Primera Sala de la SCJ señala que se trata de un derecho que el menor de edad puede ejercer, a través de sus representantes, es decir sus padres, o cuando adquiera su mayoría de edad en aras de no perturbar el núcleo familiar. Este criterio de

la Primera Sala de la SCJ es bastante atinado, no obstante, hay aspectos de esta decisión que resultan incomprensibles.

El primero de ellos es por qué en un caso familiarmente sensible no se protegieron los nombres del menor de edad involucrado, de sus padres, ni de un tercero que procura la realización de la prueba de ADN por considerar que es el padre biológico de un menor de edad nacido dentro de un matrimonio.

Con esta inobservancia, se ha expuesto una situación en la que se identifican con nombres y apellidos las partes envueltas en un conflicto de familia que involucra a su vez a un menor de edad, vulnerándose consigo el derecho a la intimidad, la imagen, así como la vida privada y familiar de las partes en conflicto, en detrimento de lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República que protege el derecho a la intimidad y al honor personal. En ese sentido, en casos de esta índole lo correcto sería colocar las siglas de las partes, sobre todo cuando la decisión rendida por los jueces será publicada en un portal de acceso general que permite la divulgación masiva de las sentencias allí publicadas.

Otro de los aspectos de esta decisión que captan poderosamente la atención es que los jueces sostienen que *“si bien la prueba de ADN es la manera más precisa y concluyente de determinar la paternidad más allá de toda duda razonable, y la Ley núm. 136-03 prevé expresamente en el artículo 62 que puede recurrirse a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna, lo cierto es que no debe dejarse de lado la existencia de una verdad social, pues aunque el dato biológico forma parte de la identidad de la persona humana, no es lo único determinante, toda vez que existen aspectos sociológicos, culturales y sociales incontrovertibles, que se construyen en el núcleo de una familia y que forjan la identidad de sus integrantes, y que por tal razón justifica la preeminencia de una verdad social, así construida, frente a la carga genética”*.

Aunado a lo anterior, señala la Primera Sala de la SCJ que *“...la filiación no sólo se prueba por el hecho del nacimiento y la realización de la prueba de ADN, sino que la ley posibilita el establecimiento de la filiación a través de la posesión de estado, la cual para ser establecida al tenor de lo expuesto en el artículo 321 del Código Civil, requiere el concurso suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer, esto es acreditar: el nombre, la fama y el trato de hijo (...)”*

A su vez, resaltan una jurisprudencia costarricense que señala: *“el mismo ordenamiento reconoce que existen muchas situaciones de la vida real en las cuales, las personas se relacionan asumiendo comportamientos propios a los de la paternidad, sin que esta corresponda exactamente a un nexo biológico. Se ha hablado entonces de una paternidad social, en contraposición a la paternidad biológica, la cual, igualmente es tutelada, debido al interés de la persona menor de edad.”*

Tales consideraciones son válidas porque es una realidad social la presencia de relaciones familiares en las que, a pesar de la no existencia de un vínculo de filiación biológica, se genera una posesión de estado en las condiciones del artículo 321 del

Código Civil, es decir, acreditando los siguientes elementos: nombre, fama y el trato de hijo. Esto se traduce en un vínculo afectivo idéntico al de un padre con su hijo, pero sin la existencia de un título en el que se configure una filiación jurídica asentada en el órgano encargado de custodiar el Registro Civil.

No obstante, en los argumentos utilizados por la Primera Sala de la SCJ en esta sentencia, se evidencia que se hace un símil de los elementos constitutivos de esta nomenclatura, es decir, la posesión de estado, con el tipo de relación que presenta el padre con el menor de edad. Esto pudiera generar confusiones en cuanto a esta figura jurídica pues los jueces precisan que el menor de edad y su padre mantienen una “posesión de estado” incuestionable, afianzada por un acta de nacimiento demostrativa del vínculo filial.

En ese tenor, se debe tomar en cuenta que la posesión revela como naturaleza el ser “una situación excepcional y subsidiaria a la que se acude a falta de la prueba por excelencia del correspondiente estado civil”, siendo las actas inscritas en el Registro del Estado Civil la prueba principal de los nexos familiares[2].

Como se observa, en el caso de la especie no se configura una posesión de estado en el sentido estricto del término[3], sino que existe una filiación jurídica en el Registro Civil respecto a un menor de edad nacido dentro de un matrimonio de trece años, sin que el padre declarante haya desconocido la paternidad.

En esas atenciones, de igual forma resulta incomprensible la línea argumentativa de la Primera Sala de la SCJ respecto a la paternidad social y el criterio socio-afectivo de esta en prevalencia de la paternidad biológica cuando en el presente caso bastaba con refrendar lo dispuesto en el artículo 312 del Código Civil concerniente a que “el hijo nacido dentro del matrimonio se reputa hijo del marido”, aunado con la posición de que cualquier acción en justicia que cuestione la paternidad debe ser ejercida por los representantes del menor de edad o bien por este último al alcanzar los 18 años, con la finalidad de que terceros no pretendan perturbar la armonía y estabilidad familiar, así como el normal desenvolvimiento y pleno crecimiento emocional del niño, niña o adolescente.

En resumidas cuentas, considero que estos criterios sostenidos por la Primera Sala de la SCJ respecto al vínculo socio-afectivo para la determinación del estatus de hijo destapan una caja de pandora para aquellas relaciones familiares en las que pudiese o no configurarse la posesión de estado o una paternidad social, máxime cuando respecto a esta figura en nuestro ordenamiento jurídico aún persisten lagunas jurídicas que deben ser reguladas por el legislador con la finalidad de que las indicadas situaciones se encuentren jurídicamente protegidas.

[1] Abogada, con experiencia en materia de Derecho Civil, Administrativo y Electoral. Cuenta con una Maestría en Procedimiento Civil por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Actualmente cursa el Máster en Derecho Administrativo y Gestión Municipal por la Universidad Castilla La Mancha (UCLM).

[2] Domínguez Guillén, María Candelaria: «En torno a la posesión de estado».

En: Revista de Derecho. N.º 22. TSJ. Caracas, 2006, pp. 57 y ss

[3] La posesión de estado se fundamenta en el comportamiento externo de los sujetos, es decir, en la sincronía que generalmente existe entre las maneras de actuar y el vínculo que le sirve de justificativo, aunque desde el punto de vista formal no se encuentre suficientemente constituido como «título» en el Registro del Estado Civil. (Comenta Lucas Gil, Francisco: Derecho registral civil. Bosch. Barcelona, 1976, p. 72)

Referéndum: “El sueño eterno de la democracia participativa”

César V. Polanco Reynoso y Alan Solano Tolentino

En el año 2010 ocurrió en la República Dominicana uno de los hitos históricos más importantes de la historia jurídica moderna, al proclamarse la reforma a nuestra carta magna y pasar a ser, en principio, un Estado Social y Democrático de Derecho. Con este importante paso, aceleramos la creación de una administración pública moderna, donde los ciudadanos podemos participar de manera activa en el proceso de toma de decisiones de nuestro poder ejecutivo, legislativo y judicial.

Sin embargo, en los 13 años que tenemos utilizando esta configuración de Carta Magna, brilla por su ausencia el mecanismo de participación ciudadana más usado en Latinoamérica: el referéndum o referendo. Pero ¿qué es el referéndum? La Real Academia Española lo define como un “Procedimiento jurídico por el que se someten al voto popular leyes o actos administrativos”^[1], mientras que en la doctrina nacional podemos encontrar que se define como “una entidad política, donde el pueblo aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas.”^[2]

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos encontrar la figura en nuestra Constitución, primordialmente en los artículos 22, 203, 208, 210 y 272, todos haciendo referencia a la manera en que los derechos ciudadanos son ejercidos o –en principio– como deberían de usarse. De hecho, es nuestro Tribunal Constitucional que mediante la Sentencia núm. TC/0113/21 evacuada el 20 de enero del 2021, que menciona que nuestro Congreso Nacional ha incurrido en “...una omisión legislativa absoluta, por incumplimiento del mandato constitucional, lo que ha privado a los ciudadanos del derecho de ser consultados en sus opiniones [y que estas] puedan ser consideradas previo a la toma de grandes decisiones nacionales. “Luego de esto, fue presentado por el Poder Ejecutivo el “Proyecto de Ley Orgánico de Referendo Consultivo y Referendo Constitucional” en fecha del cinco (5) de marzo de 2021, la cual aún estamos esperando por su promulgación. Es importante destacar dentro de esta iniciativa, que la solicitud de referendo consultivo corresponde a: (1) ciudadanos que representen un 2% del padrón electoral; (2) El presidente de la República Dominicana, y (3) Una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados.

Por otro lado, este proyecto regularía el número de personas que serían necesarias a la hora de usar la consulta popular, que sería el equivalente al 2% del padrón electoral. A la fecha de remisión del indicado proyecto de ley, el total del padrón electoral rondaba los 7,500,000 de votantes, por lo que el 2% ascendería a 150,000 personas, a los fines de someter una solicitud de referendo consultivo.

¿Qué vendría a solucionar la promulgación de una ley de este tipo en nuestro país? Existe un tranque político desde hace varios años en nuestro país en diversos temas de interés, que afecta el ordenamiento jurídico nacional, uno de estos, es la promulgación

del Código Penal (promulgado en el 2014 y anulado por el Tribunal Constitucional previo a su entrada en vigencia). En diversas ocasiones, se ha visto impedida su modificación, debido a la inobservancia del procedimiento para la promulgación de una ley y en estos últimos años por la supuesta necesidad de introducir la figura de las tres causales del aborto en esta ley, situación que ha llevado en estos escenarios a no ser aprobada cumpliendo el procedimiento constitucional a esos fines y a torpedearse cualquier tipo de iniciativa referente al tema que no contenga en principio las mencionadas causales sobre el aborto.

Es precisamente por este motivo que nos atrevemos a decir, que es necesaria la promulgación inmediata del proyecto de ley que regularía la figura del referéndum, a los fines de que sea el pueblo dominicano que elija mediante el uso de este mecanismo democrático, si le interesa que este contenido en este nuevo código lo relativo a las tres causales del aborto o en su defecto, si le interesa que se promulgue una ley especial solamente para el tema y que no esté contenido en el nuevo código.

Pero no solamente con el Código Penal, existe la necesidad de actualización y promulgación de varias leyes, que por asuntos políticos que no necesariamente representan la voluntad del electorado que los “colocó” como legisladores, duermen el sueño eterno en el Congreso Nacional y se juega al olvido de nuestras débiles memorias, que, con el paso del tiempo, se van ocupando en nuestros quehaceres diarios que son tan necesarios para vivir.

Es momento de que se le habilite al pueblo dominicano, la regulación que le permita darle una “ayudita” al Congreso Nacional, con el objetivo de actualizar realmente nuestra sociedad, puesto que esto es lo que realmente nos convertirían en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero esta idea no se produce por la imaginación de quienes suscriben, ya que es una figura que se ha utilizado tantas veces en el ordenamiento jurídico comparado latinoamericano, que no entendemos la demora que ha tenido la promulgación de la referida ley.

Respecto a lo anterior, un ejemplo de países que han usado el referendo en distintas ocasiones es Chile, que consigue la independencia de España mediante el uso de la figura (1818), el famoso voto por el “no”, que se generó durante la dictadura de Pinochet (1988) y que luego fue revivido el debate de si la constitución actual que existe en dicho país y que fue promulgada en el 1980 (aún vigente hasta la fecha) debía ser reformada o no (2020), ganando el “sí”.

En ese mismo orden, en Chile, luego de varias batallas políticas, se presentó una propuesta de nueva Constitución que terminó siendo rechazada en la consulta realizada el año pasado (2022) y que para diciembre de este año se espera que se realice otra votación, para determinar si la nueva propuesta de nueva Constitución es verdaderamente representativa.

Existen diversos ejemplos a tomar en cuenta en la región, algunos más efectivos que otros, pero definitivamente, con una mira en común: el respeto a la voluntad del pueblo de cada nación que los sometió –algunos a favor de los políticos de turno, otros en contra [en contra, por ejemplo, Bolivia 2016]-.

Esperamos que en estas próximas elecciones que se avecinan, nuestro electorado elija muy bien a los legisladores que los representarán en el Congreso Nacional. Quizás, estos nos lleven a la modernidad que nos merecemos como nación y se deje de lado la demagogia que ocasiona la narrativa política en los medios de comunicación, para que dentro de nuestra próxima legislatura o en un cine cercano a usted, se estrene para este 2024, el uso del referéndum, los plebiscitos y las iniciativas normativas municipales.

[1]Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: Diccionario panhispánico de dudas (DPD) [en línea], <https://www.rae.es/dpd/referendo>, 1.ª actualización (junio 2023). [Consulta: 28/06/2023].

[2]El Referéndum. (2021, abril 30). Fc-abogados.com. <https://fc-abogados.com/es/el-referendum/>.

Análisis comparativo entre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y la Ley de Arbitraje de República Dominicana

Pamela Checo Frias

Desde una perspectiva histórica, podemos notar que no hubo muchos casos de arbitraje en República Dominicana durante la década de los 1990, al igual que muchos países de la región latinoamericana, ya que no había mucha demanda para este tipo de procedimientos¹⁸⁰. Aunque no hubo mucha demanda, se creó una ley para oficialmente identificar a las Cámaras de Comercio como instituciones oficiales para los procedimientos de arbitraje con la instalación de los Centros de Resolución Alternativa de Controversias, según lo dictó la Ley 50-87 ratificada en junio de 1987.

Posteriormente, la Ley 50-87 fue modificada por la Ley 181-09, para permitir que los casos de arbitraje internacional se tramiten en los Centros de Resolución Alternativa de Controversias ubicados en las respectivas Cámaras de Comercio de cada provincia del país¹⁸¹. A principios de la década de los 2000, debido a la creciente demanda por métodos alternativos para la solución de controversias, especialmente en materia comercial, la República Dominicana amplió su sistema legal de arbitraje.

La República Dominicana se convirtió en país firmante de la Convención sobre el reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York el 8 de noviembre del año 2000. Luego, el país firmó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de Panamá el 24 de diciembre del año 2007. Sin embargo, no fue hasta la implementación de la nueva Ley 489-08 de Arbitraje Comercial ratificada el 19 de diciembre del año 2008, que las normas de arbitraje de estos tratados fueron añadidas a las leyes de la República Dominicana¹⁸². La Ley 489-08 se basa en la Ley Modelo de CNUDMI y rige todos los tipos de arbitraje que tienen lugar en el país, así como la ejecución de laudos internacionales y locales¹⁸³.

Teniendo en cuenta que no fue una traducción directa de la Ley Modelo de CNUDMI, existen varias diferencias entre la Ley Modelo y el sistema legal de arbitraje implementado en el país a través de la Ley 489-08. La primera diferencia está en el Artículo Párrafo 3 letra C, la Ley Modelo de CNUDMI establece una opción de

¹⁸⁰BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>.

¹⁸¹ Ley No. 181-09, Que introduce modificaciones a la Ley 50-87, [en línea]. 6 de Julio 2009. Gaceta Oficial 2009. [consultado el 10/02/2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-181-09-que-modifica-el-titulo-vi-sobre-arbitraje-de-la-ley-50-87.pdf>

¹⁸² BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>.

¹⁸³ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

participación en la en la que identifica como las partes han decidido por su propia voluntad en convertirse parte de un procedimiento de arbitraje internacional donde el tema se relaciona con más de un país si surge alguna controversia con el contrato o convenio ¹⁸⁴.

La Ley Dominicana, 489-08, no incluye esta disposición, por lo que esta ley sólo ofrece una definición limitada para los procedimientos de Arbitraje Internacional. Esta ley define un Arbitraje Internacional identificando tres requisitos esenciales: las partes deben tener establecimientos en diferentes países, una de las partes posee un domicilio fuera de la República Dominicana y el lugar de ejecución de la parte sustancial de las obligaciones adquiridas en la relación comercial es un país distinto al donde al menos una de las partes tiene su lugar oficial de negocios ¹⁸⁵.

En lo contrario, la Ley Modelo de CNUDMI, incluye la disposición que establece como la decisión de participar ha sido tomada por la propia voluntad de las partes, así definiendo el procedimiento de arbitraje ¹⁸⁶. Mientras que la Ley 489-08 no contiene la decisión de participar como parte de su definición que establece los requisitos para formar un procedimiento de arbitraje internacional ¹⁸⁷. Por lo tanto, la definición que ofrece la Ley 489-08 no contiene la opción de participar como lo ofrece la definición del Modelo CNUDMI, que incluye como las partes eligieron por su propia voluntad la opción de participar en un arbitraje internacional dónde está sujeto las leyes de dos o más países, que son el objeto del convenio arbitral ¹⁸⁸.

La cláusula compromisoria en el procedimiento de arbitraje para ser identificada como internacional debe de cumplir con una serie de requisitos enumerados en la Ley 489-08, cumplir con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegida por las partes para regir el convenio arbitral o por las normas jurídicas aplicable a la materia de la controversia o a la Ley de Arbitraje Dominicana. Sin embargo, tanto el arbitraje nacional como el internacional son tratados por igual ante la ley y deben someterse a los mismos requisitos identificados en la legislación reglamentaria de Arbitraje en República Dominicana.

En base a la diferencia entre el Arbitraje Ad-Hoc y el Arbitraje Institucional, la Ley 489-08 establece una opción para elegir un foro de Arbitraje Institucional en República

¹⁸⁴ PEÑA RODRIGUEZ, Marcos E., and Laura MEDINA ACOSTA. Guia de Arbitraje: Republica Dominicana. Delos Dispute Resolution [en línea]. 24 February 2023 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Dominican-Republic.pdf>

¹⁸⁵ *Ob Cit.*

¹⁸⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional [online]. 2006 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

¹⁸⁷ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

¹⁸⁸ BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>.

Dominicana ¹⁸⁹. El más destacado de estos Centros de Arbitraje Institucionales es el Centro de Resolución de Controversias, que tiene su sucursal en cada una de las Cámaras de Comercio que se encuentran en cada provincia del país. Esta institución tiene reglas similares a las de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Por consiguiente, la Ley 489-08 inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI establece principios rectores para garantizar la seguridad jurídica y eficacia que proporciona el Arbitraje. Estos principios tienen el objetivo de tratar a todas las partes del proceso por igual, garantizar que toda la información se mantenga confidencial y que sea manejada con la más absoluta discreción. La diferencia es que los mismos principios se aplicaban tanto al Arbitraje Ad-Hoc como al institucional, mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI, establece reglas diferentes pero similares para cada tipo de Arbitraje ¹⁹⁰.

La Ley 489-08 no se pronuncia acerca de la cuestión de exigibilidad de la implementación de la cláusula arbitral a terceros. De lo contrario, la Ley Modelo de la CNUDMI contiene excepciones donde la cláusula debe aplicar a terceros, como por ejemplo cuando la cesión a un tercero está dependiente a la aceptación del acuerdo de arbitraje ¹⁹¹. Por ende, la Ley 489-08 no se pronuncia sobre la extensión del acuerdo de arbitraje a no signatarios o la intervención de terceros en el proceso ¹⁹². Sin embargo, las Cámaras de Comercio han implementado en sus reglas procesales que, a solicitud de una de las partes, el tribunal arbitral puede aceptar la intervención de uno o más terceros en el proceso de arbitraje. Los requisitos son que: el tercero debe ser parte del acuerdo de arbitraje, se hacen reclamaciones contra dicha parte y tiene un interés directo y legítimo en los resultados del proceso de arbitraje ¹⁹³. De igual manera, la Suprema Corte de la República Dominicana estableció un precedente en este tema de procesos de arbitraje cuando emitió un fallo declarando que el acuerdo de arbitraje puede extenderse a contratos accesorios, abriendo el proceso a terceros interesados ¹⁹⁴.

¹⁸⁹República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

¹⁹⁰BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>.

¹⁹¹PEÑA RODRIGUEZ, Marcos E., and Laura MEDINA ACOSTA. Guia de Arbitraje: Republica Dominicana. Delos Dispute Resolution [en línea]. 24 February 2023 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Dominican-Republic.pdf>

¹⁹²República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

¹⁹³BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>.

¹⁹⁴ (Peña & Medina Acosta, 2022)

Otra diferencia es que debe haber un procedimiento específico con la notificación de la solicitud de proceso de arbitraje cuando el conflicto a resolver por arbitraje tiene los siguientes elementos: El Estado de la República Dominicana actúa como parte en el proceso de arbitraje, el número de árbitros es impar y hay un plazo para iniciar el proceso de arbitraje porque se han dictado medidas provisionales por un tribunal local¹⁹⁵. El Modelo de Ley de la CNUDMI no contiene específicamente estos elementos, pero tiene disposiciones especiales cuando hay circunstancias especiales en cuanto al número de árbitros o en relación a la naturaleza de la controversia a resolver ¹⁹⁶.

La República Dominicana tiene un sistema de un solo nivel aplicable en su ley, lo que hace que los resultados del proceso sean aplicables tanto a nivel nacional como internacional, el Modelo de Ley de la CNUDMI no contiene este sistema. Según la Ley 489-08, se requiere que el reclamante notifique al demandado el nombre de los árbitros propuestos o ya designados, y dentro de un plazo determinado, el demandado notificará al reclamante si tiene alguna objeción a los árbitros propuestos o a la designación de uno ¹⁹⁷. Por el contrario, el Modelo de Ley de la CNUDMI especifica que primero se presenta una solicitud de proceso de arbitraje por parte del reclamante y luego la otra parte presenta sus declaraciones de reclamaciones y defensa ¹⁹⁸. La Ley 489-08 no contiene las mismas disposiciones enumeradas con respecto a las medidas provisionales a tomar; sin embargo, otorga al tribunal arbitral el derecho a modificar o dejar sin efecto cualquier medida provisional emitida por los tribunales locales.

En conclusión, el arbitraje sigue creciendo y desarrollándose en la República Dominicana, y los tribunales tienden a colaborar con los procesos de arbitraje, ya sean ad hoc o institucionales. Las variaciones entre el Modelo de Ley de la CNUDMI y la Ley 489-08 se basan en que la disposición de optar por voluntad propia al proceso de Arbitraje no se encuentra en la definición de Arbitraje Internacional en la Ley Dominicana, en tener procedimientos especiales para cuando el Estado de la República Dominicana es parte en el arbitraje y otras reglas procesales que se han adaptado a las necesidades de la ley en el momento de su ratificación y enmiendas. Los procesos de arbitraje continuarán aumentando en número en la República Dominicana, especialmente para solucionar controversias en Asuntos Comerciales Internacionales ya sean ad hoc o institucionales a través de los diversos centros institucionales de solución de controversias ubicados en las Cámaras de Comercio de cada provincia del país

¹⁹⁵ PEÑA RODRIGUEZ, Marcos E., and Laura MEDINA ACOSTA. Guía de Arbitraje: República Dominicana. Delos Dispute Resolution [en línea]. 24 February 2023 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Dominican-Republic.pdf>

¹⁹⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional [online]. 2006 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

¹⁹⁷ República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

¹⁹⁸ PEÑA RODRIGUEZ, Marcos E., and Laura MEDINA ACOSTA. Guía de Arbitraje: República Dominicana. Delos Dispute Resolution [en línea]. 24 February 2023 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Dominican-Republic.pdf>

Bibliografía:

BOBADILLA, Andrés y MUÑIZ, Gabriella. Arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana. En: Latin Lawyer [en línea]. 15/11/2022 [consultado el 07/02/2023]. Disponible en: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-international-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/international-commercial-arbitration-in-the-dominican-republic>

Ley No. 181-09, Que introduce modificaciones a la Ley 50-87, [en línea]. 6 de Julio 2009. Gaceta Oficial 2009. [consultado el 10/02/2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-181-09-que-modifica-el-titulo-vi-sobre-arbitraje-de-la-ley-50-87.pdf>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional [online]. 2006 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

República Dominicana. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial [en línea]. 30 de diciembre de 2008, Gaceta oficial 2008 [consultado el 30 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.crcsd.do/Media/assets/documents/base-legal/ley-no-489-08-arbitraje-comercial.pdf>

PEÑA RODRIGUEZ, Marcos E., and Laura MEDINA ACOSTA. Guia de Arbitraje: Republica Dominicana. Delos Dispute Resolution [en línea]. 24/02/2023 [consultado el 30 June 2023]. Disponible en: <https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Dominican-Republic.pdf>

PEÑA, Marcos; Laura MEDINA y Andrea GARCÍA. Arbitraje Internacional 2022: Derecho y Práctica en República Dominicana En: *Chambers and Partners* [en línea]. 16/08/2022 [consultado el 10/02/2023] Disponible en: <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/comparison/434/9383/15035-15041-15044-15049-15055-15063-15067-15072-15076-15078-15082-15086-15090>



ABOGADOSDQ

